UNIVERSITÉ DE TOURS

ÉCOLE DOCTORALE « Sciences de la société : Territoires, Économie, Droit »

Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais

THÈSE présentée par :

Fatma ZUWAM

Soutenue le 28 février 2019

pour obtenir le grade de : Docteur de l'université de Tours

Discipline/ Spécialité : Droit public

LA FINANCE ISLAMIQUE
UNE « ALTERNATIVE » À LA FINANCE CLASSIQUE

THÈSE dirigée par :

Madame HANNEQUART Isabelle : Maître de conférences HDR de droit public, Université de Tours.

RAPPORTEURS :

Monsieur DIARRA Eloi : Professeur Émérite de droit public, Université de Rouen.

Madame LARONZE Fleur : Maître de conférences HDR de droit privé, Université de Strasbourg.

JURY :

Madame HANNEQUART Isabelle : Maître de conférences HDR de droit public, Université de Tours

Monsieur DIARRA Eloi : Professeur Émérite de droit public, Université de Rouen.

Madame LARONZE Fleur : Maître de conférences HDR de droit privé, Université de Strasbourg.

Monsieur SLIM Hadi : Professeur de droit privé, Université de Tours.

LA FINANCE ISLAMIQUE

UNE « ALTERNATIVE » À LA FINANCE CLASSIQUE

À ma mère

À la mémoire de mon père

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à ma directrice de thèse, Madame HANNEQUART Isabelle. Je la remercie pour l'intérêt qu'elle a porté à ce travail, pour ses remarques et précieux conseils. Je tiens aussi à lui exprimer ma profonde gratitude pour la confiance, le soutien et la patience dont elle a fait preuve à mon égard tout au long de mes années de recherche.

Je remercie également le professeur DIARRA Eloi ainsi que le professeur LARONZE Fleur pour avoir accepté de participer à la soutenance de cette thèse en tant que rapporteurs.

Mes remerciements s'adressent aussi au professeur SLIM Hadi de m'avoir fait l'honneur de participer à la composition de notre Jury.

Il y a des personnes de très grande importance dans ma vie, qui m'accompagnent et qui me soutiennent tout le temps. Je pense à mon époux. Qu'il soit remercié d'avoir été à mes côtés et d'avoir été pour moi d'un grand soutien dans les moments difficiles.

J'adresse un hommage appuyé à mes ami(e)s, ainsi qu'à toutes les personnes qui ont donné de leur temps pour relire le travail et contribuer à sa mise en forme.

Une pensée chaleureuse pour tous les doctorant(e)s de l'Université de Tours et pour mes camarades de l'équipe de recherche.

Enfin je tiens à exprimer ma reconnaissance à l'Université de Tours de m'avoir accueilli dans ses enceintes ainsi qu'aux membres de l'École doctorale.

Résumé

La crise financière de 2008, dite crise des *subprimes,* a mis en évidence la déconnexion, de plus en plus profonde, entre l'économie financière et l'économie réelle. La question s'est alors posée de réorienter la finance internationale vers des valeurs morales. Ce contexte explique l'intérêt porté à la finance islamique, qui aurait été épargnée par la crise, en raison, notamment, de l'interdiction de la spéculation (*maīsir*), illicite au regard du droit islamique. C'est également dans ce contexte que des études ont présenté cette finance comme une concurrente, voire une alternative à la finance conventionnelle. Cette posture peut s'appuyer sur l'extension de la finance islamique aux pays occidentaux. Elle peut aussi se prévaloir de certains arguments tournant autour d'impératifs éthiques, préconisés par l'Islam et adoptés, en théorie, par la finance islamique : interdiction de l'intérêt usuraire (*ribā)* et prohibition de l'incertitude (*gharār)* dans les termes des transactions contractuelles ; partage des profits et des pertes entre les contractants et adossement de toute opération financière à un actif tangible ; octroi de prêts gratuits (*ḳarḍ al-ḥassān*) et répartition de la *zakāt* (aumône) aux plus démunis, mise en place d'une assurance islamique solidaire (*takāfūl*), constituée de contributions volontaires, et où les assurés sont en même temps des assureurs.

Sur la base de ces principes, la finance islamique adopte des montages contractuels de financement spécifiques, comme la *mūḍaraba*, la *mūsharaka*, *l'ijarā*, la *mūrabaḥa*, etc.

Mais intégrée dans un monde financier globalisé, dont le socle demeure la recherche du profit, cette finance cherche à s'adapter en empruntant les techniques et les outils de financement propres à la finance classique, quitte à déroger aux exigences de la *sharī'a*. De là résulte l'apparition de nouveaux produits qui n'existaient pas dans les catégories de contrats énumérés par le droit musulman, comme le *salām*, l'*istisnā*', le *ṣūkūk*, etc. C'est là tout le paradoxe de la finance islamique, qui incite à se demander si cette finance n'est pas une simple fiction juridique, censée être seulement une offre marginale et destinée à le rester, ou s'il s'agit d'une finance d'un type nouveau, un substitut éventuel à la finance conventionnelle pouvant éviter une nouvelle crise financière ?

Mots-clés :

Adossement à un actif tangible – Finance islamique – Banque islamique – Banque islamique de développement – Intérêt usuraire (*ribā*) – Spéculation (*maīsir*) – Incertitude et hasard (*gharār*) – Partage des profits et des pertes –Prêts gratuits (*ḳarḍ al-ḥassān* – Assurance islamique (*takāfūl*) –– *Mūḍaraba – Mūsharaka – Mūrabaḥa –* Contrat *salām* – Contrat *istisnā*' – Produits *ṣūkūk.*

Summary

The financial crisis of 2018, called the subprimes crisis, highlighted the increasingly deeper disconnection between the financial economy and the real economy. The question then arose as to whether redirect the international finance to moral values. This context explains the interest in Islamic finance which is said to have been spared by the crisis, in particular, due to the ban of speculation (*maīsir*) which is illicit as regards Islamic law. Still in that context, some studies presented this finance as a competitor or even an alternative to the conventional finance. This stance can rely on the extension of Islamic finance to the Western countries. It can also rely on some arguments relating to ethical imperatives, recommended by Islam and adopted, in theory, by Islamic finance : prohibition of usurious interest (*ribā*) and of uncertainty in the terms of contractual transactions (*gharār*) ; profit and loss sharing between contractors and asset-backing in any financial operation ; benevolent loans (*ḳarḍ al-ḥassān*) and distribution of the *zakāt* (alms) to the needy ; implementation of an insurance based on solidarity (*takāfūl*) consisting of voluntary contributions and where the insured persons are insurers at the same time.

On the basis of these principles, Islamic finance adopts specific contractual systems of financing such as *mūḍaraba*, *mūsharaka*, *ijarā*, *mūrabaḥa,* etc.

However, as this finance is integrated in a globalised financial world which revolves primarily around the notion of profit, it seeks to adjust by using the financing techniques and tools which are specific to the classical finance, even if this means overriding the Sharia requirements. As a result, new products have appeared which did not exist in the types of contracts listed by Islamic law, such as *salām*, *istisnā*', *ṣūkūk*, etc. That is the paradox of Islamic finance which leads to wonder whether this finance is a mere legal fiction, meant to be a marginal offer and intended to remain so, or whether it is a new type of finance, a potential substitute for the conventional finance enabling to avoid a new financial crisis.

Key words :

Asset-backing – Islamic finance – Islamic bank – Islamic Development Bank – Usurious interest (*ribā*) – Speculation (*maīsir*) – Uncertainty and random (*gharār*) – Profit and loss sharing – Benevolent loans (*ḳarḍ al-ḥassān*) –Islamic insurance (*takāfūl*) – *Mūsharaka* – *Mūḍaraba* – *Mūrabaḥa* – *Salām* contract – *Istisnā*' contract – *Ṣūkūk* product.

SOMMAIRE

Remerciements…… 4

Résumé en français…….. 5

Résumé en anglais……... 6

Sommaire……... 7

Glossaire…… 8

Liste des principales abréviations……14

Liste des tableaux……16

Liste des figures…….. 17

Introduction……18

Première partie : La finance islamique, une « solution » possible aux imperfections de la finance classique……..36

Chapitre 1. La finance islamique : genèse d'un nouveau concept……..37

Chapitre 2. L'expansion de la finance islamique……..121

Conclusion de la première partie……244

Deuxième partie : La spécificité de la finance islamique, un élément structurant d'un « modèle alternatif » ……247

Chapitre 1. L'imprégnation religieuse des droits et obligations en matière de la finance islamique……248

Chapitre 2. La responsabilité des banques islamiques : une notion à deux dimensions……. 335

Conclusion de la seconde partie……436

Conclusion générale……439

Bibliographie…… 453

Index des auteurs…… 480

Index thématique…….. 491

Annexes……..496

Table des matières……545

GLOSSAIRE [1]

- *ʻAdala* : Justice (en finance islamique, le terme signifie équité et justice sociale).

- *Akhlaḳ* : Règles morales.

- *Akl al-mal bil-baṭel* : Enrichissement sans cause.

- Al *ʻAqila* : Paiement d'une indemnité aux proches, lors d'un meurtre de l'un de leurs membres.

- *Al ghūnm bi 'al ghūrm* : Profit avec risque. Cette maxime est au coeur du principe participatif de la finance islamique.

- *Al ʻArbūn* : Versement d'un acompte à l'occasion d'une promesse d'achat.

- *Al-mal* *:* Fonds, capitaux, argent.

- *Amanah* : 1. Littéralement confiance, loyauté. 2. Dépôt fiduciaire.

- *Amin* : Dépositaire d'une amanah.

- *ʻAqd* : Contrat.

- *ʻAyāt* : Verset du Coran.

- *Bayʻ Ṣarf* : Échange de devises.

- *Bayʻ* : Vente.

- *Bayʻ al dayn* : Vente de dette.

- ***Bay' al 'inah*** : Double vente parllèle à travers laquelle une partie vend à l'autre un bien au comptant et le lui rachète à un prix plus élevé.

- *Bay' al salām* : Vente de biens définis par les parties mais qui n'existent pas au moment de la conclusion du contrat.

- ***Būrhān* :** Preuve, fait ou acte avéré.

- *Dālil* : Indice.

- *Ḍamān* : Contrat de garantie (caution).

- ***Ḍarār* :** Préjudice.

- *Ḍarūra* : Nécessité.

---

[1] Voir la méthode adoptée pour la transcription des caractères arabes en annexe 1.

- *Dayn* : Dette.

- *Dīyā :* Droit du sang.

- *Fatwa* : Opinion ou avis juridique émis par les théologiens-juristes.

- *Fīḳh* : Jurisprudence islamique fondée sur Interprétation que font les penseurs musulmans de la *sharī'a*.

- ***Fīḳh Al-Mū'amalat Al-maliya* :** Jurisprudence des transactions financières.

- ***Fūḳahā'* :** Hommes de science de la *sharī'a*

- *Gharār* : Aléa, imprévision rendant le contrat illicite.

- *Ḥadīth* : Paroles, actes et comportements du Porphère et de ses compagnons (les quatre premiers califes). Les *ḥadīth* constituent la seconde source originaire du droit musulman.

- *Ḥalal* : Se dit de tout ce qui est autorisé par la *sharī'a*.

- *Ḥanafisme* : Créé par l'imām Abū Ḥanīfa (697-767), le *ḥānafisme* a pour trait principal de fonder l'ordre légal sur l'interprétation du Coran et de la *Sūnnā*.

- *Ḥanbalisme* : École juridique orthodoxe qui se renvendique de l'imām Abū Aḥmad Ibn Ḥanbal (797-855), auteur d'un recueil des *ḥadīth*, le *Munsad*. Le *ḥānbalisme* fait essentiellement appel à la tradition du prophète et s'oppose à l'usage du *naẓar* (innovation) en matière de dogme. Elle ne se trouve guère qu'en Arabie Saoudite.

- *Ḥaram* : Se dit de tout ce qui est prohibé par la *sharī'a*.

- *Ḥawala* : Littéralement, transfert. Légalement, la *hawala* peut être identifiée à un titre de créance.

- *Ḥiyal* : Littéralement « ruse ». Du point de vue du droit, il s'agit d'une fiction ou éxpédient juridique permettant de contourner une obligation légale.

- *Ḥūkm* : Décision ayant force obligatoire.

- ***'Ibadat* :** Actes rituels d'adoration.

- ***Ijarā* :** Littéralemnt « location ». Dans la pratique des banques islamiques, ce type de transaction est généralement assimilé au crédit-bail, ou *leasing*.

- ***Ijma'* :** Consensus. Il constitue l'une des sources dérivées de droit musulman.

- *Ijtihād* : Désigne l'effort de raisonnement entrepris par les juristes musulmans en vue d'interpréter les textes fondateurs de l'islam (le Coran et la *Sūnnā*), et portant sur une question précise.

- *Ikẖtilāf* (ou *khilāf*) : Littéralement divergence. L'*ikẖtilāf* entre théologiens désigne plus particulièrement les différences d'opinion sur une question déterminée.

- *Islāḥ* : Réformisme islamique.

- *Istinbāṭ :* Mise en lumière, démonstrration.

- *Istisnā'* : Transaction qui exige la livraison de la chose, objet du contrat, au moment de sa formation, avec paiement différé.

- *Jahl* : Ignorance.

- *Kafalā* : Garantie.

- *Khiyar* : Choix ou option.

- *Khiyar al 'aib* : Option autorisant un acquéreur de retourner la marchandise, objet du contrat, présentant un défaut ou un vice.

- ***Khiyar al sharṭ*** : Droit des parties de confirmer ou de mettre un terme au contrat, sans raison particulière, pendant une période déterminée.

- ***Madhab*** : Rite ou école théologique.

- *Maḳaṣid* al *sharī'a* : finalités assignées à l'Homme par la *sharī'a*

- *Makrūh* : Répréhensible.

- *Malékisme* : Fait référence à l'école malékite, du nom de son fondateur l'imām Malik Ibn Anas (709-795). Elle consiste dans la recherche et l'analyse des actes et des paroles du prophète.

- *Mandūb* : Ce qui est conseillé ou recommandé.

- *Maṣlaḥa* : Intérêt général.

- *Massmūḥ* : Autorisé, permis.

- *Maïsir* : Spéculation, jeu de hasard.

- *Mūsharaka* : Partenariat.

- *Mūḍaraba* : C'est un contrat par lequel une partie accorde à une autre le soin de faire fructifier l'argent qu'elle lui confie. Le surplus est partagé entre les deux parties alors que les pertes éventuelles sont supportées par l'investisseur (le *mūḍarib*).

- *Mūrabaha* : Contrat de vente d'un actif comprenant une marge bénéficiaire déterminé au préalable par les parties. Dans le cadre d'un financement fondé sur la *Mūrabaḥa*, la banque acquiert un bien et le revend ensuite à un prix majoré.

- *Mū'amalat :* Littéralement rapports sociaux. Dans le langage économique, il s'agit de tout type de relations ou d'activités liées à l'échange de biens et de services.

- *Mūbāḥ* : Licite.

- *Mūjtahid* : Celui qui pratique l'*ijtihād* (l'effort de réflexion).

- *Naṣ* : Texte explicite du Coran ou de la *Sūnnā* prononçant une règle de droit.

- *Niyyā* : L'intention.

- *Ḳadi* : Juge.

- *Ḳarḍ al-ḥassān* : Prêt gratuit.

- *Ḳiyāṣ* : Raisonnement par analogie.

- *Ḳiyāṣ sharʿī :* Raisonnement juridique.

- *Ḳiyāṣ ʿaḳli :* Raisonnement rationnel.

- *Rāb el mal* : Propriétaire du capital (investisseur).

- *Rāhn* : Hypothèque ou nantissement d'un bien en tant que garantie d'une dette.

- *Raʾy* : Opinion personnelle du *mūjtahid* (le savant).

- *Ribā* : Surplus ou intérêt, interdit en droit musulman.

- *Ribā al Faḍl* : Acquisition d'un surplus dans l'échange de marchandises de même qualité (argent contre argent, par exemple). Un acte prohibé par la *sharī'a*.

- *Ribā al Naṣi'a* : Désigne la différence entre le prêt accordé et la somme d'argent remboursée à échéance.

- *Ribḥ* : Profit, marge.

- *Riḍā* : Consentement.

- *Sabāb* : Cause ou raison du contrat prévue par la loi.

- *Ṣadaḳa* : Charité.

- *Sharakā :* Association

- *Shafi'ïsme* : Rite portant le nom de son fondateur, l'imam Muhammad Idriss al Shafiʿï (762-820). Il s'est distingué par sa méthodologie de classification des sources et des principes juridiques (*usul al fīḳh*).

- *Sharaïque* : Conforme à la *sharī'a*.

- *Sharī'aʿ* : Littéralement**,** la « voie à suivre ». Juridiquement, il s'agit de l'ensemble de règles de conduite applicable aux musulmans, dans le respect de la religion.

- *Shi'ite* : Rite religieux ne reconnaissant qu'Ali, gendre du Prophète pour légitime successeur, à l'exclusion des trois autres premiers Califes (Abu bakr, **'**Omar et **'**Othman). Seuls les descendants d''Ali sont considérés comme imams. Il ne représente que 10 à 15 % des musulmans, surtout présents en Iran, en Irak et au Liban.

- *Ṣūkūk* : Constitue l'équivalent du titre obligataire.

- *Sūnnā* : Littéralement cheminement. Juridiquement, le terme désigne les *ḥadīth* du Prophète et leur inteprétation par les écoles théologiques. C'est la deuxième source du droit islamique après le Coran.

- *Sūnnites* : Désigne les gens de la tradition, orthodoxes, ceux qui suivent la *Sūnnā*. Les sunnites forment la majorité des musulmans dans le monde (85 à 90%).

- *Ta'wiḍ* : Dédommagement.

- ***Tafsir* :** Exégèse (commentaire du Coran).

- *Takafūl* : Assurance islamique de forme coopérative (ou mutualiste).

- *Taḳlid* : Imitation. À la suite de la formation des quatre grandes écoles juridiques, on a déclaré la porte de l'*ijtihād* (l'effort de réflexion) fermée. Cette fermeture repose sur l'idée que lesdites écoles étaient infaillibles. Le droit musulman est entré alors dans la période du *taḳlid*, de l'imitation.

- *Tawarrūq* : Une variante du contrat *mūrabaḥa* dans lequel un fabriquant vend un actif (une matière première) à un financier, qui le revend immédiatement à un client moyennant un prix payable à tempérament comprenant une marage bénéficiaire (commission) connue des deux contractants le jour de la conclusion du contrat.

- *Tawḥīd* : Objectif ultime de réunification de la dualité créateur-créature.

- ***Thaman* :** Prix.

- *Tijarā* : Commerce.

- *Ūjra* : Loyer.

- *Ūmma* : Communauté des croyants.

- *Ūléma* (sing. alim) **:** Théologiens musulmans.

- *'Ūrf* : Coutume.

- *Ūsūl* (sing. asl) : Fondements du droit dont les penseurs musulmans infèrent les jugements (*aḥkam*). Il s'agit du Coran, de la *Sūnnā*, de l'*Ijma'* et du *Ḳiyāṣ*.

- *Wājib* : Devoir, obligation.

- *Wakalā* : Mandat.

- *Wakil* : Mandataire.

- ***Waḳf* :** Il désigne l'affectation de la propriété d'un bien à une institution charitable ou humanitaire. Un bien *waḳf* est inaliéanable, ll ne peut être vendu, donné ou hérité.

- *Zakāt* : Aumône. Troisième des cinq piliers de l'Islam (avec l'attestation de foi, la prière, le jeûne de ramadan, et le pèlerinage), La zakāt est destinée à l'aide des plus démunis.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AAOFI	Accounting & Auditing Organization for Islamic Financial Institutions
(OCAIFI)	Organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques
ABS	Asset baked securities
ACCP	Actualité de la Commande et des Contrats Publics
ACERFI	Audit Conformité Et de Recherche en Finance islamique
ACP	Autorité de Contrôle Prudentiel
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AIBI	Association internationale des banques islamiques
AIDIMM	Association internationale de développement et d'innovation immobilière
AIIN	Agence Islamique Internationale de Notation
AJDA	Actualité Juridique Droit administratif
ALFI	Association luxembourgeoise des fonds d'investissement
AMF	Autorité des Marchés Financiers
BID	Banque Islamique de Développement
BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CECEI	Comité des Établissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement
CGL	Comité de gestion des liquidités
CMF	Code Monétaire et Financier
CRF	Cellule de Renseignement financier
CSFI	Conseil des Services Financiers Islamiques
CSSF	Commission de surveillance du secteur financier
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
D	Dalloz
DJIMI	Down Jones Islamique Index
DOC	Dahir des Obligations Civiles
EURIBOR	Euro Interbank Offered Rate
FI	Finance islamique
FMI	Fonds monétaire international

FSA	Financial Service Authority
IASB	International Accounting Standards Board
IFAAS	Islamic finance advisory and assurance services
IFQ	Islamic Finance Qualification
IFSB	Islamic financial services board
IFSL	Financial Service in London
IIRF	Institut Islamique de Recherches et de Formation
IRTI	Islamic Research and Training Institute
JCL, *Dr. Int*	Jurisclasseur Droit International
JO	Journal officiel
LBO	Leverage Buy Out (Effet de livier)
LOFSA	Administration des Services Financiers Off Shore Labuan
Mél.	Mélanges
OCI	Organisation de la Conférence islamique
(OIC)	Organization of Islamic Cooperation
OCRGDF	Office Central de répression da la grande délinquance financière
OPCI	Organisme de placement collectif immobilier
OPCVM	Organisme de Placement Collectif en Valeur Mobilière
PPP	Partage des Pertes et des Profits
RCDAI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RDLA	Revue Lamy droit des affaires
RDAI	Revue des Droits des Affaires Internationales
Rec.	Recueil
Rev. Arb	Revue de l'Arbitrage
Rev. D.B.F	Revue de Droit Bancaire et Financier
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RTD	Revue Trimestrielle de Droit
RTD. Civ	Revue Trimestrielle de Droit Civil
SEII	Sokk Europe Islamic Index
SID	Société islamique pour le développement
SIIFC	Société islamique internationale de financement du commerce
UEMOA	Union économique et monétaire Ouest-Africain

LISTE DES TABLEAUX

Raisonnement par analogie (*Ḳiyāṣ*)…….. 56

Institutions bancaires islamiques par région, 1996…… 127

Fonds gérés par les institutions financières islamiques par région, 1996……..128

Établissements financiers islamiques par taille d'actifs en 1996……..147

Établissements financiers islamiques par taille de capitaux en 1996…… 147

Taille respective des principales banques islamiques du Golfe Persique……148

Points de convergence entre les principes de la *sharī'a* et le droit français…… 242

Récapitulatif des éléments de comparaison
Banque conventionnelle/Banque islamique……407

LISTE DES FIGURES

L'articulation des sources juridiques islamiques……61

Reformulation schématique des règles soutenant la finance islamique……97

Institutions financières islamiques à la fin des années 1990…….. 136

Distribution d'actifs par régions à la fin de la décennie 1990……137

Total mondial des actifs de la finance islamique en milliards de dollars (2006-2012)…… 138

Variété des configurations de la finance islamique……145

La *mūḍaraba*, un « partenariat passif »…… 151

Intermédiation bancaire : double *mūḍaraba* ……154

Schéma des principes à la base de *mūsharaka* …… 157

Schéma comparatif entre obligations et *ṣūkūk*……160

Les principes à la base de *mūrabaḥa*……164

Étapes et protagonistes du contrat *mūrabaḥa*…… 168

Schéma d'un contrat *istisnā'*…… 173

Schéma simplifié du contrat *ijarā*…….. 174

Organigramme type d'une banque islamique……192

Schéma simplifié du fonctionnement d'un *ṣūkūk*…….. 271

Structure contractuelle fondée sur *salām*, *istisnā'* et *mūsharaka* …… 375

INTRODUCTION

L'éclatement et la propagation, en 2008, de la dernière crise financière, dite crise des *subprimes* [2], explique, en grande partie, l'intérêt porté à la finance islamique, qui aurait été plus ou moins épargnée, en raison notamment de l'interdiction de la spéculation, illicite aux yeux de la loi islamique [3]. C'est aussi dans ce contexte que certains auteurs, franchissant un pas supplémentaire, n'hésitent pas à envisager cette finance comme un remède, voire une alternative à la finance conventionnelle [4]. Cette dernière remarque nous a interpellée. Elle forme l'objet de cette étude (I), qu'il convient de présenter, avant d'aborder la démarche méthodologique adoptée (II).

I. L'OBJET DE L'ÉTUDE

Comme l'indique le titre de cette recherche, il s'agit d'examiner la finance islamique en tant que modèle alternatif à la finance classique. D'ailleurs, la formule même de « finance islamique » milite dans ce sens et permet de supposer qu'il s'agit bien d'une autre manière de concevoir l'activité financière (A). Pour justifier ce choix, nous serons amenés à énumérer les principes qui gouvernent ce type de finance, et qui semblent légitimer, apparemment, l'hypothèse selon laquelle la finance islamique constituerait une alternative à la finance classique (B).

---

[2] Voir Nicolas COUDERC, Olivia MONTEL-DUMONT, *Des subprimes à la récession : comprendre la crise*, Paris, la Documentation française, 2009 ; Patrick ARTUS, Jean-Paul BETBÈ E, Christian De BOISSIEU et Gunther CAPELLE-BLANCARD, « La crise des subprimes », Conseil d'analyse économique, septembre 2008. http://oeconomia.net/private/cours/economiegenerale/agregation/subprime2008.pdf (consulté le 27 octobre 2015).

[3] Voir *infra*, pp. 80-82.

[4] Notamment Abdelilah HAJJY et Jérôme BALLET, « Les banques islamiques, un modèle éthique alternatif ? », Séminaire organisé par l'Université Paris 1 Panthéoon-Sorbonne et l'Université du Roi Abdulaziz (Jeddah), 12 novembre 2014 ; Maya BOUREGHDA, « Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Paris, Secure finance, 2008, p. 184 ; Abderrazzak ELME IANE « La finance islamique, une finance alternative » *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 143-153 ; Ahmed TAQI, « Crise financière mondiale : quelles solutions peut apporter la finance islamique ? », *Dossier de Recherches en Économie de Gestio*n, n° 2, juin 2013, pp. 123-134 ; Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière* : *l'hypothèse d'une « troisième voie » islamique en débat,* thèse, Université lumière, Lyon 2, septembre 2012, pp. 56-63 ; Naïma HAMIDACHE, « La finance islamique pourrait-elle être une alternative au système financier actuel ? », *L'Expression*, 4 novembre 2008 ; Dominique De COURCELLES, « La finance islamique est-elle aujourd'hui une chance pour l'éthique ? », *Secure*, mai-juin, 2008, n° 19, p. 37.

A. La finance islamique, une autre manière de concevoir l'activité financière

Commençons par noter qu'il y a prolifération des écrits sur la finance islamique [5]. Alors, pourquoi reprendre un thème largement débattu ? Cette question nous amène à préciser les principales raisons de ce choix ; celles-ci sont de cinq ordres :

- Premièrement, les nombreux travaux universitaires consacrés à la finance islamique, abordent, chacun à sa façon, l'un des aspects de cette activité. Ainsi l'auteur Abdlekader Bessidik, évoque *les opérations de financement et d'investissement*, en réservant, toutefois, quelques développements au caractère alternatif de la finance islamique [6], alors que la pertinente étude d'Abou Hamdan Malek, prend comme thème les produits dérivés [7]. Pour sa part, Aesem Madkhali s'est surtout intéressé aux techniques de contrôle appliquées à cette finance [8]. Très souvent, la perspective comparative domine ces études [9], ce qui permet de distinguer les mécanismes juridiques propres à la finance islamique. D'aucuns, poussant leur réflexion très loin, proposent l'émergence d'un « droit bancaire islamique » [10].

Ainsi, rares sont les études universitaires qui décrivent, de manière synthétique, ce que nous pouvons qualifier de solution alternative. Pour être plus exact, la réflexion sur la finance islamique consacre fréquemment à cette question de nombreuses pages. Au demeurant, il est difficile d'y échapper, puisque cette finance est presque toujours présentée comme une nouveauté, reposant fondamentalement sur l'éthique.

---

[5] Nous renvoyons à la bibliographie, à la fin de ce document.

[6] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Thèse, Droit, Université Paris-Est Créteil, 2013, pp. 227-238.

[7] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique*, thèse, Science de gestion, Université Paris II, 2013.

[8] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, approche islamo-juridique*, thèse, Droit, Université Côte d'Azur, 2016.

[9] Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, thèse, Droit privé, Université de Strasbourg, 2012 ; Abderrazak BELABES, *At-Tamwil Al-Ilsami fi Farança* (*Le financement islamique en France*), Centre de recherches de l'économie islamique, Djeddah (Arabie Saoudite), 2008.

[10] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique,* thèse, Droit, Université de la Rochelle, 2011.

La seconde raison, qui a dicté notre choix, consiste dans ce constat simple : depuis son affirmation sur la scène internationale, à la fin des années 2008, le concept de finance islamique suscite des controverses. Il faut convenir que depuis quelques temps, les termes islam et islamique provoquent des suspicions, des amalgames et des préjugés. Le pas est vite franchi, associant finance islamique et développement de l'islamisme, voire du terrorisme et du blanchiment d'argent [11]. Il nous a semblé intéressant de comprendre ce glissement sémantique, alors même que la finance islamique se vante de contenir des valeurs morales.

La troisième raison tient à la dimension religieuse de la finance islamique, qui serait en contradiction avec la finance classique, fondée sur des principes laïques [12]. Aussi il nous paraît nécessaire de savoir comment peut-on concilier deux concepts extérieurement opposés, religion et laïcité tout en respectant l'un et l'autre.

Une quatrième raison a motivé notre démarche, il s'agit du contexte dans lequel s'inscrit la finance islamique : celui-ci est dominé par une certaine instabilité de la finance dite « conventionnelle », confrontée à des crises successives. À nos yeux, cette donnée incontournable mérite d'être rappelée.

Enfin, **la dernière raison** est en rapport avec une certaine approche de la finance islamique, considérée comme une réalité homogène, ce qui est loin d'être le cas. Il est vrai que la présence de cette finance dans le monde musulman et non-musulman est une chose avérée. Pour autant, nous explique Moaté, *« les modèles et justifications religieuses, visant de nos jours à légitimer de nouvelles techniques bancaires fondées sur les principes du droit musulman, sont multiples »* [13]. En effet, ce que l'on désigne par finance islamique, recouvre des réalités diverses [14]. Il nous appartient de prendre en compte cette diversité.

---

[11] Pour une étude critique de cette thèse, voir Ibrahim eyyad CEKICI, « Douter de la finance islamique : le cas du financement du terrorisme », *Cahiers de la finance islamique*, n° 2, décembre 2010, pp. 22-25.

[12] Voir notamment Chihab Mohammed HIMEUR, Nedra ABDELMOUMEN, *La finance islamique face au droit français*, Paris, éd. L'Harmattan, 1015.

[13] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 13.

[14] Voir *infra*, pp. 142 et s.

À partir de ces motivations, nous considérons que, bien que souvent débattue, la question de la finance islamique demeure complexe. Cependant, une idée a fait son chemin et semble avoir gagné en notoriété, elle suppose que cette finance pourrait constituer une alternative à la finance classique.

B. La finance islamique, une « alternative » à la finance classique

Cette hypothèse peut se prévaloir de certains arguments qui tournent autour d'impératifs éthiques, prônés par l'Islam et adoptés, en théorie, par la finance islamique.

Ces impératifs éthiques peuvent être répartis en deux catégories : la première, que l'on peut qualifier de négative, a trait aux interdits (*ḥaram*), comme la prohibition de l'intérêt (*ribā*) [15] considéré par l'Islam comme un péché d'une extrême gravité. Il est admis que cet interdit constitue la caractéristique essentielle de la finance islamique, son *« épine dorsale »,* disent certains auteurs [16]. Toutefois, il est à noter que la religion musulmane n'est pas la seule à interdire l'intérêt, le judaïsme ainsi que le christianisme se sont montrés également hostiles au prêt à intérêt [17].

En interdisant l'intérêt, la loi islamique met en cause tout enrichissement fondé uniquement sur l'écoulement du temps. Cette posture résulte de la notion même d'argent, telle que perçue par la religion musulmane, et qui consiste à ne lui accorder aucune valeur si elle n'est pas associée à une activité économique réelle [18]. Autrement dit, l'argent n'a de valeur qu'en tant qu'instrument servant d'intermédiaire entre le travail et le capital. Selon François Guéranger, dans la doctrine économique islamique, *« l'argent n'est pas considéré comme un bien à l'égal d'un autre, ce n'est pas non plus*

---

[15] Voir *infra*, pp. 64-73.

[16] Mballo THIAM, *De la religion à la banque : contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France*, thèse, Droit privé, Université de Toulon, 2013, p. 17.

[17] Ainsi, dans le Livre de l'*Exode*, on peut lire : *« Si tu prêtes de l'argent à un compatriote, à l'indigent qui est chez toi, tu ne te comporteras pas envers lui comme un prêteur à gages, vous ne lui imposerez pas d'intérêts »* (*Ex* 22, 24). S'agissant de la religion chrétienne, il est possible de se référer au Pape Urbain III, quand, en 1187, avait condamné les pratiques usuraires, qui exploitent la situation des plus démunis, et prononçant à l'occasion ces paroles : *« Prête gratuitement, n'espère rien en retour ».*

[18] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, thèse, Droit privé, Université Montpellier 1, 2013, p. 30.

une marchandise comme une autre. Il est considéré comme stérile tant qu'il n'est pas combiné au travail » [19]. Ce principe exclut d'emblée l'idée que l'argent puisse créer de l'argent, pratique jugée « amorale » [20] par la religion musulmane, mais que la finance classique définit comme l'essence même d'une banque, sa raison d'être.

De même, l'incertitude (*gharār*) dans les termes des transactions contractuelles est interdite. Le droit musulman adopte à cet égard une interprétation large couvrant tout *« hasard, aléa, risque excessif et ignorance, susceptibles de rompre l'égalité entre les contractants »* [21]. Ce principe est interprété comme une protection des contractants contre les vices cachés et les manipulations dolosives.

Dans le même esprit, la spéculation (*maīsir*) est rigoureusement condamnée. Cela implique que tout contrat dont les clauses sont conditionnées à un événement futur et incertain, donc échappant au contrôle des parties, est incompatible avec les principes de l'islam. L'application de cette règle prohibitive serait *« un gage de sécurité pour les clients, puisque chaque fois que la spéculation intervient dans une transaction, la sécurité du client est mise en jeu et il devient nécessaire d'en assurer le maintien »* [22].

À côté de ces interdictions, la loi islamique propose des valeurs que l'on peut qualifier de positives. Il en est ainsi du partage équitable des profits et des pertes entre les contractants lors d'une transaction financière. Cette exigence suppose une répartition des risques entre les parties. Dans cette perspective, le financement d'un projet *« fera l'objet d'un contrat entre l'emprunteur et la banque islamique en vertu duquel cette dernière ne jouera pas seulement le rôle de financier mais aussi celui d'un partenaire intéressé par la bonne issue du projet de financement »* [23].

---

[19] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance classique*, Paris, Dunod, 2009, p. 64.

[20] Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires : la finance islamique*, Fondapol (Fondation pour l'innovation politique), mai 2011, p. 7.

[21] Mahmoud EL-GAMAL, *La finance islamique, aspects légaux, économiques et pratiques*, trad. J. HAVERLAS, Bruxelles, De Boeck, 2010. p. 87 ; voir également Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 65 et s.

[22] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 19.

[23] Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique : quelles interactions dans les pays de MENA ?* Thèse, Sciences économiques, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2016, p. 16.

Par ailleurs, selon le droit musulman des affaires, toute opération financière doit être adossée systématiquement à un actif tangible [24]. Ce qui diminuerait le risque de la spéculation et donc l'institution d'une économie virtuelle.

Enfin, une règle générale couronne tous ces principes et que l'on peut résumer dans les deux notions clés : le *ḥaram* (illicite) et le *ḥalal* (licite). À partir de là, tout financement ou projet doit être conforme aux règles religieuses, sinon il sera considéré comme *ḥaram* et, par conséquent, nul d'effet. Sur ce plan, la présence d'un conseil religieux, appelé parfois *Comité de la sharī'a* [25], joue un rôle essentiel puisqu'il a pour mission de contrôler la validité et la légitimité des produits financiers vis-à-vis des règles religieuses. L'existence de cet organe de contrôle accentue la spécificité de la finance islamique par rapport au système financier classique.

Au regard de cette présentation, la finance islamique doit, *a priori*, être simple à saisir. Cette vision doit cependant être nuancée, car la lecture des principaux traits définissant cette finance a donné lieu à des avis divergents, voire contradictoires : alors que certains, partant de l'idée de prohibition de l'intérêt, vont jusqu'à se demander si le mot finance est approprié ; d'autres, au contraire, voient dans cette finance un espoir de moralisation de la finance mondiale, gravement remise en cause par la crise qui l'affecte depuis 2008.

Il est vrai que la finance islamique, du fait même du caractère moral et éthique des principes qu'elle véhicule, peut être envisagée comme une finance spécifique, et cette spécificité pourrait légitimer l'idée d'un « modèle alternatif » à la finance classique [26]. Ainsi, en dépit de certaines points de convergences entre la finance conventionnelle et la finance islamique concernant notamment les droits et obligations des banques (confidentialité, respect du secret bancaire, information du client, devoir du conseil, de vigilance et de mise en garde, etc.), il existe d'importantes différences, en particulier la

---

[24] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.,* p. 47 ; Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique op. cit.*, p. 31.

[25] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* pp. 201 et s. ; Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et finance en Islam*, Paris, éd. Koutoubia, 2009, p. 218.

[26] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, *La finance islamique une solution à la crise ?* Paris, éd. Économica, 2009, pp. 57 et s.

présence de certaines obligations divines, dont le versement de la *zakāt* (aumône) [27] ou encore le refus de la banque de financer des activités dites *ḥaram* (illicites) au yeux de la *sharī'a* (vente d'alcool, par exemple).

La divergence avec la banque classique touche également les droits et garanties reconnus à la banque islamique : cautionnement (*ḍamān*), hypothèque (*rāhn*), etc. Nous verrons que la banque islamique ne peut pas toujours contraindre son client de fournir des sûretés. En outre, toute garantie doit être nécessairement liée à un bien existant au moment de la constitution de la sûreté, *« ce qui pose parfois problème lorsque par exemple, le promoteur souhaite hypothéquer l'immeuble qu'il compte construire grâce au financement de la banque »* [28].

De même, si la banque islamique peut obliger son client à payer des pénalités pour retard de remboursement de sa dette, cette contrainte n'est tolérée que dans la limite où les sommes récupérées par la banque sont versées à des institutions caritatives [29]. Cette exigence résulte de *« l'identification des pénalités de retard à l'usure »* [30].

Il faut ajouter aussi que, contrairement à la banque classique, la banque islamique peut s'immiscer dans les affaires de ses clients. Elle peut également ne pas restituer une partie ou la totalité des fonds déposés auprès d'elle, en particulier lorsque le contrat passé avec son client implique le principe de partage des profits et de pertes.

Ces divergences par rapport à l'activité des banques traditionnelles s'étendent à la notion même du contrat qui ne constitue pas un champ autonome puisqu'il est soumis aux prescriptions de la *sharī'a*. Ainsi, si des principes communs au contrat en général se retrouvent dans les relations entre la banque et son client (équité, transparence, bonne foi, équilibre contractuel, etc.), d'autres normes sont spécifiques à la banque

---

[27] Kaouther JOUABER-SNOUSSI, *La finance islamique*, éd. La Découverte, coll. Repères, Paris, 2012, p. 26-27 ; École de Management de Strasbourg, « La akāt et les Banques », Colloque du 26 mai 2012.

[28] Malika AMRI, *Les spécificités des contrats de financement dans les banques islamiques,* Master 2, Droit international et comparé, Université de Toulouse I, 2009, pp. 36-37.

[29] Geneviève CAUSSE-BROQUET, « La finance islamique : les principes et les principales opérations », *La Revue du Financier*, juin 2010, pp. 182-183.

[30] Voir Ibrahim eyyad CEKICI, « La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques », *Revue Lamy droit des affaires*, octobre 2008, n° 31, p. 3.

islamique comme, par exemple, l'idée que tout contrat doit être rattaché à un contrat nommé [31], c'est-à-dire connu et défini à l'avance par la *sharī'a*. Dans ce contexte, l'acceptation et la légitimation par la doctrine islamique de nouveaux contrats dits innommés (le contrat *ṣūkūk,* par exemple...) [32] montre l'ambiguïté de la finance islamique, forcée à méconnaître les principes qui la sous-tendent, et ce dans l'objectif de se moderniser et de concurrencer la finance classique [33].

Ce qui singularise encore le contrat en droit musulman, c'est d'être fondé non sur le consentement des parties mais sur un échange de déclarations *« générant des engagements mutuels »* [34]. En effet, selon les prescriptions de la *sharī'a*, la condition essentielle pour la formation du contrat demeure *« la rencontre des deux déclarations formelles et son interprétation se fera sur la base de la volonté déclarée et non sur l'intention des parties »* [35]. C'est dire que le principe du consentement est secondaire par rapport aux règles posées par la *sharī'a.*

Au nom de l'éthique et de la morale, et en vue de maintenir une parfaite égalité entre les contractants, la loi islamique rejette tout contrat aléatoire, assimilé au *gharār* et préconise l'équivalence dans les prestations [36] et la simultanéité des échanges [37].

---

[31] Voir Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés prévus au code civil du Québec et la finance islamique*, Mémoire, Université du Québec-Montréal, 2012 ; François GUÉRANGER, *La finance islamique une illustration de la finance éthique, op. cit*. p. 130.

[32] Les produits *ṣūkūk* sont généralement assimilés aux obligations en droit français. Ils ont été *« créés en 2001-2002 en Malaisie, au Qatar et au Bahreïn »*. C'est en 2003 que la Banque islamique du développement aurait émis les premiers *ṣūkūk*. Voir Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit.*, p. 73.

[33] Omar AKALAY, « De la sharia au droit : le régime des taux d'intérêts pratiqués au Maroc », in Le débat juridique au Maghreb, de l'étatisme à l'État de droit, études en l'honneur de Ahmed Mahiou, éd. Publisud-Iremam, 2009, p. 80 ; voir aussi dans le même sens, Geneviève CAUSSE-BROQUET et Nasser ABDELHAFID, « Produits dérivés islamiques de l'utilisation implicite à la standardisation », *Revue Banque,* juin 2010, n° 725, p. 51 ; Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, Master 2, Paris Panthéon- Assas, 2010, p. 34.

[34] François GUÉRANGER, *La finance islamique une illustration de la finance éthique, op. cit*. p. 61 ; Chafik CHEHATA, « Le concept de contrat en droit musulman », *Arch. Phil. dr.*, t. XIII, 1968, p. 131.

[35] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 149.

[36] Le principe d'équivalence, ayant pour objet l'échange de biens identiques ou quasi-identiques, exclut l'imposition d'un taux d'intérêt.

[37] Le principe de simultanéité implique que la date et le lieu de l'échange des prestations soient fixés au préalable et connus par les parties contractantes.

La particularité de la banque islamique se manifeste également au niveau de la responsabilité (*mas'ūliyyā*), fondée, non seulement sur la faute (*naḳiṣa*), mais aussi et surtout sur l'acte dommageable, réel, existant et identifiable : violation de l'obligation de confidentialité, défaut d'information, négligence… [38] À ce niveau, dans le cadre du financement d'un grand projet, les différends susceptibles de naître de l'application d'un contrat pourraient faire l'objet d'un arbitrage international, ce qui fait sortir les litiges du ressort du système judiciaire national pour les attribuer à des tiers. Il peut se poser ici la question de la loi applicable. Or, sur ce point, la règle est le rejet de l'application des prescriptions religieuses dans un arbitrage international [39], justifié, généralement, par leur incompatibilité avec les principes régissant l'ordre public international se référant au droit positif interétatique et aux principes généraux, éventuellement à la coutume internationale.

Ces règles ont pour finalité de réaliser un accord de type équilibré où aucune des parties ne peut se sentir lésée [40]. Cependant, elles ne sont pas toujours respectées dans la pratique bancaire.

Toutes ces remarques montrent ce qui fait la spécificité de la finance islamique qui, en plus, se présente comme une « finance solidaire » [41]. Cela se lit à travers la répartition de la *zakāt* aux plus démunis. Cette activité recommandée par la religion, semble, en outre, participer à la purification des revenus de la banque entachés du *ribā* [42]. Le caractère solidaire de la banque apparaît également dans l'obligation d'orienter les pénalités de retard de remboursement vers des œuvres charitables.

---

[38] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 360.

[39] Malik NEKAA, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage international », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 77-95. Voir également Nefeli ROUPAKIA, « L'application de la sharī'a dans les contrats internationaux sous l'égide du règlement Rome I », *Les Cahiers de la finance islamique* n° spécial, 2015, pp. 41-52 ; Abdelsattar KHOUILDI, « L'arbitrage en droit financier musulman moderne », *Études en économie islamqiue*, vol. 8, n° 1, 2016, pp. 37-56.

[40] La recherche de l'équilibre contractuel peut expliquer l'autorisation par la *sharī'a* de contrat aléatoire, à condition que l'aléa soit *« équitablement réparti entre les parties »*. Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit.,* p. 32 (note 109).

[41] Voir Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique,* éd. Revue Banque, 2012, p. 29.

[42] Voir Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.,* p. 157 ; v. également Hamid ALGABID, *Les banques islamiques*, Paris, Économica, 1990, p. 68.

Le caractère solidaire de la banque réside aussi dans la possibilité d'octroyer des prêts gratuits (*ḳarḍ al-ḥassān)* [43]*.* Conséquence directe de l'interdiction du *ribā,* ces prêts opèrent comme un outil financier destiné à soutenir des personnes en difficultés économiques passagères. De ce point de vue, il n'est pas très éloigné de la technique de microfinance analysée comme l'octroi de prêts à des personnes qui n'ont pas accès aux institutions financières conventionnelles [44].

À côté du crédit gratuit, à vocation sociale et institué dans l'objectif d'éviter le *ribā* (intérêt), il importe de rappeler un autre mécanisme de financement relevant des mêmes principes, à savoir l'assurance islamique, ou *takāfūl* [45], une sorte d'assurance « coopérative », constituée de contributions volontaires, et où les assurés sont en même temps des assureurs. Dans ce cadre, *« la banque ou l'opérateur financier n'est qu'un mandataire des participants, un gestionnaire des ressources mises en commun par la communauté des sociétaires »* [46].

Quels enseignements doit-on tirer de toutes ces considérations ? Cette question commande notre méthode de travail.

II. LA DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE

Notre travail repose sur un certain nombre d'idées que nous avons exposé, et qu'il faudra analyser, en mettant en perspective le principe de « modèle alternatif » Mais au préalable, il convient de noter cette précision : pour nous, juriste, de formation universitaire arabe et de culture musulmane, se trouver dans ce type de travail n'est

---

[43] Amina YAGI, *Droit musulman*, Publisud, Paris, 2004, p. 171 ; Olivier PASTRÉ, « Problématique économique de la rémunération du crédit bancaire », *Revue de Droit bancaire et financier*, mars-avril, 2007, dossier, n° 8, p. 77 ; Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* pp. 44-46 ; Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermadiation financière participative des banques islamiques », *Cahiers de la finance islamique*, n° 3, 2012, p. 17.

[44] Voir Hakim MELLIANI, Ahmed AGHROUT, « Développement de la microfinance islamique : défis et perspectives », *Les Cahiers de la finance islamique* n° 2, décembre 2010, pp. 25-38 ; également Dahlia EL-HAWARY, GRAIS Wafik, « La compatibilité des services financiers islamiques avec la microfinance », Document sur le site :

http://www.uncdf.org/francais/microfinance/pubs/newsletter/pages/2005_07/news_compatibility.php (consulté le 25 septembre 2014).

[45] Voir notamment Édward BUDD, *Les particularités du Takāfūl (assurance selon l'islam),* Master 2, Droit européen comparé, Université Paris II, 2016.

[46] Mahmoud EL-GAMAL, *La Finance islamique*, *op. cit.,* p. 208.

pas une tâche aisée. En effet, nous sommes face à une difficulté non négligeable, celle d'apporter des idées dépourvues de toute subjectivité. À ce titre, nous devons éviter nécessairement toute tendance à vanter les mérites d'une finance islamique idéalisée, mais nous devons, dans le même temps, nous garder de minimiser le rôle de cette finance et encore moins de la caricaturer en la réduisant à l'influence pernicieuse de l'idéologie islamiste. Pour éviter ces écueils, le choix de la problématique (A), ainsi que la formulation de l'hypothèse de recherche (B), sont d'une grande importance.

A. La problématique

En schématisant, on peut dire que la finance a pour objet la gestion de l'argent. De manière générale, il s'agit de *« fournir les ressources financières nécessaires à la concrétisation d'une opération économique »* [47], en contrepartie d'un intérêt récupéré par la banque. Ainsi comprise, la finance concerne tout le monde : les particuliers, les ménages, les entreprises publiques ou privées, de même que les États.

Le mot finance s'applique aussi aux différentes techniques permettant d'obtenir des fonds ou de placer des capitaux. Il désigne également les acteurs économiques et les institutions en quête de liquidités disponibles ou souhaitant en placer sur le marché ou investir dans des projets.

Du point de vue des spécialistes, la finance constitue un sous-système économique assumant trois fonctions spécifiques : *« assurer la réalisation et la circulation des transactions financières ; collecter l'épargne et la mettre au service de programmes d'investissement ; évaluer le risque et faire en sorte qu'il soit rentable »* [48].

Avec la possibilité accrue de la convertibilité de la monnaie et l'essor remarquable des échanges entre pays, la finance est devenue internationale, et jusqu'à la fin des années 1970, son rôle était surtout d'assurer le financement du commerce mondial et

---

[47] Isabelle CHAMBOST, Yamina TADJEDDINE et Marc LENGLET (dir.). *La fabrique de la finance, pour une approche interdisciplinaire* Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2016. ; Pascale KROLL, *Les métiers de la banque, de la finance et de l'assurance*, Paris, les éditions de l'Étudiant, 2018.

[48] Lire Paul DEMBINSKI et Alain SCHOENENBERGER, *Marchés financiers, une vocation trahie ? Éco'Diagnostic*, 1993, Doc. disponible sur : http://www.obsfin.ch/wp-content/uploads/Document/1993-Vocation%20trahie.pdf (consulté le 26 mai 2018).

de garantir le maintien de l'équilibre des balances des paiements. Mais, avec la fin des réglementations nationales de la libre circulation des capitaux, à partir des années 1990, les flux financiers internationaux ont connu une progression sans commune mesure avec les besoins de l'économie mondiale [49]. Pour qualifier cette tendance, l'expression « globalisation financière » a été inventée [50].

Partant de cette évolution, il a été convenu que nous sommes désormais face à un marché unique des capitaux à l'échelle planétaire, et qui se caractérise par une double unité :

« - Unité des lieux : les places financières sont de plus en plus interdépendantes grâce aux réseaux modernes de communication ;

- Unité du temps : le flux financier opère sans arrêt (24 h sur 24), partout sur les grandes places financières, en Europe, en Amérique du Nord et en extrême Orient » [51].

Concrètement, cela veut dire que les entreprises multinationales, industrielles ou financières, peuvent emprunter ou placer des capitaux là où elles le souhaitent et quand elles le souhaitent. Mieux, la globalisation financière, entraînant la mise en place d'un « marché unifié des capitaux », a permis à la finance internationale de se développer selon sa propre logique, c'est-à-dire sans aucun lien direct avec le financement de l'économie mondiale. En effet, l'essentiel des transactions financières se traduisent dans des *« mouvements de va-et-vient incessants entre les monnaies et les différents instruments financiers »* [52] (les titres obligataires, les actions en bourse, achat et vente de créances, etc.). Cette mutation de la finance internationale touche la nature-même du système financier mondial, désormais dominé par la spéculation [53].

---

[49] Voir *infra*, pp. 129-132.

[50] François VALÉRIAN, « La régulation financière entre globalisation et fragmentation », *Academic Journal, Annales de Mines – Réalités industrielles*, février 2015, pp. 30-35 ; Voir Yves SIMON, Delphine LAUTIER, *Finance internationale*, Paris, Économica, 2015.

[51] « Cours de finance internationale ». Texte disponible sur http://docplayer.fr/3075507-Cours-de-finance-internationale.html (consulté le 23 juin 2018).

[52] *Idem*.

[53] Voir Yves SIMON et Christophe MOREL, *Finance internationale*, Paris, Économica, 2015.

La prospérité extraordinaire, à partir des années 1990, des fonds d'investissement spéculatifs (*hedge funds*) [54], le démontre de manière éclatante. Visant le court terme et cherchant des rendements plus élevés par le recours massif aux produits dérivés, en particulier les options, ces fonds représentent aujourd'hui une part importante des transactions financières mondiales [55]. Ils sont considérés comme l'un des dispositifs financiers ayant contribué à la crise des *subprimes.* Cette crise aurait révélé la vulnérabilité d'un système financier à vocation spéculative. Elle a surtout mis en évidence la déconnexion, de plus en plus profonde, entre la finance internationale et l'économie réelle [56]. L'ancienne ministre de l'économie, Christine Lagarde avait résumé en quelques mots les origines de cette crise, en rappelant qu'elle *« a été une crise des excès : excès de crédit aux États-Unis, excès de volatilité que l'on observe actuellement sur tous les marchés ; excès de cupidité de ceux qui ont pensé faire de bonnes affaires trop vite et puis, sans aucun doute, excès de sophistication... La crise que nous venons de vivre a, en effet, clairement mis en relief une spéculation, qui s'est emballée au-delà de tous les excès, et un hasard, qui est présent de manière excessive, sans plus avoir aucune relation avec la réalité »* [57]. La question s'est alors posée de réorienter la finance vers des valeurs morales [58]. Ainsi, dans son rapport sur la crise financière, l'expert financier René Ricol souligne clairement que *« tous les acteurs du marché doivent s'engager à des pratiques saines. Celles-ci, dans de nombreux secteurs de*

---

[54] En 2008, les institutions internationales estimaient le nombre des fonds de pension à environ 10000. Quant à leurs actifs, ils étaient évalués à 1500-2000 milliards de dollars. Voir OCDE : Le point sur le marché des pensions, in https://www.oecd.org/fr/finances/pensions-privees/46098144.pdf (consulté le 23 juin 2018). Wafa KAMMOUN MASMOUDI, akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 47-63.

[55] « Les fonds spéculatifs (*hedge funds*) et la crise financière », Document disponible sur le site : https://www.boursier.com/actualites/economie/voila-les-10-plus-gros-fonds-speculatifs-au-monde-31665.html (consulté le 23 juin 2018).

[56] Yomna DAOUD et Aïda KAMMOUN, « Financement bancaire islamique dans le contexte de la crise financière », *Les Cahiers de la finance islamique* n° 7, 2014, p. 9 ; Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique », *Assurance et gestion des risques*, vol. 77, avril-juillet 2009, p. 74.

[57] Intervention de Christine Lagarde lors du second Forum Français de la Finance Islamique, organisé le 5 décembre 2008 par la Chambre du Commerce Franco-Arabe (CCFA) et Secure Finance. Voir « La France est prête à accueillir la finance islamique », *SalāmNews*, Dossier : spécial finance islamique, n° 5, janvier-février 2009, p. 11.

[58] Neyla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Économica, 1995, p. 14.

l'industrie financière, ont évidemment été oubliées pendant les prémices de la crise. "L'éthique" doit revenir sur le devant de la scène, être mieux contrôlée et mieux gérée. La compétence doit également redevenir une priorité, tant pour décider que pour conduire des opérations saines et garantir dans tous les cas des réactions appropriées de la part du management et des conseils d'administration » [59].

La financiarisation de l'économie mondiale avait poussé certains économistes à se poser la question suivante : *« La finance est-elle en train de tuer l'industrie ? »* [60]. De son côté, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire n'a pas manqué de rappeler tout l'intérêt d'une *« bonne gouvernance »* des marchés financiers. Il est notamment question de s'assurer que les institutions financières *« disposent de politiques et procédures appropriées, notamment de critères stricts de vigilance à l'égard de la clientèle, garantissant un haut degré d'éthique et de professionnalisme dans le secteur financier »* [61].

C'est dans ce contexte que les principes de la finance islamique, introduisant des valeurs morales et éthiques dans le domaine financier, pourraient être porteurs d'une réflexion novatrice, et l'on parle même d'un *« rôle historique »* que doit tenir la finance islamique, en ce qu'elle suppose le partage des risques et permet le financement durable [62]. Dans le même ordre d'idées, il est suggéré que *« la finance islamique se présente devant les investisseurs comme une alternative à l'autre finance qui est réputée ne pas trop se soucier de la morale »* [63]. C'est peut-être là d'ailleurs l'argument qui explique son expansion rapide ces dernières années alors que son apparition remonte à environ cinq décennies. Les théoriciens de la finance islamique rappellent, à cet égard, que la première institution bancaire répondant aux normes de la *sharī'a* a

---

[59] René RICOL, « Rapport sur la crise financière au Président de la République », sept. 2008, p. 7. Texte in http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000587/0000.pdf. (Consulté le 24 juin 2018).

[60] Voir *Alternatives économiques*, n° Hors-série, 3e trimestre 2012.

[61] Banque des Règlements Internationaux : « Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace », Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, septembre 2012.

[62] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, *La finance islamique. Une solution à la crise ? op. cit.*, p. 17.

[63] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 20.

vu le jour au début des années soixante dans un village égyptien, et ce dans l'intention de soutenir des projets agricoles réalisés par une population rurale au revenu modeste. Les prêts accordés par la banque étaient gratuits, c'est-à-dire sans paiement d'intérêt (*ribā*) [64]. Cependant, on suppose que la finance islamique n'a pris forme que dans les années 1970, à la suite du premier choc pétrolier *« permettant à quelques pays arabes et musulmans producteurs de pétrole d'investir leurs liquidités excédentaires gigantesques, provenant de la forte hausse du prix des hydrocarbures, dans les marchés financiers respectant les préceptes islamiques »* [65]. Depuis cette période, une multitude d'institutions financières islamiques ont émergé, concentrée toutefois dans les pays du Golfe persique et en Asie du Sud-est, notamment en Malaisie. Ce mouvement a connu une accélération singulière à la suite de l'attentat du 11 septembre, puis après la crise financière de 2008. Ces deux événements auraient *« rendu frileux les bailleurs de fonds qui avaient précédemment choisi le modèle américain comme cadre d'investissement de leurs économies »* [66]. Ils sont venus augmenter le regain d'intérêt pour une finance encore en gestation.

Le succès de la finance islamique ne va pas s'arrêter aux frontières des pays arabo-musulmans. Il va gagner les pays occidentaux, avec à leur tête l'Amérique du Nord et l'Europe, dont le Royaume-Uni est donné comme exemple, avec l'implantation de la première banque entièrement islamique sur son territoire en 2004, l'*Islamic Bank of Britain*. D'autres pays suivront, comme l'Allemagne, le Danemark, le Luxembourg, alors qu'en France, l'activité de la finance islamique reste limitée à quelques opérations ciblées comme les contrats *ṣūkūk* [67].

---

[64] Voir sur ce point, Gilbert BEAUGÉ (dir.) *Les capitaux de l'Islam*, Paris, éd. CNRS, 2013 ; Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermédiation financière participative des banques islamiques », *Études en économie islamique,* n° 1, vol. 6, novembre-décembre 2012, p. 22.

[65] Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique, op. cit.,* p. 7 ; voir également François GUÉRANGER, *Finance éthique, op. cit*., p. 29.

[66] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, *op. cit*., p. 8.

[67] Voir Tarik BENGARAI et Anouar HASSOUNE, « Le premier Sak français », *Les Cahiers de la finance islamique* n° 4, 2013, pp. 79-88.

Ainsi, la finance islamique, à des degrés divers, s'est développée partout à travers le monde [68]. Elle a connu une croissance rapide depuis quelques années, bien qu'elle reste grossièrement centralisée dans certains pays musulmans. En tout cas, elle se veut désormais une concurrente de la finance classique, voire une « alternative ». Mais la finance islamique doit, néanmoins, se soumettre à des règles identiques ou similaires à celles appliquées à la finance classique. Dans cette optique, des courants religieux vont jusqu'à autoriser la pratique du *ribā* en utilisant les *ḥiyal* (subterfuges ou fictions) [69], et ce au nom de la nécessité (*ḍarūra*) et de l'intérêt général (*maṣlaḥā*) [70]. Cela explique d'ailleurs la mise en place de nouveaux produits, qui n'apparaissaient pas dans les catégories de contrats énumérés par le droit musulman, comme le *salām* (contrat d'achat avec livraison différée), l'*istisnā*' (contrat de vente dont l'objet n'existe pas au moment de la transaction), etc. et qui posent la question de leur conformité avec la *sharī'a*. On s'est en effet interrogé *« sur les fondements qui permettent aux penseurs islamiques de légitimer ces produits (…) dont l'interdiction ne pose aucun doute, tant dans les sources secondaires que principales »* [71].

Toutes ces observations ont pour toile de fond le fait qu'à la différence de la finance classique, la finance islamique tire ses fondements et ses racines de la religion, et de ce fait, les transactions financières, quels que soient leur objet et leur nature, obéissent aux règles de la *sharī'a*. De là découle un certain nombre d'interrogations : quelles sont les effets positifs et négatifs d'un système financier qui puise ses principes dans des dogmes religieux ? Un tel système peut-il réellement avoir sa place dans la sphère financière internationale ? La finance islamique peut-elle être acclimatée à des pays où le droit est séparé de la religion, comme en France ?

---

[68] Anouar HASSOUNE, « La finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation : la finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse mais fragmentée », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *op. cit.,* pp. 86 et s. ; Amel MAKHLOUF, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique origines, formation et intégration en droit français*, Paris, IRJS éditions, 2015.

[69] Sur la pratique des *ḥiyal*, voir *infra*, pp. 223-225.

[70] Ce mouvement aurait pris naissance au sein de la célèbre université religieuse d'Al Azhar, dans la capitale égyptienne, Le Caire. Voir « Al Azhar autorise l'usure », http://www.afrik.com/article5364.html, (consulté le 29 mai 2017).

[71] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 24.

Finalement, il s'agit de se demander si la finance islamique ne se présente pas comme un *« pastiche »* [72], voire une simple utopie, ou, à la limite, une fiction juridique, censée être seulement une offre marginale et destinée à le demeurer, ou s'il s'agit effectivement d'une finance d'un genre nouveau, une « alternative », un substitut éventuel à la finance classique pouvant éviter une nouvelle crise financière ?

Sur la base de ces questionnements, nous avons pris la liberté de formuler une hypothèse de travail.

B. L'hypothèse de travail

L'accent mis sur l'éthique permet *a priori* de considérer la finance islamique comme un « modèle alternatif » à la finance conventionnelle. Mais intégrée dans un monde financier reposant sur l'équation risque-rendement et dont le socle demeure indiscutablement la recherche du profit et de l'intérêt, cette finance va toutefois chercher à s'adapter en empruntant, directement ou par des moyens détournés, les techniques et les outils de financement propres à la finance classique, quitte à déroger aux exigences du droit musulman, censées justifier l'idée d'un nouvel ordre financier alternatif.

Pour vérifier la validité de cette hypothèse, nous nous sommes appuyées sur une bibliographie abondante. Celle-ci peut d'ailleurs être considérée comme un gage de l'objectivité de ce travail, dans la mesure où elle contient des opinions différentes, reproduisant aussi bien les remarques des détracteurs de la finance islamique, que celles des défenseurs de cette finance.

Afin de donner à notre travail une dimension satisfaisante, nous avons estimé utile d'utiliser des illustrations.

Tout en tâchant de cerner au mieux l'esprit qui anime la finance islamique, à travers les principes qui la gouvernent, nous avons eu recours dans notre démarche à une lecture comparative, lorsque cela s'est avéré nécessaire.

---

[72] Patrick ALLARD et Djilali BENCHABANE, « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche », *Revue française d'économie* n° 4, 2010, p. 32, in https://www.cairn.info/revue-francaise-d-economie-2010-4-page-11.htm (consulté le 30 mai 2017).

Toutes ces données réunies nous ont permis d'élaborer notre plan de travail qui se décline en deux parties :

- La première partie, intitulée : *La finance islamique, une « solution » aux imperfections de la finance conventionnelle*, vise à identifier la nature de cette finance, fondée principalement sur une philosophie « divine » [73], et à examiner s'il s'agit véritablement d'une alternative à la finance conventionnelle. Dans cette perspective, nous allons aborder, dans le premier chapitre, ses sources et ses principes essentiels, reposant sur l'éthique. Dans le second chapitre, nous étudierons son expansion rapide, révélant un certain intérêt porté à la finance islamique, qui pourrait légitimer cette volonté de construire un système financier fondé sur l'éthique.

- La seconde partie, appelée : *La spécificité de la finance islamique, un élément structurant d'un « modèle alternatif »,* consiste à donner une dimension pratique de la finance islamique, en abordant l'influence de la religion sur les droits et obligations des banques (chapitre 1). Cette analyse, qui passe nécessairement par l'étude des contrats en droit musulman, nous conduira, naturellement, à examiner la responsabilité contractuelle et sociale du banquier (chapitre 2). Cette double responsabilité éclairera, peut-être, la formule : « finance alternative ».

Notons au passage que ce travail touche des thèmes assez vastes et ne pourra comporter tous les éléments et détails susceptibles d'être inclus par les spécialistes du droit musulman et de la finance islamique. Mais l'utilité de la recherche demeure, en raison tout d'abord de l'engouement de certains États occidentaux pour ce type de finance que l'on observe aujourd'hui, ensuite du fait que bien qu'elle soit récente, elle est en plein essor, suscitant ainsi un vif intérêt et de nombreux questionnements [74].

---

[73] Comme nous allons le démontrer plus en détails, en islam, aucune séparation n'est faite entre la vie temporelle et la vie spirituelle.

[74] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « La finance islamique à la croisée des chemins », *Revue d'économie financière*, 19/6/2008, pp. 201 et s. ; Lila GUERMAS-SAYEGH*, La religion dans les affaires, op. cit.,* pp. 15-19 ; Geneviève CAUSSE-BROQUET*, La finance islamique, op. cit.,* pp. 19-24 ; Rachid SOULEIMANI, *La finance islamique : évolution et perspective*s, Mémoire, Université Hassan II, Casablanca (Maroc), 2010, pp. 49-53 ; Christian De BOISSIEU et Dominique CHESNEAU (dir.), *Financer l'économie réelle*, Paris, Yrolles, 2016.

Première Partie
LA FINANCE ISLAMIQUE, UNE « SOLUTION » POSSIBLE AUX IMPERFECTIONS DE LA FINANCE CLASSIQUE

Les banques islamiques auraient été moins touchées par les crises financières mondiales successives, et de ce fait, les principes qui régissent la finance islamique ont éveillé la curiosité des investisseurs et analystes financiers, incitant en même temps juristes et économistes à vouloir comprendre l'essence du mode de financement islamique et les règles qui le gouvernent. Dès lors, une littérature abondante s'est accumulée au fil des années mettant en évidence deux éléments essentiels : le premier s'attache à critiquer la finance internationale ; le second à démontrer la réalité et les avantages du système financier islamique débarrassé de certaines normes communes comme la recherche de l'intérêt, qualifié de *ribā*, inadmissible au regard de l'Islam. À partir de ce constat, certains praticiens et théoriciens se sont demandés si la finance islamique pourrait se présenter comme une forme de « finance alternative » dans le sens où elle viendrait se substituer à la finance classique, ou du moins la compléter, en mettant en avant sa dimension éthique, participative, équitable, et son lien intime avec l'économie réelle. Dans cette perspective, on estime que la finance islamique, en raison de son caractère « vertueux », serait une réponse appropriée au phénomène récurrent des crises financières dans la mesure où elle contribuerait à la stabilité financière [75]. À l'opposé, d'autres auteurs la considèrent comme un « leurre » et pensent qu'elle n'apporte rien de nouveau à la finance conventionnelle [76].

Cette partie de notre étude se propose d'examiner ces points et, pour ce faire, il est important de déterminer la genèse du concept de finance islamique (Chapitre 1). Cela devrait nous aider à comprendre son expansion rapide (Chapitre 2), témoignant de l'attrait que cette finance exerce sur bon nombre de pays.

---

[75] Laurent WEILL, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? Une analyse de la littérature empirique », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 4, 2013, pp. 21-32 ; ; Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique », *op. cit.,* p. 73.

[76] Voir particulièrement John FOSTER, « How Sharia-compliant is Islamic banking ? », 2009. Texte disponible sur le site : http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/8401421.stm (consulté 12 novembre 2013).

Chapitre 1
LA FINANCE ISLAMIQUE
GENÈSE D'UN NOUVEAU CONCEPT

La finance islamique est une création relativement récente, cependant tout semble indiquer qu'elle a réussi à attirer l'attention de la communauté scientifique dont les travaux ont proliféré de façon remarquable aussi bien sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif au point de susciter une véritable dynamique de vulgarisation auprès des intéressés, dans les États musulmans mais aussi en Occident. Ce mouvement s'est accentué avec la libéralisation accrue de l'économie mondiale et la libre circulation des capitaux, et on assiste de la part de nombreux pays à une volonté, plus ou moins affirmée, de participer activement aux marchés financiers islamiques.

Mais que faut-il entendre par finance islamique ? En réponse à cette question, les spécialistes des affaires financières avancent l'idée qu'il s'agit fondamentalement de toute sorte d'activités bancaires subordonnées à la *sharī'a* [77]. Autrement dit, la finance islamique serait fondée sur le respect de certains dogmes religieux. Sauf qu'en introduisant le postulat de la nécessaire soumission de la finance aux prescriptions de l'Islam, on est forcément amené à soulever un certain nombre d'interrogations : la notion même de finance est-elle compatible avec la religion et, si oui, sous quelle forme et dans quelle proportion ? La finance islamique se distingue-t-elle de la finance classique, quant à la nature ou aux modes de financement ? Est-il exact que l'éthique et la morale religieuse forment la substance de la finance dite « islamique » ?

Pour apporter un début de réponse à ces interrogations, il importe de rappeler les sources fondant le concept de finance islamique (Section 1). Nous examinerons par la suite ses principes directeurs, qui peuvent être résumés en une seule formule : l'éthique, envisagée comme code de conduite (Section 2).

---

[77] Voir sur ce point Gérard BRAYER (dir.), *La finance islamique : l'autre finance*, Table ronde sur la finance islamique du 19 juillet 2008, Paris, Société de législation comparée, 2009, pp. 71-79 ; Centre du Commerce international, *Le système bancaire islamique. Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises*, Genève, 2009, pp. 5-11 : « Principes de base de la banque islamique » ; voir également Dhafer SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Paris, Revue Banque édition, 2009, pp. 43-62.

Section 1. Les sources fondant la notion de finance islamique

L'islam est une religion et une philosophie qui oriente la pratique quotidienne de tout croyant [78]. Il est aussi un État (*Dīn wa Dāwla*) : *« L'Islam est d'abord une religion puis un État, enfin une culture »*, écrit l'orientaliste Charles Raymond [79].

En Islam, et en règle générale, il n'existe pas de séparation entre le spirituel et le temporel [80]. Dans cet esprit, tous les aspects de la vie privée, familiale, sociale, voire étatique, sont régis par la religion, ou plus exacement par la *sharī'a* [81], c'est-à-dire les règles de conduite et de comportement que doit suivre chaque musulman pour être en harmonie avec sa foi. Dans le cadre de la finance islamique, selon certains auteurs, seul le respect des règles de la *sharī'a* consacrées aux affaires, permettrait de *« distinguer le métier des banques islamiques de celui des autres banques »* [82].

Vue sous cet angle, la notion de finance islamique paraît aussi ancienne que la religion elle-même, d'où l'intérêt d'énumérer ses sources, tant originelles (§ 1) que secondaires ou dérivées (§ 2).

---

[78] Voir Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.,* p. 7.

[79] Charles RAYMOND , *Le droit musulman*, Paris, PUF, 1992, p. 3.

[80] En Occident, il y a séparation entre le temporel et le spriritueI. Il en résulte que la religion est une affaire privée. En revanche, l'Islam réfute toute dissociation entre le temporel et le religieux. En effet, la foi constitue la seule valeur légitime qui donne à la communauté sa raison d'être. Pourtant, il y a eu la *Nāhḍa* (renaissance), qui a voulu réformer la culture arabe, en le fondant sur des principes laïques. Il y a eu aussi la tentative de revisiter les normes islamiques (*Islāh*), initiée par Jamal Eddin al-Afghani et ses disciples. Mais ces mouvements réformistes n'ont pas eu de succès. À ce propos, il suffit de lire les constitutions des pays arabes, qui ont fait de l'Islam une religion d'État (Abdelfattah AMOR, « Constitutions et religion dans les États musulmans », Académie Internationale de Droit constitutionnel, *Recueil des cours*, vol. IV, 2007). La seule exception à la règle est incarnée par le Liban qui ne parle ni de religion d'État ni de source religieuse de la législation. Selon l'article 19 de la Constitution (1990), *« Aucune légitimité n'est reconnue à un quelconque pouvoir qui contredise le pacte de vie commune »*.

[81] Dans son sens étymologique, le mot *sharī'a* désigne la source vers laquelle affluent les hommes et les animaux pour étancher leur soif (Youssef Hamid Al alim*, 'Al maḳaṣid al 'amā lichari'a al islamiyā (Les finalités générales de la sharī'a islamique),* Le Caire, éd. Dar el ḥadīth, p. 19). Dans son acception large, la *sharī'a* se réfère à la science de la foi (*tawḥīd),* qui vise l'existence et les *« attributs de Dieu ainsi que l'au-delà et à l'eschatologie »*. Juridiquement, le terme *sharī'a* signifie *« l'ensemble des normes dictées par Dieu pour ses créateurs et reçues par son prophète. En tant que telle, la validité juridique de l'acte sera analysée en fonction de sa conformité aux règles prescrites, et par rapport à l'intention réelle de son auteur »* (Nasser HIDEUR, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 4, 2013, pp. 9-10). En conséquence, *« la sharī'a est un droit religieux »*. Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la charia islamiya dans l'arbitrage international », *op. cit.,* p. 96.

[82] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *Les Cahiers de la finance islamiqu*e, n° 2, 2010, p. 14.

§ 1. Les sources originelles

Il est admis que l'industrie bancaire islamique au sens exact du terme, c'est-à-dire telle qu'elle se manifeste aujourd'hui sous nos yeux, ne s'est vraiment affirmée que dans les années soixante [83]. Mais il est aussi vrai qu'elle dérive d'un corps de principes généraux qui remonte assez loin dans le temps et qui est inscrit en premier lieu dans le Coran [84], complété par la *Sūnnā* [85].

A. Le Coran

Le Coran, première source de la loi divine, regroupe la révélation que le Prophète Mahomet a reçue de l'archange Gabriel entre 612 à 632 apr. J.C. à la Mecque puis à Médine. Il contient la « Parole éternelle et incréée de Dieu », transmise au genre humain par son Messager [86]. C'est pour cela qu'il est nommé le « Livre de Dieu » (*Kitāb Allah*). Il constitue pour les croyants la source infaillible où sont exposées, de façon globale, les commandements de base régissant la vie spirituelle. Ceux-ci sont connus sous le nom des « cinq piliers » de l'islam. Ils obligent à titre individuel toute personne capable et sont indiqués dans l'ordre suivant :

---

[83] On considère que durant des siècles il n'y a pas eu, à proprement parler, un système financier islamique. Il y eut, évidemment, l'interdiction de l'intérêt (*ribā)* mais cela ne permet pas de parler de « modes alternatifs de financement ». André MARTENS, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », *L'Actualité économique*, vol. 77, n° 4, 2001, p. 482 ; voir aussi *'Al Mawsū'a al-fīḳhiyā al-kowetiyā* (*Encyclopédie du fīqh koweïtien*), Ministère du culte et des affaires islamiques, Koweït, première édition, 2006, p. 14.

[84] Le Coran, du mot arabe *al-Ḳūr'an,* est d'origine syriaque. Il traduit l'idée d'une « communication orale », d'un « message », transmis sous forme de « récitation ». Cette triple notion, par sa complexité même, caractérise l'état initial d'une « révélation » verbale, qui ne reçut que lentement la sanction de l'écriture et ne fut fixée en un « Livre » unique, tenu pour seul recevable, que près d'un quart de siècle après la mort du Prophète. Il est composé de 114 chapitres ou *sūrates* (de l'arabe *al-sūra*). Chaque *sūrate* est subdivisés en versets (*'Ayāt*) au nombre de 6236 et *« classés selon un ordre de longueur décroissante, mode de classement qu'on retrouve dans plusieurs types de recueils poétiques ou philologiques du monde sémitique »* (Jacques FIERENS, *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*, Presses universitaires de Namur, 2014, p. 210). Le Coran, transcrivant la parole de Dieu, représente la source première du droit musulman.

[85] Deuxième source de la loi musulmane, la *Sūnnā* comprend l'ensemble des paroles (*ḥadith ou khabār*) et actes (gestes, attitude, silence expressif) du Prophète, traduisant la volonté de Dieu.

[86] Le Coran fait de la religion musulmane le prolongement, voire l'aboutissement des deux autres religions monothéistes, le Judaïsme et le Christianisme et de son Messager Mahomet le dernier des prophètes : *« Aujourd'hui, J'ai amené votre religion à son point de perfection ; Je vous ai accordé Ma grâce toute entière et J'ai agréé l'Islam pour votre religion »* (*sūrate* 5, verset 3).

« L'envoyé de Dieu a dit : "l'islam est bâti sur cinq bases" : le témoignage qu'il n'y a pas de divinité en dehors de Dieu et que Mahomet est l'envoyé de Dieu, l'accomplissement de la prière rituelle, le versement de l'aumône légale, le pèlerinage et le jeûne de ramadan » [87].

Par essence, le Coran est destiné au genre humain, ou du moins à tous les croyants quel que soit le lieu et quel que soit le temps.

Au regard du Coran, les musulmans forment une seule communauté (*Ūmma*), et de fait, pour le croyant, la religion est vécue à la fois comme un rapport direct à Dieu et comme un sentiment d'appartenir à un tout, à un ensemble [88].

Source de foi, le Coran contient en même temps des règles visant la réforme totale de la société. Ainsi, à côté des dogmes strictement religieux, on trouve noramment des règles morales (*akhlaḳ*) et des principes d'ordre sociale (*mū'amālat*) censées régir la Cité de hommes [89]. À cet effet, il existe au sein du Coran une démonstration plus ou moins détaillée de certaines dispositions, telles que celles relatives aux parts des héritiers, à la forme du divorce (*ṭalāḳ*), aux peines infligées à des infractions tels que le vol (*ṣariḳa*), l'adultère (*zīnā)*, à la loi du talion, au droit du sang (*dīyā*), à la justice (*'adalā*)… En somme, tout un corpus de règles où domine une dimension éthique, un souci permanent de séparer le bien du mal. Dans cette optique, toute dérive ou déviation est d'abord un péché, une faute morale très grave, avant qu'elle ne soit frappée de nullité du point de vue juridique.

---

[87] Coran, *sūrate* 7, versets 96-99. Notons que ces piliers de l'Islam, énumérés par le Coran, se retrouvent, sous d'autres formes, à la base du monothéisme biblique : le Sermon sur la montagne, en effet, parle longuement de la triade prière-aumône-jeûne. Quant au pèlerinage, il représente une valeur importante de l'Ancien Testament.

[88] Reste à préciser que cette appartenance à une même communauté a toujours été un idéal, ou, du moins, un objectif jamais atteint. En effet, la réalité est toute autre, marquée par la mise en avant des spécificités culturelles, économiques et idéologiques de chaque pays membres de cette prétendue communauté musulmane (*Ūmma al-islamiyya)*.

[89] Selon les doctrinaires musulmans (*'Ūlamā*), environ cinq cents versets sont consacrés à des prescriptions d'ordre social.

Posant aussi bien des règles religieuses que des normes sociales, le texte coranique est bien plus que cela : il est l'élément premier et fondamental dans la formation du droit musulman [90], c'est-à-dire l'ensemble des normes édictées pour guider chaque croyant dans son comportement vis-à-vis de ses semblables, et parmi lesquels on peut citer la protection de l'être (*qa'ine*), la sauvegarde de la raison (*'aḳl*), la protection des biens, la promotion de la prospérité et de la richesse, etc. [91] Il en résulte que toute règle issues d'autres sources juridiques doit impérativement être en totale conformité avec la parole de Dieu [92]. Autrement dit, pour le musulman, c'est une obligation de suivre les enseignements du Coran et de respecter absolument toutes ses injonctions, et il *« ne peut séparer entre la foi et la loi religieuse »* [93], car dit le Coran : *« Ceux qui ne jugent pas d'après ce que Dieu a fait descendre, ceux-là sont les pervers, [...] les injustes, [...] les mauvais »* [94] et *« Lorsque Dieu et son envoyé ont décidé d'une affaire, il n'appartient pas à un croyant ou une croyante d'avoir le choix dans leur affaire. Quiconque désobéit à Dieu et à son envoyé, s'est égaré d'un égarement manifeste »* [95].

En fait, le Coran semble avoir fourni à la cité ses lois en toute matière [96]. Dès lors, il appartient aux savants musulmans (*fūḳahā*) confrontés à un problème commercial de rechercher la solution d'abord dans le Livre sacré. Ce principe repose sur l'idée que les préceptes contenus dans le Texte coïncident avec les buts essentiels assignés aux croyants. Dans cette limite, nous pouvons soutenir que le droit est entièrement conçu par rapport aux finalités recherchées, comme le suggère d'ailleurs l'adage : « *al-ūmūr bi maḳasidiha* » (« les choses sont prévues selon leur finalité ») [97].

---

[90] Pour plus de détails sur la formation du droit msulman, voir notamment Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman*, t. 1 : « Histoire du droit musulman », éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

[91] Pour un aperçu des objectifs de la loi coranique, voir Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, p. 120.

[92] Sur cette question, voir *infra*, « les sources dérivées », pp. 48-62.

[93] Noël J. COULSON, *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF, 1995, pp. 3-4.

[94] Coran, *sūrate* 5, versets 44, 45, 47.

[95] Coran, *sūrate* 33, verset 36.

[96] Voir Niaz Ahmed IKRIA, *Les principes de l'Islam et de la démocratie*, Paris, Nouvelles éditions latines, 1958, p. 109.

[97] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 23.

En tout cas, dans la tradition musulmane, l'unique souverain c'est Dieu. C'est Dieu qui gouverne le monde. Il n'y a pas d'autre autorité dans l'univers que la Sienne. *« Il fait que la nuit pénètre le jour et que le jour pénètre la nuit. Et Il a soumis le soleil à la lune. Chacun d'eux s'achemine vers un terme fixé. Tel est Allah, votre Seigneur : à Lui appartient la royauté, tandis que ceux que vous invoquez, en dehors de Lui, ne sont même pas maîtres de la pellicule d'un noyau de datte »* [98]. Vis-à-vis des hommes, c'est à Dieu qu'appartient le pouvoir du commandement, de premission et de l'interdit, de l'obligation et du choix, de ce qui est licite et de ce qui est illicite ; le tout relaté dans Ses Livres et transmis par Lui à Ses prophètes sur terre pour éclairer le genre humain. Il en résulte que la légitimité des actes d'ici-bas ne peut exister que dans le respect des préceptes religieux : la norme posée ou la solution dégagée par l'autorité temporelle n'a force contraignante que dans la limite où elle correspond à la volonté divine.

Cette interprétation rigoureuse du Coran pourrait compromettre toute tentative d'innovation en matière de normes. Reste toutefois à ajouter que s'il est permis de dire que le Coran contient des réponses aux interrogations sur la conduite de la vie sociale du musulman, force est de constater qu'il propose peu de normes liées directement aux relations commerciales. En effet, seuls existent quelques versets dispersés sur les contrats, l'économie, la pratique du commerce (*tidjarā*) etc., et l'on en recense à peine une dizaine évoquant plus ou moins des principes financiers, qui tournent pour l'essentiel autour de l'interdiction de l'usure ou *ribā* [99], entendu au sens d'acquisition d'un avantage jugé injuste et injustifié, car sans contrepartie au moment de l'échange. Il est à noter que, dans ce domaine, le commandement précède la prohibition : « *Dieu a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt »*, dit le Coran [100]. C'est dire que la règle en matière de transactions financières *« est la permission »* [101]. Le prohibé vient en second et accompagne l'injonction.

---

[98] Coran, *sūrate* 35, verset 13.

[99] Le *ribā* est signalé dans quatre *sūrate* s sans être clairement défini : *sūrate* 2, versets 275-279 ; *sūrate* 3, versets 130-134, *sūrate* 4, versets 160-161, et *sūrate* 30, verset 39.

[100] Coran, *sūrate* 2, verset 275.

[101] Abderrazak BELABES, « Épistémologie des principes de la finance islamique », *Les Cahiers de la finance islamique,* n° 2, décembre 2010, p. 5.

En outre, l'obligation de soumission des transactions économiques et financières aux préceptes coraniques est loin d'épuiser le sujet. En effet, le Coran forme sans doute un ensemble indissociable de règles de vie religieuse, familiale, sociale, juridique et politique. Il n'est point pour autant un recueil achevé de lois [102] ou une sorte de « Code de droit ». En d'autres termes, le Coran ne pouvait pas envisager toutes les questions et il est nécessaire d'apporter des réponses qui ne sont pas vraiment prévues dans les textes. C'est à partir de cette évidence que se sont développées peu à peu des méthodes d'exégèse afin de tirer les incidences pratiques de l'enseignement religieux et, partant, de permettre l'adaptation des normes sacrées en des temps, lieux ou situations non explicitement réglés par le Livre sacré. Ce travail de « mise en lumière » (*istinbāṭ*) sera traditionnellement attribué aux « docteurs de l'Islam » et sera fondé d'abord sur la *Sūnnā*.

B. La *Sūnnā*

La *Sūnnā* (ou « règle de conduite »), désigne la pratique de l'Islam par le Prophète. Elle comprend ses qualités morales, ses dires (*ḥadīth* ou *khabār*), ses gestes, voire son silence approbatif [103]. Il est question de parfaire sur le terrain du droit certaines « omissions » du texte sacré en proposant des solutions à des problèmes que le Coran ne semblait pas traiter directement. Cette attitude s'inscrivait naturellement dans le cadre de la « mission divine » du Prophète, qui devait montrer *« aux hommes ce qui leur a été révélé, afin qu'ils réfléchissent »* [104]. De plus, affirme Abdel Maoula Chaar, *« le prophète était l'interprète (mūfasīr) désigné par le Coran et avait pour tâche de transformer la révélation en règles d'action permettant de donner un exemple de la vie prescrite par Dieu sur terre »* [105].

---

[102] Le Coran comprend en effet peu de prescriptions proprement juridiques, à peu près 10%.

[103] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, *op. cit*., p. 27 ; Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.,* pp. 10-11.

[104] Coran, *sūrate* 16, verset 44.

[105] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a : principes directeurs et stratégie », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *op. cit*., p. 38.

Les paroles, attitudes et recommandations du Prophète ont été transcrites par ses compagnons (*ṣaḥabā*), Abou Bakr, **'**Omar, **'**Othman, **'**Ali, que la tradition appelle « les bien dirigés » ; puis par leurs successeurs (*at-Tabi'ūn*) et leur disciples (*Tabi'ū at-Tabi' īn)*. Elles font loi en matière de droit, dont les règles ont été dégagées par les imams Al Bū*kh*ari (809-869), Mūslim (819-875) et d'autres théologiens musulmans. En fait, le processus d'élaboration de la *Sūnnā* a duré presque trois siècles (de 722 apr. J.-C jusqu'à la fin du premier millénaire) qui coïncident avec ce que des auteurs avaient nommé l'*« âge d'or de la législation islamique »* [106], reflet de « l'âge d'or de la civilisation arabo-musulmane ». C'est durant cette période qu'a eu lieu l'écriture des grands recueils de la *Sūnnā* [107] et les premières interprétations ou exégèses (*at-tāfasīr*) du Coran. C'est aussi l'époque qui a vu naître et prospérer les grandes quatre écoles du droit sūnnite (*ḥanafīte, malékīte, shafi'īte et ḥanbalīte*) [108] . Aussi a-t-on suggéré que *« les piliers de ce que nous connaissons actuellement du fīḳh islamique, et qui est à la base de la finance islamique contemporaine, provient de cette période »* [109].

Des écritures et explications des théologiens-juristes (*fūḳahā'*), il se dégage que les musulmans sont tenus de se conformer à toutes les institutions et normes provenant de l'appréciation du Prophète. Toutefois, la règle d'or du *sūnnīsme*, en cette matière, est de n'admettre que les traditions qui ont un lien direct avec un texte du Coran, soit qu'elles l'explicitent (*bayāne)*, soit qu'elles le précisent ou bien le complètent : ainsi, des commandements qui sont succinctement donnés (*'ala'l-idjmal*) dans le Livre, sont spécifiés « en détail » (*'ala'l-tafsīr*). Les *ḥadī<u>th</u>* qui sont absolument sans rapport avec le Coran ne sont pas pris en considération.

---

[106] Voir Abdul-Wahab KHALLAF, *'Ilm ūsūl al fiḳh (Science des origines du droit islamique)*, Le Caire, éd. Dar Al Fikr Al `Arabi, 1999. Cité par Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et gharār" : recherche d'une alternative islamique, op. cit.,* p. 41.

[107] Cette période s'est distinguée par un grand mouvement de compilation des *ḥadīths*. Citons entre autres le *Mūwaṭā'* de l'Imam Malik ibn Anas, écrit par ce dernier à la demande du Calife abbasside, Al Mansour (754-775). Plus tard, entre 870 et 887, ont été rédigés les célèbres *Ṣiḥaḥ As-Ṣiṭaḥ* **(**les « Six authentiques **»),** qui serviront de références par excellence aux quatre écoles sūnnites.

[108] Ces écoles portent les noms de leurs fondateurs : Abou Ḥanifa, Malek Ibn Anas, *'Ashafi'ī* et Ibn Ḥanbal. Pour plus de développement sur ce point, voir *infra*, p. 54 et pp. 59-60.

[109] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique*, *op. cit.,* p. 42.

Dans cette limite, la *Sūnnā* apparaît comme un commentaire du texte sacré fait par le Prophète et conceptualisé par ses successeurs, puis par les théologiens-légistes, pour qui Dieu s'est adressé aux croyants à travers le Coran et son Messager. Ils se basent, entre autres, sur ce verset coranique très connu : « *Ô, ceux qui adhèrent, obéissez à Allah, obéissez à l'Envoyé, et, parmi vous, aux protecteurs de l'ordre. Si vous vous disputez pour quoi que ce soit, déférez-en à Allah et à l'Envoyé. Si vous adhérez à Allah et au Jour ultime, voilà la bonne, la meilleure interprétation* » [110].

Transmettre aux hommes les commandements de Dieu, c'est l'objet même de la mission (*Risalā*) prophétique en son sens plénier. Cette idée a suffi pourtant pour diviser la communauté musulmane en deux camps inconciliables, celui des *sūnnites* et celui des *shi'ites*. Ces derniers refusent de reconnaître la *Sūnnā* comme source de droit islamique [111].

Cette divergence mise à part, l'obéissance au Prophète consiste à écouter ses conseils, à imiter son exemple, à pratiquer ce qu'il ordonne et à s'écarter de ce qu'il interdit. Il est dit : *« Prenez ce que le prophète vous donne et abstenez-vous de ce qu'il vous refuse »* [112].

Il faut comprendre, à travers ces textes, que les croyants sont obligés d'obéir au Prophète lorsqu'il apporte des solutions à des cas qui ne sont pas prévus par le Coran. Le Prophète agit donc comme un « véritable législateur » ou, à proprement parler, le pouvoir de légiférer a été exercé une fois pour toutes par Dieu, parlant par la voix de son Prophète. C'est pourquoi le grand spécialiste du droit musulman, Goldziher,

---

[110] Coran, *sūrate* 4, verset 59.

[111] Du point de vue *shi'ite*, la *Sūnnā* étant simplement une explication des préceptes coraniques, sa valeur en tant que source de droit n'est pas nécessaire. Du reste, disent-ils, c'est faire double emploi puisque le contenu de la *Sūnnā* doit être conforme aux prescriptions coraniques, alors mieux vaut l'ignorer. En vérité, les *shi'ites* n'acceptaient que les *ḥadīth* rapportés par Ali (gendre du prophète) et les membres de sa famille. Aussi ont-ils composé leurs propres recueils, dont le plus célèbre est celui d'Al Kulayni intitulé *'Al Kafī* ou « le Suffisant », rédigé au dixième siècle (lire Dominique et Janine SOURDEL, *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris, PUF 2004, p. 324). Rappelons aussi un autre recueil, à la dimension d'une véritable « encyclopédie » de *ḥadīth shi'ite* intitulé : *Wasa'il As-Shi'a* (*Les instrument à disposition des shi'ites*), composé par le Sheikh Muhammad Ibn Al Hassan Al Hur Al `Amili (mort vers 1692).

[112] Coran, *sūrate* 59, verset 7.

pouvait soutenir : *« Le pouvoir conféré à la Sūnnā, en tant que principe directeur dans la vie du Musulman, est aussi vieux que l'Islam. (...) Le ḥadīth est le document de la Sūnnā. Il témoigne, par une série de rapporteurs dignes de créance, qui propagent le récit en question de génération en génération, de ce que le groupe des Compagnons, s'appuyant sur l'approbation du Prophète, tenait pour la seule doctrine saine en matière de religion et de loi, et qui s'avérait par là la règle à suivre en pratique »* [113]. C'est autrement dire que la *Sūnnā* peut être appréhendée comme une source de loi tirant sa force de la légitimité du Prophète, *« interprète le plus éminent de la volonté divine »* [114]. Dans cet esprit, il est possible de soutenir que la *Sūnnā* se situe après le Coran en tant que source de législation [115]. Elle précise ce qui y est concis, interprète ce qui y est ambigü, relativise ce qui y est absolu et traite ce qui n'y est pas évoqué. À titre d'exemple, *« le Coran recommande d'acquitter la zakāt et la Sūnnā détermine les biens concernés et les proportions exigibles »* [116]. Nous sommes là en présence d'une sorte d'exégèse fondée sur le comportement et les paroles (*ḥadīth*) du Prophète. C'est en tout cas sur ce principe que s'appuie la *sharī'a* pour trouver des réponses à des questions non abordées par le Coran, nous fournissant par la même occasion un nombre important d'informations relatives au sujet qui nous intéresse spécialement. Nous limiterons ici notre propos à quelques indications :

- Notons tout d'abord que durant la période préislamique, la Mecque était une plaque-tournante du commerce caravanier. *« Le pèlerinage ancestral à la Ka'ba était vecteur d'échanges commerciaux et contribuait à la prospérité des Mecquois* » [117]. Avec l'avènement de l'Islam, l'activité commerciale est élevée au rang de « pratique noble » [118], pour peu qu'elle se conforme aux enseignements religieux (en particulier la

---

[113] Ignaz GOLD IHER, *Le dogme et la Loi dans l'Islam*, Paris, éd. L'Éclat et Geuthner, 2005, p. 21.

[114] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 87.

[115] Lila GUERMAS-SAYEGH*, La religion dans les affaires, op. cit.,* p. 10.

[116] Abderrazak BELABES « La finance islamique à la française… », *op. cit.,* p. 59.

[117] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit.,* p. 47.

[118] *« Des hommes que ni le négoce, ni le troc ne distraient de l'invocation d'Allah … »* (*sūrate* 24, verset 37). Et ce *ḥadīth : « le marchand sincère et de confiance sera au jour du jugement parmi les prophètes, les justes et les martyrs* », cité par Maxime RODINSON, *Islam et capitalisme*, Paris, éd. Seuil, 1966, pp. 33-34.

prohibition de l'intérêt). Rappelons que le Prophète était lui-même un caravanier dans sa jeunesse, et que sa femme Fatima était une commerçante aguerrie. De fait, il a toujours encouragé les marchands à se comporter avec honnêteté, à commercer et à faire fructifier leur argent par des moyens licites.

- Précisons aussi que l'enrichissement individuel est valorisé [119], à condition qu'il soit réparti équitablement, qu'il bénéficie à toute la communauté (*Ūmma*) et qu'il ne soit pas obtenu par des moyens blâmables. À ce propos, Michaël Moaté nous informe qu'il faut *« garder à l'esprit que la liberté du musulman, le permis et le prohibé, ne doivent être envisagés qu'à travers le rapport de soumission du croyant face à son Seigneur. C'est toujours dans le cadre fixé par la religion que l'individu musulman évolue, son intérêt personnel s'effaçant constamment derrière celui de sa communauté-mère, la ummah »* [120]. C'est dire que, dans le contexte musulman, le « groupe prime l'individu ». Cette réalité, attachée à la pensée islamique classique, trouve son fondement dans l'idée que les biens d'ici-bas sont un don fait par Dieu à l'homme, et par conséquent, *« tout croyant concerné par l'au-delà doit mettre ce don au service de la communauté »* [121].

- Enfin, nous le verrons plus loin, lorsqu'on regarde le concept de *mūsharaka* (contrat participatif) [122], on trouve sa légitimité aussi bien dans le Coran que dans la *Sūnnā* et éventuellement dans l'effort d'interprétation des juristes.

Reste à ajouter qu'il fallait bien trouver des réponses à des questions marquées par les contingences de temps et de lieu et qui demandent, à ce titre, d'être examinées selon les époques et les pays. C'est ici qu'apparaît le rôle des sources dérivées.

---

[119] L'enrichissement individuel, perçue comme un don de Dieu, est parfois mis au même niveau que la procréation : *« La richesse et les enfants sont l'ornement de la vie de ce monde »*, Coran, *sūrate* 18, verset 46.

[120] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit.,* p. 19.

[121] Mohamad Yusuf MUSA, *At-tashri' al islami wa athūrath fil fīḳh al gharbi* (*La législation islamique et le patrimoine dans la jurisprudence arabe*) Le Caire, éd. al-Maktabat ath thaqafiya, 1960, p. 126.

[122] Voir *infra*, pp. 149-162.

§ 2. Les sources dérivées

Nous avons souligné que les textes coraniques et les *ḥadīth* du Prophète, posent, de façon générale, un ensemble de règles précisant ce qui est interdit et ce qui est licite. Mais, ils étaient loin de fournir réponse à tout. Aussi la nécessité d'un travail conceptuel s'est-elle fait sentir dès les premiers temps de l'Islam. Il était urgent de trouver des solutions à des questions juridiques inédites soulevées au quotidien [123]. C'est dans ce contexte que va s'élaborer des méthodes complémentaires de création des normes, justifiées ou inspirées à la limite par les sources originaires donnant pouvoir à la communauté musulmane de *« recommander le convenable et d'interdire ce qui est blâmable »* [124]. Cette initiative reviendra aux *mūjtahidūn,* hommes de science *et* interprètes qualifiés par leur connaissance du Coran et des *ḥadīth* ainsi que par les vertus morales que la population musulmane leur reconnaissait. Faisant preuve d'un effort personnel d'interprétation (*ijtihād)* [125] des textes religieux, ces penseurs (*fūḳahā'*) vont contribuer à la formation d'un corps de pratiques juridiques que l'on appelle communément « droit musulman » ou *fīḳh* [126].

De cela il faut retenir le point suivant : ce que nous entendons par sources dérivées du droit musulman consiste essentiellement en l'élaboration de méthodes d'exégèse *« déduites des sources originaires »*, engendrant des règles contraignantes *« dont la portée et la valeur diffèrent selon l'école juridique »* dont sont issus les *fūḳahā'* [127], et

---

[123] Voir Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 87.

[124] Coran, *sūrate* 3, verset 110.

[125] *L'ijtihād* (ou effort créateur de la future norme) se présente comme un pouvoir judiciaire auquel a été jointe une part du « pouvoir législatif ». C'est un élément important assurant l'daptation de la *sharī'a*, en apportant des solutions nouvelles à des problèmes nouveaux qui se posent aux musulmans.

[126] Le *fīḳh* recouvre l'ensemble des règles et des méthodes juridiques dérivées des sources premières de l'Islam ; Coran et tradition du Prophète. Il est divisé en deux champs : *« le droit des actes de dévotion (fīḳh al-ibadat) »* qui visent la vie spirituelle du musulman ; et le droit des relations humaines (*fīḳh al-mū'amālat*) permettant *« d'assurer la vie sociale du musulman »*, mais qui *« ne peut être assimilé directement à un droit musulman des affaires, les relations commerciales n'étant pas distinctes du droit civil en droit classique »* Reste à préciser que « *fīḳh al mu'amalat* » est *« moins marqué par le caractère religieux et a subi de longue date l'influence de différents apports étrangers »*, Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.* pp. 15-16. Pour plus de détails sur ce point, voir Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman, op. cit*., pp. 7-10.

[127] Il est à noter que dans la mesure où le droit musulman fait l'objet de rites et d'écoles diverses, il connaît une grande variation dans son application d'un pays à un autre du monde musulman. Ainsi, la

dont l'apport constituera néanmoins *« une source à part entière au fur et à mesure de l'essor du droit musulman (fīḳh) et de l'évolution du rôle de ses interprètes »* [128].

Au cours de notre étude, nous aurons l'occasion d'examiner le rôle joué par les notions dégagées par le *fīḳh* dans la légitimation de techniques financières islamiques modernes. Pour le moment, nous limiterons notre analyse au cadre général en précisant notamment que, pour étayer certaines solutions ponctuelles, les *fūḳahā'* ont fait appel à deux sources de droit : l'*Ijma*' [129] c'est-à-dire le pouvoir d'interpréter la loi par la voie du consensus et le *ḳiyāṣ* [130] ou déduction analogique. Ces deux méthodes se complètent en ce qu'elles participent ensemble à l'effort de création de la règle juridique.

A. L'*Ijma'* (consensus)

Précisons tout d'abord qu'il existe de nombreux versets du Coran et des *ḥadīth* qui honorent le raisonnement et l'intelligence. On peut citer, à ce titre, le plus général des versets, disant : *« Réfléchissez donc ! Ô vous qui êtes doués de raison ! »* [131]. Ce texte peut être interprété comme incitation à se servir d'un raisonnement rationnel (*ḳiyāṣ ʿaḳli*) ou d'un raisonnement juridique (*ḳiyāṣ sharʿī*), ou des deux à la fois. On peut aussi lire, à propos des gens de science : *« N'ont-ils pas médité sur le royaume des cieux et de la terre et sur toutes les choses créées par Dieu »* [132].

---

sharī'a comme source exclusive d'élaboration des règles de droit est scrupuleusement observée dans des pays comme l'Arabie Saoudite ou le Soudan, alors qu'en revanche, elle n'emporte pas les mêmes conséquences juridiques dans d'autres pays comme la Tunisie, l'Égypte, le Maroc, etc., où elle joue un rôle plutôt « résiduel », voire « historique ». Voir Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage international », *op. cit.*, pp. 100-101.

[128] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op*. *cit*., p. 20.

[129] L'*Ijma*' ou consensus, contient les opinions des compagnons du prophète (Abou Bakr, **'**Omar, **'**Othman et **'**Ali) et leurs avis sur certains problèmes. Par la suite, cette procédure a été étendue aux *« juristes musulmans qui décident sur un point de droit sur lequel aucun élément du Coran ou de la Sūnnā ne permet de trancher »*, Wafa KAMMOUN MASMOUDI et akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op. cit.,* p. 50.

[130] Le *ḳiyāṣ* est considéré comme une forme de raisonnement par analogie, utilisée par les théologiens-juristes pour aboutir à la solution d'un problème de droit non prévu par les textes sacrés.

[131] Coran, *sūrate* 59, verset 2 ; *sūrate* 14, verset 52.

[132] Coran, *sūrate* 7, verset 185 ; voir aussi *sūrate* 75, verset VI et *sūrate* 3, verset 191.

Les savants sont des élus auprès de Dieu. Ainsi, il est dit qu'*« Allah élèvera en degrés ceux d'entre vous qui auront cru et ceux qui auront reçu le savoir »* [133]. On peut multiplier les exemples de versets montrant que la quête de la connaissance est presque un « acte pieux » ; en tout cas, elle prime auprès de Dieu sur l'adoration aveugle qu'entachent l'ignorance, l'obscurantisme et la déficience de décernement.

À côté du Coran, il existe plusieurs *ḥadīth* approuvant l'acquisition du savoir. Ainsi, le prophète a dit : *« Celui qui suit une voie à la recherche d'une science, Dieu lui facilite par là l'accès au Paradis »* (rapporté par Mūslim) [134]. Il a rappelé qu'*« aucun homme actif n'acquière tant de mérite que celui de la science qui guide le chercheur vers la bonne voie ou lui évite de tomber dans un précipice. Et sa Foi ne suit la bonne voie que si son Esprit connaît la rectitude »* (At-Tabarānī) [135]. Il a ajouté : *« Le mérite du savant par rapport à l'adorateur s'apparente à mon propre mérite par rapport au plus inférieur parmi vous »* (At-Tirmidhī) [136].

Enfin, il est précisé par le Prophète que *« Le savant et l'étudiant sont deux partenaires dans le bien… »* (Ibn Mājja) [137].

De telles recommandations, inscrivant l'ontologie comme une réflexion nécessaire, fait que le raisonnement gagne le titre juridique d'acte obligatoire [138]. Cela ne veut pas

---

[133] Coran, *sūrate* 58, verset 11.

[134] Abū al-Ḥūsayn Mūslim ben al-Ḥajjaj al- Ḳūchayri an-Nisabūri Ibn al-Ḥajjaj (821-875) est l'auteur d'un volumineux recueil (54 chapitres) des *ḥadīth* de l'islam sūnnite. Ce recueil, connu pour être le plus légitime en matière de transcription de la tradition du Prophète, est appelé *Ṣaḥiḥ Muslim* (ou « Recueil authentique de Muslim »). Il est précisé que le théologien-légiste a composé son recueil à partir d'un tri effectué parmi 300 000 ḥadīth sur une période de quinze années d'*ijtihād*.

[135] Abū al-Ḳasim Sulayman ibn Aḥmad ibn Ayūb At-Tabarānī (873- 970) est à l'origine d'un traité de nombreux *ḥadīth*, composé en trois parties *: Al-Mū'jam al-Kabeer*' (25 volumes de 7800 pages) ; *Al-Mū'jam Al-Awsaṭ* et *'Al-Mū'jam As-Saghir*' (grand, moyen et petit recueil).

[136] At-Tirmidhî, de son vrai nom Abū ʻĪsā Muḥammad ibn ʻĪsā ibn Sawra ibn Mūsā ibn al-Daḥḥāk al-Sulamī al-Tirmidhī (824-892) se situe dans la droite ligne des grands traditionnalistes de l'islam tels que Bukhari ou Muslim. Il est l'auteur d'*Al-Jāmi*, ouvrage considéré comme une référence incontournable en matière de *ḥadīth* canoniques de l'islam *sunnite*. On lui reconnaît d'avoir établi dans son livre *al-Ilal*, diverses définitions et une terminologie classificatrice plus précise en matière de science des *ḥadīth*.

[137] Muḥammad ibn Yazīd Ibn Mājja , connu plus communément sous le nom d'Ibn Mājja (824-887), est un érudit des *ḥadīth*. Il est à l'origine du dernier des six recueils de ḥadīths intitulé *Sunan Ibn Mājja*.

[138] En effet, pratiquer le savoir c'est faire sienne l'obligation coranique d'*« examiner le royaume des cieux et de la terre et toutes les choses que Dieu a créées »,* Coran*, sūrate* 6, verset 75.

dire pour autant que tous les énoncés du Coran doivent faire l'objet d'interprétation « rationnelle » ; il s'agit seulement de textes dont le sens profond reste « caché », ou demeure équivoque, comme le montre d'ailleurs ce passage coranique : *« C'est Lui qui t'a révélé le Livre contenant des versets sans équivoque formant la Mère du Livre ainsi que d'autres versets pouvant prêter à des interprétations diverses. Ceux dont les cœurs penchent vers l'erreur s'attachent à ce qui est équivoque en recherchant la discorde et des interprétations tendancieuses (…) »* [139].

Deux enseignements majeurs peuvent être retenus ici :

- il apparaît en premier lieu que l'islam est une religion dépourvue de mystère, une religion naturelle dont toutes les prescriptions, celles qui concernent les pratiques rituelles aussi bien que dogmatiques, peuvent être expliquées de manière rationnelle par celui qui détient le savoir. À ce titre, chaque « homme de science » doit emprunter le meilleur chemin comme le rappelle le Coran : « *Appelle les hommes dans le chemin de ton Seigneur, par la sagesse et la belle exhortation ; et dispute avec eux de la meilleure des manières »* [140].

- En second lieu, il est démontré que la parole de Dieu, prolongée par la tradition du Prophète (*Sūnnā*), appelle à l'usage de la raison. De ce point de vue, l'Islam semble accorder sa pleine confiance à l'Homme en ce qui concerne les affaires d'ici-bas ; il laisse à la communauté la liberté de s'occuper de ses intérêts d'ordre matériel.

Ainsi, les hommes de science peuvent interpréter, compléter et renforcer les règles établies par le Coran et la *Sūnnā*. Le procédé utilisé à cet effet est l'*Ijma*'. Il s'agit, d'après la tradition, d'un consensus des *fūḳahā* autour d'une question non explicitée ou résolue par les textes religieux.

Donc, en principe, l'*Ijma*' répond à toutes les nouvelles situations que la nécessité (*ḍarūra*) ou l'utilité (*maṣlāḥa*) oblige à examiner. Sa valeur pratique est essentielle car *« ce n'est pas dans le Coran et dans les recueils de Traditions que le juge contemporain*

---

[139] Coran, *sūrate* 3, verset 7.

[140] Coran, *sūrate* 125, verset 16.

va chercher les motifs de décision, mais dans les livres où sont exposées les solutions consacrées par l'ijma » [141].

On attribue à ceux qui participent à l'*Ijma*‘ le pouvoir de « délier et de lier » (*'Ahl al-ḥall wa al-'aḳd*), et on estime qu'ils agissent comme représentants de la communauté entière. Il importe d'ajouter que ces « gens qui délient et lient » [142] ne forment pas un corps constitué opérant de manière permanente. Il s'agit plutôt d'un organisme *ad hoc,* l'idée de clergé n'exitant pas dans le monde musulman [143]. Autrement dit, la tâche de ceux qui « lient et délient » consiste simplement à se réunir périodiquement pour débattre lorsqu'arrive le moment de se prononcer sur un fait quelconque et ils doivent s'exprimer unanimement (l'*Ijma*‘ explicite) [144]. La règle par la suite dégagée a valeur de loi, elle peut suppléer le silence des prescriptions du Coran et de la *Sūnnā*.

Dans cette perspective, l'*Ijma*‘ peut être envisagé comme un effort d'asseoir la norme sur la raison humaine [145]. Il constitue, en principe, la troisième source de droit musulman, après le Coran et la *Sūnnā*.

Conçu comme un *« procédé de technique législative et en même temps la solution théologique au problème de la conciliation de la Raison et de la Foi »* [146], l'*ijma*‘ ne fait

---

[141] René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain,* Paris, Dalloz, 2002, p. 355 ; voir aussi François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.*, p. 28. Selon certains auteurs, le *« procédé appelé ijma' est d'une importance vitale. En effet, l'opinion qui accède à ce statut devient à son tour une source de loi à partir de laquelle les règles pourront être dérivées »*, Abdel Maoula CHAAR « Chari'a : principes directeurs et stratégie », *in La finance islamique à la française*, *op. cit.*, pp. 39-40.

[142] Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman, op. cit.,* p. 108.

[143] Pascal GRANGEREAU et Mehdi HAROUN, « Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque et Droit*, n° 97, septembre-octobre 2004, p. 53. Texte en ligne : http://www.adelinotorres.info/islam/financements-projets-financements-islamiques.pdf (consulté le 3 octobre 2016).

[144] On distingue généralement deux formes de l'*Ijma*‘. L'*Ijma*‘ "explicite" ayant la valeur de source de droit, puisque la solution dégagée est prise à l'unanimité des *fūḳahā,* et l'*Ijma*‘ "tacite" ayant une valeur moindre, dans la mesure où la décision prise demeure révocable. Sur ces deux formes de l'*Ijma*‘, voir notamment Niaz Ahmed IKRIA, *Les principes de l'Islam et la démocratie*, Paris, Nouvelles éditions latines, 2006, pp. 33 et s.

[145] Cependant, jamais l'*Ijma*‘, au cours des siècles, n'a été vraiment codifié ; c'est là sans doute sa grande faiblesse.

[146] Voir Louis MILLIOT, « La pensée juridique de l'Islam », *RIDC*, 1954, n° 3, p. 448. Disponible sur https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc_0035-3337_1954_num_6_3_8631.pdf (consulté le 9 oct. 2014).

pas pour autant l'unanimité : les écoles du *fīḳh* restent en effet divisées quant à la valeur de la méthode de déduction des solutions par consensus ou *ijma'*. Ainsi, alors que *« pour les sunnites, c'est une méthode principale (…) les shi'ites n'en tiennent compte que dans les seuls cas où la famille du Prophète ('ahl el-beyt) ou l'imam ont adopté la règle »* [147]. Cette divergence incite à ne pas prendre à la lettre le terme de consensus (*Ijma'*), il s'agit d'une méthode de raisonnement différemment appréciée par les différenes écoles. Et c'est pourquoi le recours à la raison relève surtout d'une autre technique considérée par les théologiens comme la dernière des quatre sources formelles, et placée sous l'appellation de *ḳiyāṣ* (ou raisonnement analogique).

B. *Ḳiyāṣ* (analogie)

Les textes du Coran et la *Sūnnā* étaient loin de procurer toutes les solutions. Au demeurant certains versets coraniques, dont le sens reste « caché », posent forcément quelques problèmes d'interprétation : un texte énonce-t-il une obligation (*wājib*), une permission (*massmūḥ*), une recommandation (*mandūb*) ? L'acte visé est-il licite (*mūbāḥ*), répréhensible (*makrūh*), ou interdit (*ḥarām*) ? [148]

La question s'est posée également de savoir s'il fallait prendre un texte tel qu'il est, comme un pur principe général, ou l'envisager en un sens particulier qu'il faudrait éventuellement généraliser en dégageant la norme substantielle dont il découle, ce qui permet d'étendre le texte du seul cas d'espèce notifié à d'autres cas similaires non explicités à la lettre ? Autrement dit, fallait-il « observer le sens apparent » du Texte ou prendre en considération « l'intention du Législateur (Dieu) » ? Et dans ce cas, fallait-il découvrir un « indice » (*dālil*) clairement indiqué, une « preuve » (*būrhān*) qui permet de dépasser la littéralité de ce qui est écrit ? [149]

---

[147] Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 101.

[148] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit.*, p. 21. Il est à préciser que le « prescrit », l'« interdit », le « recommandé » et le « licite » sont des catégories juridiques (*aḥkam*), au nom desquelles les juristes musulmans recherchent la nature des lois et qualifient les actes qui en dépendent.

[149] Il est à souligner que ce type de controverse a parfois donné lieu à l'usage par les théologiens d'arguments dialectiques et/ou rhétoriques et à des procédés de déduction, qui relèvent parfois de la sophistique susceptible de provoquer la confusion et d'induire en erreur.

Toutes ces interrogations ont suscité des divergences de points de vue juridiques à l'origine d'une véritable science de la controverse (*khilāf*) [150].

La divergence s'étend aussi à l'étude des traditions (*Sūnnā)*. La problématique soulevée était de savoir s'il fallait s'en tenir aux traditions médinoises, soit en totalité soit en partie, comme le préconise l'école malikite [151], ou s'il fallait admettre d'autres *ḥadīth* après en avoir vérifié l'authenticité. C'est à ce niveau que les divergences (*Ikhtilāf*) étaient les plus fréquentes et les plus nombreuses.

Le recours au *ḳiyāṣ* fait partie de ce débat ayant pour objectif de découvrir le « non-dit » des textes et, à cet effet, le procédé utilisé est un mode de raisonnement qui repose sur des prémisses à partir desquelles on opère par déduction analogique pour résoudre un cas particulier.

À la base de ce « libre raisonnement » nous trouvons la notion de l'*ijtihād*, c'est-à-dire l'effort intense et le travail de recherche personnel accompli par les théologiens juristes en vue de dégager des règles de droit [152]. À ce propos, des réformistes musulmans, comme l'égyptien Mohammad Abdū, ou encore le pakistanais Munawar Iqbal avaient suggéré la liberté de réinterpréter les principes dégagés par la Révélation dans le but de renforcer les règles de droit et d'adpater l'Islam au monde moderne [153]. Et tant que cette interprétation ne vient pas contredire les sources originaires de lois islamiques, elle peut être considérée comme légitime.

---

[150] Le *khilāf* (ou *Ikhtilāf al fiḳh,* litt. les divergences du droit canon) a été bien accueilli par les sunnites qui voyait là un instrument nécessaire permettant une certaine souplesse dans l'interprétation du droit islamique. Le concept *ikhtilāf* figure en bonne place dans le traité *Al- Fiḳh al-Akbar* de l'imam Abū Ḥanīfa (éd. Dar al-kūtūb al-'ilmiya, Beyrouth, Liban).

[151] L'école malikite, fondée par Al-Imām Malik Ibn Anas (795), constitue la quatrième école juridique dans le monde *sūnnite* à côté de celles créées par Ibn Ḥanifa, Shafi'i et Ibn Ḥānbal). Elle eut une grande influence dans la terre d'al-Andalus. Marqué par son *« attachement indéfectible à la Tradition et à la pratique vivante des gens de Médine* (la coutume) *»* (Abdelmajid TURKI, « Vénération pour malik et la physionomie du malikisme andalou », *Studia islamica*, 1971, p. 53). Il importe d'ajouter que le rite malékite accorde une importance au consensus (*Ijma'*) des savants théologiens, à leur opinion personnelle (*raʾy*) et à leur jugement (*ḥūkm*).

[152] Il a été suggéré que l'activité de l'*ijtihād « correspond grossièrement à ce que la jurisprudence occidentale qualifie d'interprétation (…) »*, Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a : principes directeurs et stratégie », *op. cit*. p. 39.

[153] Voir Noël COULSON, *Histoire du droit islamique, op. cit*., p. 192.

Maintenent, si l'on regarde le procédé de *ḳiyāṣ,* celui-ci peut s'analyser ainsi : en l'absence d'un texte décisif, on va chercher les similitudes entre une solution ancienne déjà connue et un cas nouveau, et de déceler, à partir de cette investigation, la connexité entre les deux situations afin d'aboutir à une conclusion (par exemple, l'islam interdit la consommation du vin, mais les textes ne mentionnent pas les autres boissons qui provoquent l'ivresse. En se fondant sur le raisonnement par analogie (*ḳiyāṣ*) les juristes étendent l'interdiction à tous les produits qui entraînent les mêmes méfaits) [154]. Dans le langage juridique, il s'agit d'appliquer une nouvelle espèce (*far'*) par référence à une situation déjà établie dans un cas d'origine (*aṣl*), dans la limite où *« la nouvelle espèce a la même cause (illah) que le cas modèle »* [155]. Cette approche a été illustrée par le grand théologien-légiste Al-Ghazali [156] pour qui le *ḳiyāṣ « consiste à assimiler un cas inconnu à un autre, connu, en vue de confirmer ou d'infirmer une règle par le fait de l'existence d'un élément commun qui permet de leur appliquer une décision légale »* [157].

François Guéranger nous indique la démarche retenue par cette méthode d'interprétation. Il précise que *« le juriste part d'un cas modèle (aṣl) qui a fait l'objet d'une décision (ḥūkm). Il doit en découvrir la cause (illah) la mieux appropriée au nouveau cas d'espèce (tanḳih al manāṭ) en faisant le départ entre les diverses causes qui peuvent apparaître à l'analyse du cas retenu comme modèle. Une fois établie que la cause sélectionnée s'applique bien à la nouvelle espèce à traiter (far'), il lui applique la solution modèle »* [158].

---

[154] Voir Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires : la finance islamique, op. cit*., p. 11.

[155] Françoins GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éhtique, op. cit*., p. 41.

[156] Abu Hamid Muhammad al-Ghazali (1059-1111), connu dans l'Occident médiéval sous le nom d'Algazel, est l'une des figures les plus représentatives de l'Islam, ainsi qu'en témoigne le surnom qui lui a été accordé : *ḥudjdjat al-islam* (preuve ou garant de l'islam). Sous le règne des Seldjoukides, Il fut chargé d'enseigner le *kalām* (spéculation dialectique) *ashʿarite*. Son œuvre, *Iḥyaʾ ʿulum al-dīn* (*La revivification des sciences de la religion)* s'inscrit dans une période de réaction théologique contre la raison et la philosophie, comme le montre son *Tahafut al-falasifa* (*L'incohérence des philosophes*) qui suscitera la réplique d'Averroès dans son *Tahafut al- Tahafut* (*L'incohérence de l'incohérence*).

[157] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit*., p. 21.

[158] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la* finance *éthique*, *op. cit*., p. 42.

L'auteur nous informe, par ailleurs, que *« les cas modèles (aṣl) doivent être mentionnés dans le Coran ou la Sūnnā »* [159] et que la décision retenue comme référence (*ḥūkm*) doit répondre à un certain nombre de critères : elle doit correspondre à un cas tangible, prévu par la *sharī'a* ou par d'autres sources de droit (*nūṣūṣ*) ; elle ne doit pas avoir été contredite auparavant ; elle ne doit pas se fonder sur des cas rares et doit rester intelligible pour l'esprit humain. Enfin, la décision d'espèce ne doit pas avoir déjà été envisagée par les textes [160]. Pour illustrer cette démarche, nous proposons le schéma suivant :

Tableau 1.

Cas modèle (*asl*)	**Cause de la décision (*illah*)**	**Décision (*ḥūkm*)**
Maïsir ou pari	Dommageable	Interdiction

Tableau 2.

Nouvelle espèce	**Cause utilisée par analogie (*illah*)**	**Décision dans la nouvelle espèce (*ḥūkm*)**
Le jeu de loterie	Dommageable	Interdiction

Il existe plusieurs formes de *ḳiyāṣ* dégagées en fonction du degré de similitude ou d'analogie entre le cas authentique (*aṣl*), et le nouveau cas d'espèce : analogies évidentes (*ḳiyāṣ jali*) ; analogies cachées (*ḳiyāṣ khafi*) ; analogie de même niveau (*ḳiyāṣ al-musawi*) ; analogie supérieure (*ḳiyāṣ al-a'la*) et analogie inférieure (*ḳiyāṣ al-adna*).

Dans tous les cas, le *ḳiyāṣ* suppose qu'il est possible de connaître une règle inconnue à partir de ce qui est connu si les deux termes ont des affinités. Il s'agit donc d'une démarche reposant sur deux prémisses justifiant de ce fait l'idée de « syllogisme juridique » ; celui-ci combinant *« la révélation avec la raison humaine »* [161]. C'est dire

---

[159] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la* finance *éthique*, *op. cit.*, p. 42.

[160] *Idem*.

[161] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit.*, p. 40 ; voir également Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, *op. cit.*, p. 117.

que la pratique juridique sert ici d'intermédiaire justificatif entre la connaissance de la vérité religieuse et la « connaissance rationnelle ».

Précisons toutefois que le recours au *ḳiyāṣ,* étant un acte humain, donc faillible, ne doit pas interpréter l'esprit de la loi islamique ; il est juste question d'élargir son champ d'action. De même, il ne s'agit pas d'un jugement personnel, susceptible de conduire à des égarements, mais d'une réflexion systématique encadrée par les principes de l'analogie [162]. Malgré toutes ces précautions, cette méthode ne fait pas l'unanimité ; elle est rejetée notamment par les *shi'ites* pour qui les enseignements de la Révélation divine ne peuvent faire l'objet de conjecture. Aussi leur préférence va-t-elle plutôt vers la méthode du raisonnement individuel fondé sur la raison (*'aḳl*) [163].

En fait, la controverse remonte assez loin dans le temps, puisque déjà Ibn Rūshd (Averroès pour les latins) [164] avait vigoureusement critiqué l'analogie à deux termes. Le grand philosophe andalou réfute cette méthode et n'admet l'analogie que lorsque le connu et l'inconnu sont de même nature. De fait, d'après lui, il faut procéder selon un syllogisme à trois termes : celui-ci implique qu'il est possible de tirer une conclusion absolument vraie d'une prémisse absolument vraie, dans la mesure où un moyen terme permet de lier les deux propositions. La question du *moyen terme* est décisive : il s'agit de faire la liste des attributs de chacune des entités comparées pour ensuite

---

[162] Voir Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* pp. 89-90

[163] Le *ḳiyāṣ* est surtout entériné par les quatre écoles sunnites qui considèrent que son utilisation est recommandée par le Coran et la *Sūnnā*.

[164] Ibn Rūshd de son nom complet Abu al-Walid Muhammad Ibn Ahmad Ibn Muhammad Ibn Ahmad Ibn Rūshd, al- Ḥafid « le petit fils », connu chez les Latins comme Averroès, est né en 520 de l'hégire correspondant à 1126 de l'ère chrétienne à Cordoue. Issu d'une famille prestigieuse de juristes, il excellait dans tous les domaines de la science, en droit comme en théologie, en médecine, en mathématique et en astronomie, mais c'est en tant que philosophe qu'il s'est véritablement distingué (Hinda Mesbahi AL-MALEKI, *Ibn Rūshd et le milieu des intellectuels à Cordoue au XII^e siècle*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2002). Il est connu en Occident médiéval pour être le « grand interprète » d'Aristote et on le nomma le Commentateur (Alain De LIBERA, *La philosophie Médiévale*, Paris, PUF, 2004, p. 19). Mais Ibn Rūshd doit également sa célébrité au fait d'avoir consacré une large partie de son temps et de ses œuvres à vouloir établir la parenté (*ittiṣal*) entre la religion (*sharī'a*) et la Raison (Roger ARNALDE , *Averroès, un rationaliste en islam*, Paris, Balland, 1998 ; ubaida OBIED, *La question de la religion et de la raison chez Ibn Rūshd (Averroès),* Master 2, Langues et cultures étrangères, Université Lumière Lyon 2, 2014). L'objectif étant de prouver que les hommes, en se conduisant selon la Loi, se conduisent selon la raison, bien que ce ne soit pas la raison qui les inspire. Ainsi, la contradiction entre la philosophie et la religion ne devrait pas avoir lieu.

lier les propriétés compatibles (de même nature). Or, cette méthode se distingue du type d'investigation fondé sur le raisonnement analogique à deux termes.

Pour Ibn Rushd, atteindre la connaissance divine par le raisonnement analogique suppose que le divin est de même nature que l'être humain, ce qui est inadmissible [165]. Suivant en cela les enseignements d'Aristote, il n'admet l'analogie que *« lorsque le passage d'un terme à l'autre est évident, lorsque la nature du « contenu » est identique à celle de « l'inconnu » »* [166].

En dépit de ces critiques très anciennes, la science du droit se résumerait, aux yeux des légistes musulmans, à l'analogie [167].

En outre, la décision trouvée devait nécessairement s'appuyer sur le Coran et sur le *ḥadīth*. En effet, les premiers auteurs musulmans et leurs successeurs immédiats se sont accoutumés à dire que la solution envisagée à partir d'un raisonnement par analogie serait avant tout à base d'exégèse, d'interprétation des données scripturaires qui sont les deux premières sources de droit. Autrement dit, une décision ne peut contrevenir à une source d'autorité supérieure, en l'occurrence elle ne peut contredire le Coran ou la *Sūnnā*. *« Ce n'était que si elle était étayée sur une telle documentation (…) qu'une construction juridique ou une institution pouvait, aux yeux du pieux musulman, acquérir force de loi »* [168]. Cette limitation s'est avérée illusoire, et bien des notions, telles l'équité (*istiḥsān*), la nécessité (*ḍarūra*), l'utilité publique (*maṣlaḥa*), sont venues corriger la rigueur des sources scripturaires, légitimer les écarts des règles strictes de la *sharī'a* et enrichir par la même occasion le domaine du droit musulman.

---

[165] Voir notamment ses trois principaux ouvrages où il aborde cette question : *Faṣl al-maḳāl (Discours décisif),* éd. M. A. al-ʿAri, Beyrouth, Markaz dirasat al-waḥdat al-ʿarabiyya, 1997 ; *Kashf ʿan manahidj al-ʾadilla fi ʿaḳai'd al milla wa taʿrīf ma waḳa'a fiha bi ḥasbi at taʾwil min al-shubah al-muzayyafa wal-bidaʿal-mudilla* (*Dévoilement des méthodes de preuve relatives aux dogmes de la religion, et définition des équivoques et des innovations qui s'y rencontrent en fonction de l'interprétation et qui altèrent la vérité ou jettent dans l'erreur*), Beyrouth, Dar al-Afak al-jadida, 1998 ; *Tahafūt al Tahafūt* (*L'Incohérence de l'incohérence*) éd. M. Bouygues, Dar El-Mashreḳ, Beyrouth, 1992.

[166] Mohamed abed AL-JABRI, *Introduction à la raison arabe*, Paris, La Découverte/IMA, 1994, p. 128.

[167] Chafik CHEHATA avait démontré, avec rigueur, que le droit musulman a sa source principale dans la doctrine, et qu'il s'est construit presque entièrement sur la base du raisonnement analogique, appelé *ḳiyāṣ*, *in Études de droit musulman*, PUF, 1971, pp. 38 et s.

[168] Ignaz GOLD IHER, *Le dogme et la Loi dans l'Islam*, *op. cit*., p. 21 ; voir aussi Joseph SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris, éd. Maisonneuve et Larose, Paris, 1999, p. 94.

Pour ne retenir ici que la notion de *maṣlaḥa* ou intérêt général, elle aurait participé à l'élaboration de normes permettant d'envisager « rationnellement » [169] l'exercice de la religion dans des contextes où la solution juridique établie aurait conduit à un résultat contraire aux objectifs (*maḳaṣid)* de la communauté sur des questions comme la protection du droit de propriété, la liberté de commercer, l'équité dans les transactions, etc.

En fait, la *maṣlaḥa* peut porter sur *« de simples besoins et peut servir à parachever, compléter ou améliorer les solutions relevant du domaine religieux »* [170]. À titre d'illustration, pour un musulman, souscrire à une assurance dans sa forme conventionnelle n'est pas permis parce que cela va à l'encontre de certains interdits (intérêt ou *ribā*, spéculation ou *maīsir…),* Toutefois, de nombreux jurisconsultes le tolèrent, en permettant aux compagnies d'assurance islamique (*takāfūl*) d'utiliser les services des assureurs conventionnels en attendant qu'elles puissent fournir la même prestation en conformité avec la *sharī'a*. Cette dérogation aux principes religieux vise à garantir la préservation du patrimoine du souscripteur et invoque à cet égard des raisons de *ḍarūra* (nécessité). Bien que légitime en tant que telle, cette solution n'en constitue pas moins une ruse visant à contourner l'esprit et la rigueur de la *sharī'a.*

Il nous reste à dire que l'*ijtihād* a connu un grand essor aux premiers siècles de l'islam. Il est à l'origine des quatre grandes écoles juridiques de tendance *sūnnite*, très largement majoritaire dans le monde musulman : *Ḥānéfite* [171], *Malékite* [172], *Shafi'ite* [173] *et Ḥānbalite* [174].

---

[169] Voir Abel Magid TURKI, *Polémiques entre Ibn Ḥazm et Bagi sur les principes de la loi musulmane*, Alger, Études et Documents, 1975, p. 399.

[170] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit.*, p. 24.

[171] Créé par l'imam Abū Ḥanifa (697-767), le *ḥanafisme* a pour trait de fonder l'ordre légal sur l'interprétation des sources, elle fait donc appel au jugement personnel (*Raʾy*).

[172] Voir *supra*, p. 55.

[173] L'école *shafi'īte* porte le nom de son fondateur l'*imam* Mūhammad Idriss al *Shafi'ī* (762-820). Celui-ci fut le premier à classifier les traditions prophétiques (*Sūnnā*). Influente en Égypte et en Asie du Sud, cette école s'est distinguée par sa méthodologie de catégorisation des sources et des principes juridiques (*ūṣūl al fīḳh*), méthode qui sera reprise par les autres écoles.

[174] École juridique qui se réclame de l'imām Abū Aḥmad Ibn Ḥanbal (797- 855), grand opposant au *kalām* des *muʿtazilites*, et auteur d'un recueil de tradition prophétique, le *Mūnṣad*. Le *ḥānbalisme* fait

Ces écoles, une fois mises en place, ont décrété « les portes de l'*ijtihād »* fermées (*Sād bab al-ijtihād*) [175], arguant que toutes les questions fondamentales ont été « interprtées » et que personne ne peut désormais prétendre avoir les qualités nécessaires pour s'adonner à une nouvelle exégèse indépendante des enseignements des grandes écoles thélogiques [176].

C'est ainsi qu'à l'effort de recherche personnelle et à l'élan novateur et constructif, a succédé le *taḳlid,* c'est-à-dire la soumission aveugle aux principes généraux déjà posés par lesdites écoles et qu'on veut simplement adapter à des circonstances nouvelles.

Il se dégage de ces considérations que les sources du droit musulman (*sharī'a*) sont au nombre de quatre, le Coran, la *Sūnnā*, l'*ijma*' et le *ḳiyāṣ*, conçues selon un processus pyramidal, accompagnant l'expansion de la société musulmane.

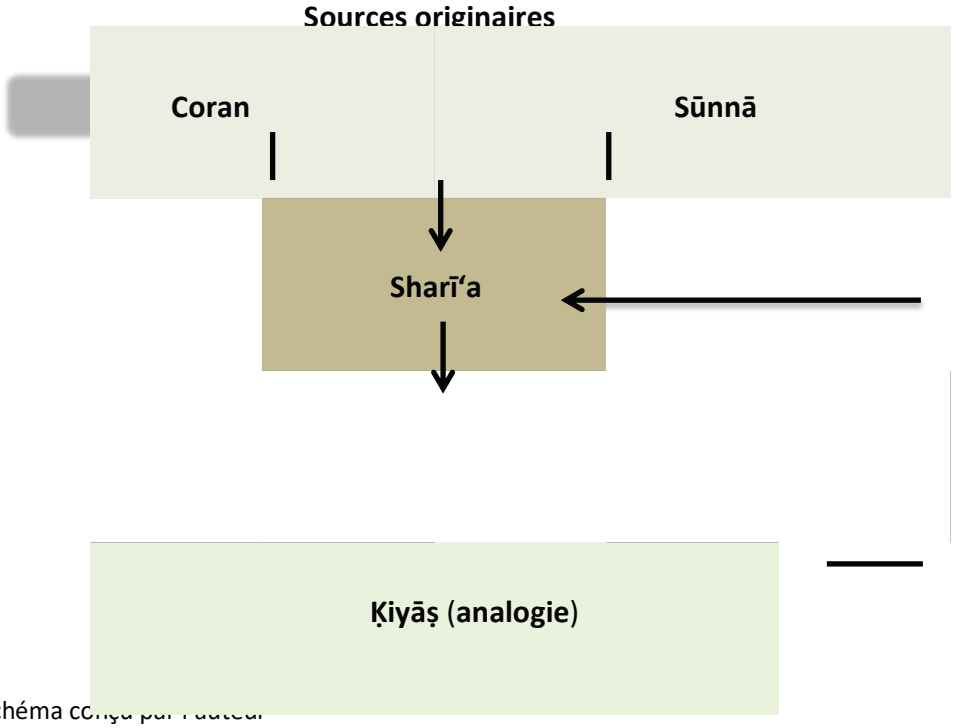
---

essentiellement appel à la tradition du prophète et réprouve l'usage du naẓar (recherche scientifique) en matière de dogme. Elle ne se trouve guère qu'en Arabie Saoudite.

[175] Notons toutefois que *« de nombreux savants de notoriété se sont élevés contre cette forme figée de dogmatisme au sein des adeptes des madhahibs. À l'image de cheikh el islam Taqī ad-Dīn Ibn Taymiya et ses successeurs Ibn el Ḳayem »* (« *Ilam el mouḳi'ine* »), El Ḳarafi (*El Achbah oua enadhair* »), Ibn Nūdjeim (« *El ḳawanine el fiḳhia* ») et le grand imam andalou A-Shaṭibi (« *El mouafaḳat* ») qui *« ont essayé de renouer avec l'esprit d'innovation de l'ijtihād »* (Nasser HIDEUR, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *op. cit*., pp. 12-13). De nos jours, plusieurs voix se font entendre, réclamant *« la réouverture des portes de l'ijtihād ainsi qu'une réunification des écoles juridiques, dans une libre adaptation des principes de base aux exigences de l'heure »*. Voir Mohammad SAÏD AHMED, *Al ijtihād fi-tāfsir al-Islam (L'effort dans l'interprétation de l'Islam)*, Le Caire, n° 88 1950.

[176] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a et institutions financières islamiques », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française*, *op. cit*., p. 68.

Figure 1. L'articulation des sources juridiques islamiques



Source : schéma conçu par l'auteur

À ce stade, il convient d'ajouter une précision : les savants musulmans écartent la coutume (*'ūrf*), comme source du droit musulman [177]. Pourtant, selon Chafik Chehata, les coutumes ont largement contribué à la formation du *corpus juris* islamique [178]. Au demeurant, la *sharī'a* accepte que la coutume détermine des règles relatives à ce qui est convenable, permis (*ḥalal)* ou pas (*ḥaram*). C'est ainsi que certaines règles juridiques établies à partir d'opinions personnelles (*ra'y*) ont pu s'inspirer de la coutume. Par ailleurs, des auteurs estiment que *« ce qui est prouvé par la coutume vaut ce qui est prouvé par la sharī'a »* [179] même si son niveau d'autorité reste tributaire du respect des principes religieux.

[177] Il convient aussi d'ajouter que la jurisprudence ne semble pas non plus être l'une des principales sources de droit car *« les jugements ne sont que des solutions morales indéfiniment révisables dans la voie du mieux »,* Jacques BERQUE, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, 1944, p. 49, note 14. Certains auteurs ont une opinion inverse, c'est le cas de François-Paul BLANC, *Le Droit musulman*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995, p. 30 ; du même auteur, *Introduction à l'étude du droit musulman, op. cit.,* p. 30.

[178] Chafik CHEHATA, *Études de droit musulman*, *op*. *cit*., p. 35.

[179] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, *op*. *cit*., p. 29.

En tout cas, une grande partie du droit musulman, liée au *fīḳh al mu'amalat* (ou droit des rapports sociaux), reste moins imprégnée par la religion dans la mesure où elle s'est largement nourrie du contact avec le monde extérieur. C'est bien ce volet qui nous intéresse plus particulièrement dans la mesure où il pose les bases des relations commerciales entre musulmans ayant comme support le principe éthique sur lequel reposerait le concept récent de « finances islamiques » [180].

Section 2. L'éthique comme principe directeur

La finance islamique pourrait être définie comme une offre de services financiers effectuée dans le respect des préceptes posés par le droit musulman lequel interdit la pratique de l'intérêt (*ribā*) [181]. Cette approche implique par ailleurs que les banques islamiques doivent obéir à un certain nombre de règles : distribution égale et équitable des ressources, honnêteté dans les transactions, équité dans les modalités de rémunération et transparence dans la négociation et dans l'exécution des contrats [182].

Pour donner corps à ces principes, de nombreux outils financiers existent, fondés sur le concept de participation, sur la notion du partage des risques, d'implication dans les opérations de production et d'élaboration de solutions répondant aux exigences du métier bancaire. Ces outils sont guidés par un impératif : la liberté de financement. Cependant, il est dit que *« les secteurs d'activité ne doivent pas être incompatibles avec les finalités (maḳaṣid) de la sharī'a visant à préserver la religion, l'individu ou l'être (al-nafs), la raison ou l'entendement (al 'aḳl), la postérité ou la descendance (al-naṣ), les biens (al-māl), c'est-à-dire tout ce qui est profitable à la personne et à son environnement* » [183].

---

[180] Pour un aperçu des mesures préconisées par la *sharī'a*, voir Michel EL KHOURY, « *Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France », Banque et droit*, 2003, n° 92, pp. 17-22.

[181] Centre du Commerce international : *Le système bancaire islamique. Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises, op. cit*., p. 5 ; Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique », *op. cit.,* p. 59.

[182] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit*., p. 25 ; Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », Rapport, mars 2015, p. 66 ; Fatima ahra ABDELMALEK, *La place de la finance islamique dans le financement des petites et moyennes entreprises en Algérie, op. cit.,* p. 81.

[183] Abderrazak BELABES, « Épistémologies des principes de la Finance islamique », *op*. *cit*., p. 6.

Une certaine philosophie domine ces exigences d'ordre religieux et moral : les ressources de ce monde appartiennent à Dieu qui a donné l'usufruit aux générations passées, présentes et futures. L'homme doit donc satisfaire ses besoins sans mettre en péril l'intérêt des autres à combler les leurs. Sur ce point, les interprètes de la loi islamique sont convaincus : *« lorsque la Terre et tout ce qui y existe appartient à Dieu, la relation entre l'homme et la nature ainsi que le monde matériel est celle d'un gardien (…) Les termes de l'accord sont simples et sans ambiguïté : Dieu permet aux hommes d'utiliser le monde physique et en échange les hommes acceptent d'être responsables de la façon dont le monde physique est utilisé* » [184].

En outre, contrairement au droit occidental, la *sharī'a* vise la protection des biens de la personne non seulement en tant qu'individu, mais aussi et surtout en tant qu'il appartient à une communauté de croyants. C'est sous ce versant qu'il faut aborder les règles préconisées par la *sharī'a* en matière d'opérations de financement et que l'on peut répartir en trois volets : des dispositions prohibitives (§ 1), des mesures recommandées (§ 2) et la présence d'un Comité de la *sharī'a* (§ 3).

§ 1. Les normes prohibitives

Si la conception de l'économie dans le monde musulman se fonde sur l'initiative privée et la propriété individuelle [185], elle est également soumise à certaines valeurs scripturaires interdisant aux croyants de disposer librement des ressources. Il existe en effet des limitations sérieuses imposées par le Coran et la *Sūnnā*. Cette réalité fait qu'aux yeux de l'Occident, la finance islamique reste profondément marquée par son aspect contraignant [186]. Or, selon des auteurs, *« d'un point de vue épistémologique, ce qui est primordial, ce n'est pas tant le nombre des principes négatifs par rapport aux principes positifs que le poids des pondérations respectives allouées à chacun de ces*

---

[184] Cité par Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a : principes directeurs et stratégie », *op. cit.*, pp. 41-42 ; voir aussi Abdelilah HAJJY et Jérôme BALLET, « Les banques islamiques, un modèle éthique alternatif ? », *op. cit.,* p. 2. Notons que cette vision métaphysique du monde conçu comme un délégation divine à ceux qui l'habient, parcourt toutes les religions monothéistes.

[185] Voir Dhafer SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 43.

[186] Tables rondes sur la finance islamique organisées par la Commission des Finances du Sénat, 14 mai 2008, p. 1 ; Lachemi SIAGH, *L'Islam et le monde des affaires*, Éditions d'Organisations, 2003, p. 38.

principes » [187]. À ce propos, juristes et économistes ont tenté de découvrir l'essence du système de financement islamique et les principes généraux qui le gouvernent en se fondant sur leur interprétation des règles principales prévoyant l'interdit en matière de transactions, à savoir le *ribā* (intérêt), le *gharār* (spéculation) et le *maīsir* (jeu, hasard), dégageant de ce fait les bases d'une « spécificité » de la finance islamique par rapport à la finance conventionnelle [188].

A. L'interdiction du *ribā* (usure ou intérêt)

Dans les pays occidentaux, les établissements financiers accordent généralement des financements à leurs clients ou concluent des transactions avec ces derniers qui impliquent le plus souvent le versement d'un intérêt représentant le loyer de l'argent prêté.

En fait, tout l'édifice financier classique repose sur le paiement d'intérêts débiteurs ou créditeurs. Or, cette règle est en principe interdite par la religion musulmane et par la *sharī'a* [189]. En particulier, dans l'approche musulmane, l'élaboration et la mise en application d'un système financier semblent interdire la rémunération des crédits par l'intérêt nommé *ribā* qui, aux yeux de certains auteurs, *« constitue l'un des interdits majeurs de la finance islamique »* [190].

Le principe d'interdiction dérive de la *sharī'a* qui distingue plusieurs formes de *ribā* :

- *Ribā al-faḍl* (ou *ribā* du solde) : il s'agit de tout surplus concret perçu lors d'un échange direct entre deux biens de même nature au moment de la transaction.

- *Ribā de dette* : il consiste dans le paiement d'intérêt, quelle que soit sa forme.

---

[187] Abderrazak BELABES , « Épistémologie des principes de la finance islamique », *op. cit.*, p. 5.

[188] Michel RUIMY, *La finance islamique*, Paris, Arnaud Franel éditions, 2008 ; Herbert SMITH en collaboration avec Gleiss LUT et STIBB, *Guide de la finance islamique*, 2009, p. 2. Texte disponible sur le site https://ribh.files.wordpress.com/2009/11/guide_finance_islamique_fr_240909.pdf (consulté le 6 janvier 2014).

[189] Voir Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.*, pp. 33-37

[190] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a : principes directeurs et stratégie », *op. cit.*, p. 44 ; François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.*, p. 34 ; Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière…, op. cit.,* p. 45.

- *Ribā al-naṣi'a* : c'est le surplus perçu lors de l'acquittement d'un dû, dont le paiement a été posé comme condition de façon explicite ou implicite dans le contrat, en raison du délai accordé pour le règlement différé [191].

La question du *ribā* a donné lieu à d'importantes querelles doctrinales mais en définitive sa prohibition générale a reçu l'adhésion des *fūḳahā'* animés par *« le sentiment d'amener le système économique dans son ensemble à un fonctionnement reposant sur l'éthique »* [192].

Cette tendance peut invoquer plusieurs préceptes coraniques qui condamnent le *ribā* assimilé à l'usure et à l'intérêt : « *Ô vous qui croyez ! Ne pratiquez pas l'usure pour multiplier sans cesse vos profits ! »* [193], ou encore : *« L'intérêt que vous donnez pour qu'il accroisse les biens d'autrui ne les accroît pas, auprès de Dieu »* [194]. Certains passages coraniques mettent en garde toutes les personnes ayant recours à l'usure. Ainsi, il est écrit dans le Livre : *« Ceux qui pratiquent l'usure se présenteront, le Jour de la Résurrection, comme des aliénés possédés par le démon et ce, pour avoir affirmé que l'usure est une forme de vente, alors que Dieu a permis la vente et a interdit l'usure. Celui qui, instruit par cet avertissement, aura renoncé à cette pratique pourra conserver ses acquis usuraires antérieurs et son cas relèvera du Seigneur ; mais les récidivistes seront voués au Feu éternel »* [195]. Plus loin il est rappelé : *« Ô vous qui croyez, Craignez Dieu et renoncez au reliquat de l'intérêt, si vous êtes sincères »* [196]. *« Et si vous ne le faites pas, attendez-vous à une guerre de la part de Dieu et de Son Prophète. Mais si vous vous repentez, vos capitaux vous resteront acquis. Ainsi, vous ne léserez personne et vous ne serez point lésés »* [197].

---

[191] Sur les différentes formes de *ribā*, voir notamment François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, *op. cit*., p. 35 ; voir également Dhafer SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation, op. cit.,* p. 52.

[192] IIRF, *Introduction aux techniques islamique de financement, op. cit*., p. 10.

[193] Coran, *sūrate* 3, verset 130.

[194] Coran, *sūrate* 30, verset 39.

[195] Coran, *sūrate* 2, verset 275.

[196] *Ibid*., verset 278.

[197] *Ibid*., verset 279.

À ceux qui pratiquent le *ribā*, Dieu annonce donc de terribles châtiments. Cette injonction est restée vivace dans la conscience collective des croyants à travers des siècles. La communauté musulmane *« s'est alors généralement abstenue de pratiquer le ribā et a plus ou moins réussi à organiser ses activités économiques et commerciales sans le recours au prêt à intérêt identifié au ribā prohibé par le Coran »* [198]. En vérité, dans la péninsule arabique où le commerce caravanier tenait un rôle primordial dans la vie de la communauté, l'interdiction du *ribā* par le Coran devait être progressive [199]. Ainsi, les premiers versets révélés sont une simple recommandation faite aux croyants de ne pas en user ; en revanche, ils insistent sur le rôle bienfaisant de la *zakāt* (l'aumône) : il est dit en substance que *« 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 Zakāt, tout en cherchant la Face d'Allah (Sa satisfaction)... Ceux-là verront [leurs récompenses] multipliées »* [200]. Dans le même sens, il est prévu que *« Dieu réduira à néant le profit usuraire et fera fructifier le mérite des aumônes »* [201].

Par ces textes, il est reproché à ceux qui pratiquent le *ribā* d'exploiter les indigents et de pervertir de la sorte la répartition harmonieuse de la richesse dans une société fondée sur l'aumône (*zakāt*), la solidarité et l'entraide. L'interdiction est de ce fait justifiée, sans que le sens du mot *ribā* ne soit précisé [202].

Outre les versets Coraniques, de nombreux *ḥadīth* condamnent le *ribā*. Ainsi, le Prophète aurait prévenu : *« Évitez les sept péchés majeurs : l'association d'une autre*

---

[198] IIRF, *Introduction aux techniques islamiques de financement, op. cit.*, p. 10.

[199] La pratique du *ribā* était très répandue à l'époque du Prophète. Ce dernier va donc s'employer à interdire progressivement cette pratique jugée immorale. Voir à ce sujet Joseph SCHACHT, *Encyclopédie de l'Islam*, 1ère édition, 1913-1936, pp. 1227-1230.

[200] Coran*, sūrate* 30, verset, 39.

[201] Coran, *sūrate* 2, verset 276.

[202] L'auteur Hacène BENMANSOUR cite à ce propos des mots qui auraient été prononcés par le compagnon de Mahomet, 'Omar ibn al Khaṭāb, rapportés par Ahmed et Ibn Majjā : *« le verset du ribā est le dernier à être révélé dans le Coran et le Prophète était mort avant qu'il ne nous l'explique. Aussi faut-il s'écarter du ribā et du douteux », in L'islam et le ribā, pour une nouvelle approche du taux d'intérêt*, Paris, Dialogues éditions, 1995, p. 36 ; voir aussi Al Hafiz IBN KATIR, *Tafsir al-qur'an al-* **'***aḍim*, (*Interprétation du Grand Coran*) Beyrouth, Dar al-fikr, 1997, t. 1, p. 372.

divinité à Dieu, la magie, le meurtre, la consommation du ribā, la consommation des biens de l'orphelin, la fuite au combat et la diffamation des femmes mariées » [203].

Plusieurs autres *ḥadīth* relatés par des sources considérées par les jurisconsultes musulmans comme fiables confirment cet interdit [204].

À ce niveau, il est à noter que l'interdiction du *ribā* n'est pas propre à la religion musulmane. L'Église chrétienne avait interdit le prêt d'argent, désigné du nom infâme d'usure. En effet, l'argent étant source de péché et objet de soupçon [205], le prêt rémunéré a presque toujours suscité la répulsion des pères fondateurs de l'Église [206] : les personnes qui prêtaient avec intérêt ont été généralement exclues des sacrements, voire qualifiés d'hérétiques. Cette rigueur connaîtra quelques infléchissements avec la limitation de la répression de l'usure aux taux supérieurs à 20% (vers 1306), puis en définissant un seuil acceptable au milieu du XV^{e} siècle. Avec la révolution protestante, au début du XVI^{e} siècle, la pratique de l'usure devient une « loi naturelle », donc permise [207]. Quant à l'Église catholique, elle réaffirmera le principe d'interdiction pour quelques siècles avant d'accepter les règles de l'économie moderne.

L'Église n'est pas la seule à avoir prohibé l'usure. Dans le judaïsme, il est précisé à propos des nécessiteux : *« Et si ton frère est devenu pauvre, et que sa main devienne tremblante à côté de toi, tu le soutiendras, étranger ou hôte, afin qu'il vive à côté de toi. Tu ne prendras de lui ni intérêt ni usure ; et tu craindras ton Dieu (…) Tu ne donneras pas ton argent à intérêt, et tu ne lui donneras pas tes vivres à usure »* [208].

---

[203] Cité par Mohamed Fall OULD-BAH, *L'Argent de Dieu. Contribution à une anthropologie économique des systèmes financiers musulmans*, thèse, Université Paul Verlaine de Metz, 2007.

[204] D'après le recueil de *ḥadīth* de Mūslim, *« Le Prophète a maudit, également, celui qui se nourrit de ribā, celui qui l'offre, celui qui en établit le contrat et ses deux témoins »,* cité par Dhafer SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation, op. cit.,* p. 48.

[205] Dans l'Évangile de Matthieu, 6, 24, il est mentionné que *« Nul ne peut servir deux maîtres ; car, ou il haïra l'un et aimera l'autre, ou il s'attachera à l'un et méprisera l'autre : vous ne pouvez servir Dieu et Mammon* (richesse personnelle) *»*.

[206] Au XIII^{e} siècle, Saint Thomas d'Aquin considérait la monnaie comme un simple étalon qui ne crée pas de richesse. Il assimilait, par conséquent, l'intérêt à l'usure.

[207] Voir Alain PEYREFITTE, *La société de confiance*, Paris, éd. Odile Jacob, 1995.

[208] La Bible, *Lévitique*, chapitre 25, versets 35 à 37. L'usure et l'intérêt sont ici prohibés dans une perspective de charité vis-à-vis des indigents. Plus tard, une nuance fut introduite permettant la

On constate que l'interdiction de l'intérêt et de l'usure est justifiée par la nécessité de prévenir l'exploitation des plus faibles par les riches. C'est ce même principe qui explique la prohibition du *ribā* considéré comme contraire à la *ṣaḍaḳa* (charité). Aussi, de l'avis général des *fūḳahā'*, l'intérêt perçu contre un prêt est interdit.

Reste à préciser ce qu'on entend exactement par la notion de *ribā*. Une tentative de définition a été faite par le juriste libanais Fady Nammour, qui nous explique qu'il s'agit d'« *un profit ou gain illicite découlant d'une inéquivalence dans la contre-valeur des prestations réciproques au cours de l'échange entre deux ou plusieurs biens de la même espèce, du même genre et régis par la même cause efficiente* » [209].

Sauf qu'en Islam le terme semble se référer à un accroissement injustifié des biens ou de la richesse. Plus explicitement, la religion musulmane entend donner à l'interdiction un sens très large, puisqu'elle étend le *ribā* à deux notions distinctes : l'usure et le taux d'intérêt [210] : « *Dieu a rendu licite l'achat et la vente, le commerce, et illicite l'intérêt ou usure ... »* [211].

Les légistes musulmans retiennent en effet du mot *ribā* « *tout avantage monétaire sans contrepartie »* [212] et, de ce fait, considèrent que la prohibition du *ribā* en Islam inclut les intérêts dus contre *« des prêts de toutes sortes quels qu'en soient l'ordre de grandeur et l'usage auquel ils sont destinés : prêts à la production ou prêts à la consommation »* [213].

---

pratique de l'usure entre Juifs : *« Tu n'exigeras de ton frère aucun intérêt ni pour argent, ni pour vivres, ni pour rien de ce qui se prête à intérêt. Tu pourras tirer un intérêt de l'étranger, mais tu n'en tireras point de ton frère (…) », Deutéronome*, chapitre 23, versets 19 à 20.

[209] Fady NAMMOUR, *Droit bancaire*, Beyrouth, 2° éd. 2012, p. 340.

[210] Le droit français, s'inscrivant dans la tradition judéo-chrétienne, introduit clairement la distinction entre usure (taux d'intérêt abusif) et intérêt (prix ou loyer raisonnable de l'argent prêté), le premier est prohibé alors que le second est accepté. Notons cependant que cette distinction tend à se restreindre du fait de limitations légales récentes au champ d'application de l'usure en droit français. Voir Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Le prêt usuraire *», Revue Lamy droit des affaires* (*RLDA*), 2008, n° 10, p. 58.

[211] Coran, *sūrate* 2, verset 275.

[212] Il faut toutefois préciser que celle-ci ne constitue pas en elle-même un péché et peut même être parfaitement licite si par exemple elle est offerte sans condition (donation).

[213] Ridha SAADALLAH, « Finance Islamique et Développement », *Les Cahiers de la finance islamique,* n° 3, 2013, p. 6.

Ainsi entendu, le *ribā* ne se limite pas au prêt à intérêt mais à toute prestation de deux valeurs monétaires engendrant un profit pour l'une des parties au contrat au détriment de l'autre. L'intérêt consiste ici à *« recevoir une rémunération du seul fait que l'on a mis à la disposition de l'un des contractants une certaine somme d'argent »*. C'est donc *« un échange inégal »* [214], en ce sens que l'équivalence des prestations n'est pas respectée et l'équilibre des obligations réciproques des parties est rompu : on est rémunéré en l'absence de contrepartie, disons « l'argent va vers l'argent » sans passer par « le cycle de production » [215], ce qui est susceptible de bouleverser l'économie générale du contrat. Il faut par conséquent pouvoir distinguer transaction permise et transaction interdite. Il résulte de tout cela que le prêt ne peut pas être pratiqué par les banques islamiques comme le font les banques dites « conventionnelles » [216].

Certains principes dégagés par la doctrine tendent à justifier cette interdiction :

- Il est considéré comme illicite le fait de fixer au préalable un taux rémunérant l'écoulement du temps, sans prise de risque ni réalisation d'un travail [217]. Autrement dit, on ne saurait exiger une rémunération du seul fait du temps accordé pour le remboursement d'un prêt. Ainsi, il est affirmé que *« la perception d'une rémunération fixe, fonction uniquement de l'écoulement du temps et complètement déconnectée de la rentabilité réelle du projet d'investissement sous-jacent, est contraire à l'éthique musulmane, car considérée comme socialement destructrice »* [218].

---

[214] Dhafer SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation, op. cit.,* p. 47.

[215] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration d'une finance éthique*, *op. cit*., p. 34 : *« Le ribā est le péché cardinal dans le droit islamique », il « vise l'enrichissement sans cause, un profit ou gain illicite découlant d'une inéquivalence dans la contre-valeur des prestations réciproques au cours de l'échange de deux ou plusieurs biens de la même espèce, du même genre et régis par la même cause efficiente. Le ribā, plus généralement, correspond à l'interdiction du gain sans effort ou sans responsabilité et le prêt d'argent relève de cette prohibition »*. Voir dans le même sens Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.,* p. 45 ; Joseph SCHACHT, *Encyclopédie de l'Islam, op. cit.,* p. 1227.

[216] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique…, op. cit*., p. 149.

[217] Lila GUERMAS-SAYEGH *La religion dans les affaires*, *op. cit*., p. 13. Le principe général est en effet la prohibition de réaliser des profits pour une chose *« dont on n'assume pas le risque »*. Mohamed Talal LAHLOU, « La règle de la récupération et ses fondements jurisprudentielles *», Les Cahiers de la finance islamique*, n° 7, 2014, p. 52.

[218] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit*., p. 25.

On peut aussi lire dans le même sens : « *l'écoulement du temps créant en lui-même une richesse est une richesse entachée de ribā »* [219]. Et l'on soutient que *« la prohibition du ribā qui interdit toute rémunération fixée en fonction du seul écoulement du temps connaît un équivalent en droit français : la prohibition de l'usure »* [220].

- L'interdiction faite au prêteur est justifiée par le fait qu'il permet de tirer avantage du prêt [221]. Dans la conception musulmane, cet avantage n'est autorisé que s'il est librement consenti par le débiteur et sans en constituer une condition prélable, tacite ou explicite [222].

- Selon la *sharī'a*, l'intérêt serait injuste parce qu'il n'y a pas d'équivalence entre la rémunération que reçoit le prêteur et le coût des aléas qu'il supporterait à cause du prêt qu'il accorde, ce qui contribue à accroître les inégalités sur le plan socio-économique. Dès lors, l'alternative serait un *« financement participatif fondé sur le partage des opportunités de profit et des risques de pertes »* [223].

- La prohibition du *ribā* repose sur l'idée que l'intérêt ne résulte d'aucun effort ; ce qui est en soi *« contre nature »* [224] puisqu'il encourage la perception d'un rendement sans fournir le moindre effort dans le processus de production [225]. Donc, il s'agirait d'un gain non-fondé et d'une *« exploitation des difficultés d'autrui »* [226].

---

[219] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit*., p. 37.

[220] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op. cit.,* p. 21.

[221] Notons que si l'intérêt est prohibé, le prêt n'est cependant pas forcément interdit. Il est même recommandé à condition qu'il profite à toutes les parties, particulièrement à ceux qui en ont besoins.

[222] Banque islamique de développement, *Les sciences de la chari'a pour les économistes, op. cit*., p. 480 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique…, op. cit*., p. 250 ; Wafa KAMMOUN MASMOUDI et akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compilant », *op. cit.*, p. 50.

[223] IIRF, *Introduction aux techniques islamiques de financement, op. cit*., p. 17.

[224] *« L'intérêt est de l'argent issu d'argent, et c'est de toutes les acquisitions celle qui est la plus contraire à la nature »*, Aristote, *La Politique*, livre I, chapitre 3.

[225] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit*., p. 26.

[226] Malika AMRI, *Les contrats de financement dans la banque islamique, op. cit*., 11

Ce dernier élément renvoie à l'idée de justice sociale, du partage et d'équité dans les échanges [227]. Ainsi, l'interdiction du *ribā* trouve ici toute sa signification, et on comprend qu'il puisse constituer le règle première encadrant les autres principes prohibitifs, comme le note justement François Meunier : « *Le principe numéro un de la finance islamique, dont la plupart des autres découlent, est que le prêt à intérêt (le ribā) est interdit* » [228].

Au fond, le *ribā* est proscrit au motif que l'argent ne doit pas générer de l'argent ; il ne doit pas devenir l'objet de l'échange en soi [229], mais doit être le fruit d'une opération productive. Suivant cet esprit, la *sharī'a* interdit toute forme de profit injustifié reçu par un bailleur de fonds. Elle s'appuie en cela sur un *ḥadīth* du Prophète rapporté par El Bukhari, dit *ḥadīth* des « Six produits » : *« Du blé pour du blé à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. De l'orge pour de l'orge à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. Des dattes pour des dattes à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. Du sel pour du sel à part égale et de main à main ; le surplus étant de l'usure. De l'argent pour de l'argent à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. De l'or pour de l'or à part égale, de main à main, le surplus étant de l'usure »* [230]. Cette énumération par le Prophète de produits sujets au *ribā* est envisagée par les études doctrinales *sūnnites* comme une indication générique légitimant par extension l'interdiction du *ribā* sous toutes ses formes.

Cependant, face à l'aspect rigoureux des textes, une partie de la doctrine a voulu distinguer l'intérêt du *ribā* et donner ainsi une légitimité à la pratique de l'intérêt. C'est le cas de Mohammed Chaltout et Rachid Rédha qui soutenaient que *« l'intérêt faible est légal car il profite aux deux contractants, la banque dispose de plus de fonds et le client en bénéficie par la croissance économique »* due aux investissements financés en

---

[227] Voir *infra*, deuxième partie, chapitre 2.

[228] François MEUNIER, « Les banquiers adorent la finance islamique », *Les Échos*, 8 septembre, 2008.

[229] Geneviève CAUSSE BROQUET, « Le sort des banques islamiques : de la difficulté de satisfaire des objectifs multiples », *La Revue des Sciences de gestion*, n° 255-256, août 2012, p. 8. Texte disponible sur https://economix.fr/uploads/source/doc/seminaires/musulman/Revue%20SG%20255-256-II-E-%20CAUSSE%20le%20sort%20des%20banques%20islamiques%2003%2008%202012.pdf (consulté le 26 novembre 2016).

[230] Cité par Dhafer SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation, op. cit.,* p. 52.

partie par son épargne *« ce qui apparaît conforme au principe de l'équité »* [231]. Cette position rejoint celle de certains économistes qui souhaitaient un assouplissement de la notion de *ribā* afin de s'adapter au développement économique du moment. À cet égard, ils avaient introduit une distinction entre deux sortes de prêts : *« les prêts destinés à la consommation, illicites, car l'argent prêté n'est pas productif, et les prêts pour la production, licite »* [232].

À cela, il convient d'ajouter la *fatwa* [233] prononcée par certains théologiens autorisant des dérogations à l'interdiction du *ribā*. Ainsi, le *mūfti* [234] égyptien, Youssef al-Ḳarḍaoui, a permis aux musulmans vivant en Occident d'avoir recours au prêt à intérêt dans le but d'acquérir un bien de première nécessité [235]. De son côté, Sayed Ṭanṭaoui, imam [236] de la mosquée d'El-Azhar au Caire, avait considéré comme licite les intérêts préétablis et versés aux clients de la banque pour une période convenue, pourvu que les parties concernées soient consentantes [237].

De ce qui précède, il faut déduire que déroger à la règle du *ribā* au nom de la nécessité (*ḍarūra*) n'est pas un mal en soi. Pour soutenir cette argumentation, on évoque ce passage du Coran : *« Il vous a expliqué en détail ce qui vous est interdit, excepté sous la contrainte de la nécessité »* [238].

---

[231] Cité par Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit*., pp. 28-29.

[232] Voir Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France, op. cit.,* p. 17.

[233] Le mot *Fatwa* signifie opinion ou avis juridique dont la valeur est liée à l'autorité et au prestige de l'instance religieuse qui l'énonce.

[234] Le *Mūfti* désigne un théologien musulman de tendance sunnite doté de la capacité d'interpréter la loi islamique et d'émettre des avis juridiques appelés *fatwa*.

[235] Cité par Dhafer SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation, op. cit.,* p. 54.

[236] Dans la pensée musulmane, le mot imam (guide) désigne le chef religieux chargé de diriger la prière en commun. Il est de préférence une personne connaissant parfaitement les rites islamiques.

[237] Cet avis visait à valider *« le montage financier de certificats d'investissement destinés à financer les projets de développement de l'État égyptien et pouvant être achetés par toute personne physique ou morale. Cette décision, au-dessus de laquelle plane toujours l'ombre de l'influence politique du président de la république d'Egypte d'alors, Hosny Moubarak, n'en fut pas moins marquante en ce qu'elle affirmait que l'intérêt supérieur du développement économique de l'Égypte, auquel seraient associés les épargnants, ne permettait pas de voir ce type d'opération disqualifiée pour ribā »*, Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit*., p. 29.

[238] Coran, *sūrate* 6, verset 119.

Reste que ce type de dérogations-permissions n'a pas eu un grand écho auprès de la majorité des *fūḳahā'* qui estime comme relevant du *ribā* tout type de crédits qui génère un revenu prédéfini, quelle que soit la nécessité, et rejette fermement toute distinction entre intérêt et *ribā* [239]. Cette position a été jugée comme intransigeante, faisant abstraction de la réalité économique contemporaine [240].

Il importe de préciser à ce stade de l'analyse que, sur le plan pratique, l'interdiction de l'intérêt est diversement appréciée par les pays musulmans : elle est absolue en Iran, au Soudan ou au Pakistan, mais nuancée dans d'autres pays, tels que l'Algérie ou la Jordanie où *« l'intérêt est autorisé dans les opérations commerciales et bancaires mais interdit dans les affaires civiles »*. Dans d'autres pays comme l'Égypte, la Syrie, l'Irak, la Tunisie ou le Maroc, la pratique de l'intérêt est largement utilisée tout *« en limitant le taux et en interdisant la capitalisation des intérêts »* [241].

Finalement, il n'existe pas vraiment une position unanime sur la notion de *ribā*. Cela est d'autant plus complexe que le contact avec le monde occidental a entraîné dans son sillage l'implantation dans les pays musulmans de banques opérant sur la base de l'intérêt. Ce qui est en soi un paradoxe. La doctrine tente d'expliquer cette évolution du système bancaire islamique, autorisant dans certains cas à percevoir ou à verser des intérêts [242], par les avantages qu'il est censé offrir au niveau macro-économique et par la nécessité l'intérêt général (*maṣlāḥa*) [243].

Ce qu'il faut retenir de ces dernières remarques, c'est bien le degré d'incohérence que pourrait soulever la prohibition du *ribā*. En effet, comment expliquer, autrement que par des raisons d'ordre commercial, qu'au niveau macro-économique, le système bancaire soit autorisé à transiger avec l'interdit du *ribā* et que, dans le même temps, s'agissant des particuliers, clients potentiels, la prohibition soit totale ? Quelle attitude

---

[239] Voir Michel GALLOUX, *Finance islamique et pouvoir politique*, Paris, PUF, 1997, p. 161.

[240] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit.*, pp. 29.

[241] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France, op. cit.,* p. 6.

[242] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.* p. 46.

[243] Sami ALDEEB ABU-SAHLIEH*, Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman*, Centre de droit arabe et musulman, p. 16. Document disponible sur le site : http://www.sami-aldeeb.com/sections/view.php?id=18&action=publications (consulté le 29 janvier 2014).

doit-on adopter lorsque les établissements bancaires islamiques s'engagent dans des transactions admettant l'intérêt bancaire ? Enfin, peut-on encore envisager la finance islamique comme une « finance alternative viable », alors qu'elle semble rompre avec ce qui constitue sa spécificité : l'interdiction du *ribā* ?

Nous répondrons plus loin à ces interrogations en essayant de démontrer qu'en la matière, le secteur financier islamique révèle une contradiction entre ce qu'il devrait être, et ce qu'il est effectivement. Dans l'immédiat, examinons les autres formes d'interdits.

B. L'interdiction du *gharār* (ambiguïté) et du *maīsir* (spéculation)

Outre le *ribā*, la *sharī'a* interdit les transactions entachées d'un *gharār*.

Mais qu'est-ce que le *gharār* ?

Il s'agit d'un principe affirmé par la *sharī'a* interdisant la vente de biens dont l'existence ou les caractéristiques ne sont pas connues, c'est-à-dire des transactions laissant une grande place au hasard et à l'incertitude [244]. Les *fūḳahā'* se réfèrent au Coran pour justifier cette interdiction *:* « *Ô croyants ! Le vin, le jeu de hasard (…) sont une abomination, œuvre du Satan. Abstenez-vous en, et vous serez heureux » ; « Satan ne veut que jeter parmi vous, à travers le vin et le jeu de hasard, l'inimitié et la haine, et vous détourner d'invoquer Allah et la Sala' (prière). Allez- vous donc y mettre fin ? »* [245]. Ou encore : *« Ils t'interrogent sur le vin et le jeu de hasard. Dis-leur : dans les deux il y a un grand péché et quelques avantages pour les gens ; mais dans les deux, le péché est plus grand que l'utilité »* [246].

La prohibition du *gharār* serait par la suite confirmée par des *ḥadīth* du prophète dont nous retenons ici ce passage éclairant : « *Un homme m'a demandé de lui vendre ce que je n'ai pas, dois-je l'acheter au marché ?* ». Aussitôt, l'Envoyé de Dieu avait

---

[244] Voir Imane KARICH, *Le système financier islamique. De la religion à la banque*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 87.

[245] Coran, *sūrate* 5, versets 90-91.

[246] Coran, *sūrate* 2, verset 219.

répondu : « *Ne vends pas ce que tu ne possèdes point* » [247]. Il faut retenir par là que, selon la loi musulmane, le produit objet d'échange doit répondre à une obligation impérative : il doit exister concrètement au moment de la transaction. Donc, *a contrario*, toute transaction portant sur une marchandise future ne peut en aucun cas avoir lieu, car elle porte en elle l'incertitude et l'aléatoire qui peut entraîner préjudice à l'une des parties contractantes [248]. Si l'on se fie à cette condition, les règles d'échange de devises (*Bai' Ṣarf*) [249] seraient contraires à la *sharī'a*, puisque les contrats de change à terme ne permettent pas la possession simultanée des valeurs à échanger par les deux parties. De même, il serait prohibé de conclure un contrat d'assurance, celui-ci impliquant des échéances régulières versées à l'organisme d'assurance, alors même que le remboursement de l'assuré demeure tributaire de l'arrivée d'un événement futur (accident, sinistre), donc non-maîtrisé par les parties. Dans ce type de contrat un des deux contractants peut être lésé : si, par exemple, un sinistre ne se produit jamais c'est bien la compagnie d'assurance qui s'enrichit en bénéficiant de l'ensemble des primes sans contrepartie [250]. On voit que, derrière l'interdiction, il y a la notion de l'aléa qu'il ne faut pas perdre de vue et que les *fūḳahā'* associent volontiers au *gharār* [251]. Cette caractéristique résulte du terme lui-même dont la racine « *taghreer* » signifie *« se mettre ou mettre ses biens en danger sans le savoir »*. Donc le mot *gharār* connote l'*« incertitude »*, le *« fourvoiement »*, le *« risque »* [252].

Mais comment la conception musulmane envisage-t-elle le risque, sachant par ailleurs que toute activité commerciale comporte une part de l'imprévisible ? Sur ce point précisément, déjà le médiéviste arabe Ibn Taymiya (1263-1328) avait cherché à

---

[247] Cité par Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la charia islamiya dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 108.

[248] Voir Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* pp. 38 et s.

[249] L'échange de devises ou *Bai' Ṣarf* est également interdit dans la mesure où il s'agit de vendre de l'argent contre de l'argent (*Bai' a-Naḳd bi a-Naḳd*). Voir Malek ABOU HAMDAN*, Produits dérivés, risques de marchés et Gharar"…, op. cit.,* p. 381.

[250] Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la charīa islamiya dans l'arbitrage international », *op. cit.*, *op. cit.*, p. 108-109.

[251] Voir Rafic AL-MASRI, *Al-fikr al-iḳtiṣadi al-islami* (*La pensée économique islamique*), Damas, Dar al-Maktabi, 2009, p. 79.

[252] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.* p. 46.

cerner la notion en procédant à une distinction entre deux types de risque, dont l'un serait prohibé (*ḥaram*) et l'autre autorisé (*mūbāḥ*). Il écrit en substance : « *Le risque prend deux formes* : *le risque lié au commerce consistant à acheter une marchandise pour la vendre moyennant un profit tout en faisant confiance à Dieu (tawakūl), ce type de risque inévitable* (...) *est étroitement liée à l'activité commerciale. La seconde forme concerne quant à elle les jeux de hasard consistant à s'enrichir de manière illégale, ceci est formellement prohibé par Dieu et son messager »* [253].

Il ressort de ce texte que la prohibition du risque en droit musulman n'est pas liée au risque lui-même, mais à l'activité en question incluant une grande part de hasard et d'incertitude [254].

L'éclairage apporté par les légistes musulmans contemporains dans ce domaine montre toutefois une division au sein de la doctrine.

- Pour les uns, le risque n'est interdit que s'il est associé au « jeu de hasard » où les pertes de l'un des acteurs constituent le profit de l'autre et vice versa. On considère que le principe du risque est même *« encouragé, s'il bénéficie à l'économie réelle qui profite à tous »* [255].

- Pour d'autres, en revanche, l'interdiction serait absolue en raison de l'incertitude qui entoure le *gharār* [256].

Cette seconde position peut paraître difficilement soutenable, ne serait-ce qu'au regard de l'intégration de la finance islamique dans le système économique mondial.

---

[253] Taḳī ad-Dīn IBN TAYMIYA, *Tafsir 'Ayāt mūshkilat* (*Explication de versets problématiques*), Riyad (Arabie Saoudite), Librairie al-Rushd, 1997, vol. 2, pp. 700-701.

[254] Voir Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques*, Thèse, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011.

[255] Abderrazak BELABES, « La notion de risque en économie revisitée à la lumière de la littérature arabo-musulmane classique *», Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5*, op. cit*., p. 12. Selon l'auteur : *« La mise en lumière de la littérature arabo-musulmane classique montre que l'utilisation de la notion de risque est non seulement antérieure à l'époque moderne, mais aussi que le risque n'est pas interdit par le droit musulman de manière absolue. Il est encouragé, s'il bénéficie à l'économie réelle qui profite à tous » (idem)*.

[256] Voir Jacques AUSTRUY, « Vocation économique de l'Islam »*, Cahiers de l'ISEA*, vol. 106, Fasc. 2, 1960, pp. 151-212.

Au demeurant, l'application de ce principe serait impossible, en particulier dans les transactions portant sur de grands projets d'infrastructure [257].

Il est plausible d'attribuer la divergence des points de vue à l'absence de critères précis définissant le *gharār*. On retient généralement l'idée du « pari », du « hasard ». De manière plus explicite, le *gharār* se rapporterait à tout échange dans lequel il existe une « ambiguïté » : une transaction portant sur un objet qui n'est pas en possession du vendeur au moment de la conclusion du contrat (on ne peut vendre ce que l'on ne possède pas) ; une description erronée des biens ; l'ignorance de l'un des éléments de la transaction, comme par exemple le prix, la qualité ou la quantité ; les conséquences occultées de l'opération commerciale...[258] Donc, les formes que peut prendre le *gharār* sont des plus variées. Cependant, l'on revient toujours au principe de base : la prohibition du *gharār* concerne le refus de fonder une transaction sur un facteur objet de doute et d'incertitude, car il en résulterait l'impossibilité de savoir à l'avance s'il y aura perte ou profit. En d'autres termes, l'actif de la transaction doit être réel, disponible et identifié dans sa qualité et sa quantité. De même sa valeur monétaire doit être déterminée. Le respect de ces exigences résulte de l'idée que le contrat a un « caractère sacré ». Du reste, son objectif *« est de réduire l'asymétrie de l'information et l'incertitude dans le contrat »* [259]**.** Donc, en résumé, les parties contractantes doivent avoir connaissance de l'objet de l'accord et de ses implications. À défaut de quoi le contrat serait réputé nul.

En effet, la symétrie d'information, fondée sur la confiance mutuelle et la sincérité, apparaît comme un paramètre essentiel dans les relations d'affaires, et cela en toute circonstance et en tout lieu. Il en découle que tout manquement à cette condition est réprimé par Dieu : *« Mais si vous êtes en voyage et ne trouvez pas de scribe, un gage reçu suffit. S'il y a entre vous une confiance réciproque, que celui à qui on a confié quelque chose le restitue ; et qu'il craigne Dieu son Seigneur. Et ne cachez pas le*

---

[257] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, *op. cit.*, p. 39.

[258] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.* p. 47.

[259] Geneviève CAUSSE BROQUET, « Le sort des banques islamiques : de la difficulté de satisfaire des objectifs multiples », *op. cit.,* p. 8.

témoignage : quiconque le cache a certes un cœur pécheur. Dieu de ce que vous faites est Omniscient » [260].

L'interdiction introduite par la notion de *gharār* fait aussi obstacle à la fixation de conditions préalables à la conclusion ou à l'exécution d'une transaction. Par exemple, la cession de la part d'un actif par les détenteurs d'obligations (*ṣūkūk)* [261] à l'échéance *« doit être faite au prix du marché au moment de la cession et non à prix déterminé à l'avance »* [262]. On estime que l'actif peut subir des variations sur le marché ; il peut connaitre une augmentation dans le temps ou perdre de sa valeur. En conséquence, le fait de fixer préalablement le prix est susceptible de léser l'une ou l'autre partie contractante [263]. Or, cela est contraire à la *sharī'a*.

Il est également interdit de lier des contrats entre eux. C'est le cas par exemple d'un contrat de vente conditionnée *« par une autre vente réciproque ou une vente dont le prix stipulé est différent en fonction du mode de paiement, comptant ou à terme »* [264].

Ces différents types de prohibition préconisés par le *gharār* rejoignent le souci constant dans le droit musulman de protéger l'équité, l'équivalence dans les échanges. Elle souligne en outre *« que c'est par son effort, son travail, que le musulman doit chercher le profit, non par l'occurrence éventuelle d'un événement aléatoire »* [265].

Notons cependant deux exceptions au principe de *gharār* :

1) La vente *salām,* dans lequel l'opération d'achat/vente est conclue, le prix est versé immédiatement mais la livraison du bien est différée. Ce type de transaction

---

[260] Coran, *sūrate* 2, verset 283.

[261] Anouar HASSOUNE, « Principes de structuration des ṣūkūk », *in Finance éthique et finance islamique : quelles convergences ?* Actes du séminaire organisé par l'École de Management Strasbourg, 11 février 2009, *Les Cahiers de la Finance Islamique,* n° 1, pp. 18-28. Pour plus de détails sur la notion de *ṣūkūk*, voir *infra*, section 2 de ce chapitre, § 2.

[262] Tarik BENGARAI et Anouar HASSOUNE, « Le premier Sak français », *op. cit.,* p. 82.

[263] *Idem*.

[264] Reste que dans la pratique, la tendance à contourner ce type d'interdiction est fréquent, soit en scindant ces contrats en deux actes distincts, soit en annulant « textuellement » le caractère contractuel d'une des deux conventions. Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op*. *cit*., p. 33.

[265] *Ibid*.., p. 32.

décrit clairement la qualité du bien, sa quantité, son prix, la date et le lieu de sa livraison [266]. Il n'en reste pas moins que l'objet de la vente n'existe pas au moment où le contrat est signé, ce qui constitue une entorse à l'interdiction du *gharār*.

2) L'*istisnā'* conçu en tant que contrat de construction permettant au client (*mūstasneḥ)* d'acquérir un bien (immeuble, projet d'infrastructure ou toute autre bien d'équipement) préalablement commandé à un entrepreneur (*saneḥ*) et livrable à terme [267]. À la différence du *salām*, dans ce type de contrat, le prix, convenu à l'avance, est payé progressivement tout au long de l'élaboration du produit.

En dehors de ces exceptions, l'application du *gharār,* dans son ensemble*,* demeure assez complexe : la violation des règles de la *sharī'a* paraît en effet difficile à repérer lorsque la transaction *« porte sur un élément qui n'apparaît pas immédiatement, autre que le prix, la spécification du produit ou le délai de livraison, notamment dans les contrats relatifs aux grands projets de construction »* [268].

Parce qu'il est difficile de pouvoir déterminer nettement et sans équivoque si une transaction viole l'interdiction du *gharār*, une étude au cas par cas s'impose. Celle-ci peut être menée par les parties au contrat ou, le cas échéant, effectuée par un juge en cas de litige [269]. Et à l'évidence, l'appréciation du caractère excessif, « minime », ou « toléré » [270] de l'aléa, qui pourrait fonder ou non la nullité du contrat pour *gharār* suivant la *sharī'a,* sera observé au regard du contexte actuel. Il en résulte que l'obligation de garantir l'équité dans les transactions ne peut désormais faire abstraction de la configuration financière d'un monde globalisé. Nous reviendrons plus loin sur ce point. Pour l'instant, il convient de noter que la *sharī'a*, de la même manière qu'elle interdit le *gharār*, prohibe aussi les transactions basées sur le *maīsir*.

---

[266] Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit*., p. 21.

[267] Voir Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage international », *op*. *cit*., p. 108.

[268] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op*. *cit*., p. 19.

[269] Carole BATAINEH et Sufian BATAINEH, « La finance islamique : Opportunités et challenges pour le Grand-duché de Luxembourg », *Bulletin Droit et Banque* n° 43, 2008, p. 32.

[270] Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 6.

Désignant étymologiquement une activité subordonnée totalement au pari et au hasard, le terme *maīsir* signifie, dans le domaine économique, la prohibition de toute forme de transaction où le droit des contractants dépend d'un événement improbable, aléatoire, donnant lieu à la spéculation [271].

L'interdiction de la spéculation en droit musulman dérive de l'idée qu'elle détourne les individus *« d'activités productives »*, qu'elle *« favorise l'accumulation par les uns de richesses sans effort »* [272], souvent au détriment des autres, ce qui est à la fois injuste et « immoral » et plus encore elle peut conduire à la ruine de l'un des contractants qui peut perdre la totalité de son capital. En conséquence, les conventions portant sur les produits dérivés (*futures*, contrat d'assurance classique, *swaps*…), qui sont spéculatives par nature, ne devraient pas être possibles en matière de finance islamique [273]. Cette prohibition serait liée à la notion de risque : la règle défendue ici par la *sharī'a* est qu'un prêteur devrait courir un risque pour percevoir la rémunération qui lui est due. À partir de là, il est précisé que *« le risque calculé d'un investissement est autorisé, mais non la spéculation »* [274]. Sous ce versant, on estime que *« la finance islamique et la finance solidaire se rejoignent en refusant une finance qui serait spéculative »* [275] et partant, elles exigent que toute opération financière doive être adossée à un actif tangible *« au lieu d'alimenter les bulles financières vides de toute productivité et de richesse utile »* [276]. Et c'est pour cela que toutes les clauses fondamentales d'un contrat (le prix, l'identité des parties contractantes, le délai livraison du bien, etc.), doivent être identifiés avec clareté et en conformité avec la *sharī'a* [277].

---

[271] Sur la notion de spéculation, voir *Dictionnaire Larousse*, Paris, 1987, p. 1176.

[272] Halsaâ BEN HA, « Le financement de la PME en finance islamique », *Ribh* (Journal de la finance islamique), 17 mars 2008, p. 2. Texte disponible sur le site :
https://ribh.files.wordpress.com/2009/03/le-financement-de-la-pme-en-finance-islamique.pdf (consulté le 3 février 2014).

[273] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse », *op. cit.,* p. 14.

[274] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique et solidaire », *op. cit.*, p. 82.

[275] *Idem*.

[276] http://fr.financialislam.com/les-principes-de-la-finance-islamique.html (consulté le 3 fév. 2014).

[277] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op. cit.*, p. 84.

À ce stade, on peut s'aventurer à une comparaison avec le droit français et relever la similitude avec les principes islamiques qui se dégage tout particulièrement de la législation sur le jeu. Le Code civil français, définissant le jeu comme un « contrat aléatoire », dispose dans son article 1965 que *« La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari »*. Autrement dit, le jeu ne peut être le support d'aucune action en justice (art. 1967).

De même, la loi du 21 mai 1836 avait prohibé en France toutes sortes loteries. Le législateur a toutefois apporté plusieurs correctifs en instituant certaines exceptions telles que la loterie nationale. La pratique des jeux est en outre bien encadrée par le Code de la consommation afin d'éviter toute manipulation de la part de ceux qui proposent les gains d'argent reposant sur le jeu du hasard. Sur ce point, le Code rappelle clairement que *« les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit »* (article L. 121-36). Chacun des lots doit appartenir à une catégorie déterminée et classé dans un inventaire « lisible ». De même, sa nature et sa valeur commerciale doivent être précises sous peine de sanction (amende de 37 500 euros).

La comparaison s'arrête là, car la *sharī'a* censure tous les actes économiques et sociaux entachés de hasard. En d'autres termes, Il est interdit d'acheter sans payer et de vendre sans détenir. De ce fait, nombreuses sont les activités qui sont prohibées mais qui sont licites en droit français. Il existe en effet un aspect important de la finance islamique qui réside dans la notion de *ḥaram* ; celle-ci désigne *grosso modo* les critères de choix des investissements évitant les actifs dits illicites comme le tabac, l'alcool, l'élevage porcine, la pornographie, les jeux d'argent, etc. [278]. C'est dire que

[278] Il convient de noter que l'application d'un critère d'exclusion à certaines transactions portant sur des produits ou certaines activités dites « illicites » n'est pas propre à la finance islamique. Par exemple, dans les années 1920 aux États-Unis, à l'initiative de congrégations religieuses refusant d'investir dans des *valeurs du péché* (alcool, pornographie, jeux de hasard…), a été institué le « *Fonds d'investissement Pioneer Fund »* ». Voir Élisabeth FORGET, « Les fonds d'investissement islamique en droit français *», Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, *op. cit*., p. 69.

tout financement ne peut concerner que des actifs *ḥalal* (licites), Cela exige un filtrage financier [279] qui pourrait être rempli par un « comité des *fūqahā' »* [280]*.*

Il se dégage de ces remarques qu'en droit islamique les opérations de financement doivent porter exclusivement sur des actifs autorisés par l'Islam, c'est-à-dire « *ḥalal* ». Toutefois, il n'existe pas de liste exhaustive des produits considérés comme non *ḥaram* ou non éthiques par la *sharī'a* [281]. En effet, s'il est possible de dire qu'il y a *« un consensus pour certains produits ou secteurs d'activité, les avis sur d'autres produits ou secteurs d'activités peuvent varier selon l'école juridique islamique consultée »* [282], voire à l'intérieur d'une même école [283].

En outre, s'il est admis que les techniques de financement islamique ne pourraient pas servir de support à une prise de participation dans des entreprises ayant pour activité des produits dits *ḥaram* (alcool ou porc), cette interdiction est d'application relativement souple puisque le projet à financer est considéré dans sa globalité et sa finalité. Ainsi, un financement ayant pour objet l'acquisition d'avions qui servent poutant des boissons alcoolisées à bord est désormais toléré, voire admis. Cette dérogation à la notion de *ḥaram* pourrait se justifier *« par le fait que la compagnie achète un appareil pour assurer le transport et non pour vendre de l'alcool »* [284].

---

[279] Voir Ibrahim EYYAD CEKICI, « Du filtrage islamique », *Les Cahiers de la Finance Islamique,* n° 1*, op. cit.,* pp. 11-17. Ce point est longuement analysé dans la seconde partie de ce travail.

[280] Sur le rôle attribué au « comité de la *sharī'a* » dans le contrôle de la conformité de la finance islamique aux principes de la *sharī'a*, voir *infra*, pp. 99 et s.

[281] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op*. *cit*., p. 26.

[282] Fatima ahra ABDELMALEK, *La place de la finance islamique dans le financement des petites et moyenens entreprises en Algérie*, *op. cit.,* p. 85.

[283] Ainsi, si l'on peut soutenir qu'il existe une unanimité sur l'interdiction d'investir dans certains produits comme l'alcool, l'industrie porcine, la pornographie, en revanche, les opinions divergent sur les investissements dans des produits comme le tabac, la biotechnologie, les loisirs (cinéma, théâtre, etc.), dans les sociétés utilisant des sources de financement non conformes aux principes de la *sharī'a,* dans les sociétés liées à la production d'armements. Carole BATAINEH et Sufian BATAINEH, « La finance islamique : opportunités et challenges pour le Grand-duché de Luxembourg », *op cit*, p. 33. Voir aussi Rahali ALI, Mustafa KAMAL, Philip BOYS et Marouane EL IDRISSI, « Le débat sur la standardisation éthique, principes et standards dans la finance islamique », *Journal des sociétés,* 2010, n° 77, pp. 34-38 ; Jean-Marc MOULIN, « La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? », *in* Paul Le CANNU et Cathreine MALECKI (dir.), *Les défis actuels du droit financier*, Joly éditions, 2010, pp. 487-510.

[284] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op*. *cit*., p. 26 ; Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit*., p. 45 ;

On constate finalement que les principes d'interdiction voulus par la *sharī'a* sont moins immuables qu'il n'y paraît. Il est à préciser aussi que l'essor de certaines notions comme la *maṣlaḥa* (utilité ou intérêt général) en contribuant à la revitalisation du droit musulman devait en même temps permettre la justification de solutions mettant parfois en cause la cohérence même de l'édifice juridique islamique. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question, limitons-nous pour le moment à rappeler la conduite recommandée en matière de pratiques financières.

§ 2. Les mesures recommandées

Le principe d'équité est au fondement de la vision économique et sociale du droit musulman et, de ce fait, deux règles essentielle se dégagent clairement : d'une part, une transaction financière doit s'établir sur une base participative ; celle-ci implique que la rémunération du bailleur de fonds, au lieu d'être prévue et calculée au préalable, doit se faire en fonction du partage des pertes et profits réalisés, en vertu de l'adage « *Al ghūnm bi 'al ghūrm* » [285] (A). D'autre part, la *sharī'a* recommande que le financement porte nécessairement sur des actifs réels et non supposés, futurs ou virtuels [286]. Dès lors, la transaction doit impérativement se manifester sous forme d'une association étroite entre le capital et une activité économique tangible (B).

A. Le partage des pertes et profits (ou *al-ghūnm bi al-ghūrm)*

Cette règle est à la base de la finance islamique [287], elle est considérée comme un élément de stabilité. Cependant, il semble que son application n'est pas sans poser quelques difficultés.

---

[285] Ibrahim eyyad CEKICI, « Finance Islamique en France : Problème de forme ou de fond(s) ? », *Les Cahiers de la finance islamiques*, n° 2, décembre 2010, pp. 2-3. Disponible sur le site : http://www.ifso-asso.com/wp-content/uploads/2013/06/cahiers_fi_02.pdf (consulté 3 février 2014) ; voir aussi Hassan AL AMIN, « Statut légal des transactions avec intérêt », Jeddah (Arabie Saoudite), *IRTI*, 2002, pp. 24 et s., http://www.iefpedia.com/france/wp-content/uploads/2009/08/statut-légal-des-transactions-bancaires-avec-intérêt.pdf (consulté le 20 février 2014).

[286] Voir Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique *», op. cit.,* p. 59 ; Mohamed El Habib TIJKANI, « Législation des ventes », *La science de la charī'a pour les économistes*, *op. cit*., pp. 147 et s.

[287] Voir tableau synthétisant les contrats islamiques avec partage des profits et des pertes, André MARTENS, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », *op. cit.,* p. 486.

1. Un facteur de stabilité des opérations financières islamiques

Le respect de la *sharī'a* exige du financier d'assumer sa part de responsabilité et de risques liés à l'objet échangé. Cela laisse entendre une répartition équitable des droits et obligations entre les parties contractantes. C'est pourquoi la finance Islamique est souvent qualifiée de « participative ». En effet, celle-ci met en place un système basé sur le *partage des pertes et des profits* (appelé aussi le principe des « 3P ») [288]. Ce système, qui va de pair avec les autres normes de la *sharī'a*, doit être appliqué par les institutions financières islamiques tant pour mobiliser l'épargne que pour garantir les besoins de financement des entreprises [289].

Le principe est que le banquier demeure solidaire du résultat de la transaction ; il doit, au même titre que son co-contractant, accepter de supporter tous les risques. Ainsi, on peut lire : « *Pour ce qui est du partage des profits dans le cadre d'un projet financé, ce n'est pas uniquement l'entrepreneur qui assume les risques, le bailleur de fonds et le bénéficiaire partageant les profits/pertes réels ou nets. Les principes de l'équité et de la justice exigent que le fruit du projet soit équitablement partagé entre les deux parties. Si le bailleur de fonds escompte revendiquer une partie des profits dégagés par le projet, il doit aussi assumer une partie équivalente des éventuelles pertes liées au projet »* [290]*.* Cette idée du partage des pertes et profits repose sur le fait qu'en islam, la banque tient un rôle d'intermédiation d'un partenariat économique entre le bailleur de fonds et l'entrepreneur. Dans cette optique, le banquier ainsi que le bénéficiare de capitaux, agissent en qualité d'agents économique à part entière et, à ce titre, se répartissent les gains, de même que les pertes éventuelles [291], quel que soit par ailleurs le mode de financement utilisé [292].

---

[288] Wafa KAMMOUN MASMOUDI, akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op*. *cit*., p. 50.

[289] Ridha SAADALLAH, « Finance islamique et développement », *op. cit*., p. 7.

[290] Centre du commerce international, *Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises*, *Le système bancaire islamique, op. cit.,* p. 54.

[291] *Ibid.,* p. 54 ; voir aussi Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit*., p. 53.

[292] Ilyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, *La finance islamique* : *solution à la crise* ? *op. cit.,* p. 18.

Ce système de partage des risques et des profits fait dire à certains auteurs que *« dans la finance islamique, la banque n'est pas uniquement un pourvoyeur de fonds intéressé uniquement par les garanties offertes par l'emprunteur, mais un authentique partenaire de ce dernier »* [293]. On suppose alors que la finance islamique dégage une forme de « gouvernance spécifique » par rapport à la finance dite « conventionnelle », dans la mesure où la relation banques/clients est fondée sur le partenariat (*sharakā*). Selon Michel Guéranger, *« la banque islamique est essentiellement un partenaire de ses déposants avec lesquels elle partage le fruit de ses investissements et un partenaire avec ses clients emprunteurs avec lesquels elle partage également le fruit de l'activité économique de ceux-ci »* [294]. Dans ces conditions, n'importe quelle variation du revenu d'une banque est répercutée automatiquement au niveau des clients (entrepreneurs ou épargnants) sous la forme d'une rémunération évolutive, suivant la conjoncture, ce qui signifie que le financier est dans la même posture que le client *« tant dans la prise de risques que dans les rendements générés par l'opération »* [295]. Ainsi, moins de profit pour la banque implique moins de rémunération pour les créanciers, ce qui n'est pas le cas pour une banque classique *« où un tel lien n'existe pas »* [296] : les rémunérations versées ne sont pas tributaires du profit réalisé par la banque. Cela fait dire à certains auteurs, que *« d'un point de vue éthique, la finance islamique apparaîtrait comme une réelle alternative à la finance conventionnelle : en proposant un taux de rémunération variable du capital au lieu d'un intérêt fixe, elle réhabilite le profit lié à l'activité productive, perçue comme une valeur positive pour l'ensemble des partenaires, puisque le profit de la banque est conditionné par celui de l'entrepreneuré »* [297].

---

[293] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *op. cit.*, p. 15.

[294] François GUÉRANGER, *La finance islamique, une finance éthique*, *op.*, *cit.*, p. 210.

[295] Patrick ALLARD et Djilali BENCHABANE, « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche ? », *op. cit.,* p. 18.

[296] Laurant WEILL, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique », *op. cit.,* p. 23 ; Khalil LABNIOURI, « L'innovation en ingénierie financière islamique », in *Les services financiers islamiques. Aspects shariatiques, juridiques et économique*, Colloque international organisé par l'Université Mohamed V, Rabat, 3-4 décembre 2012, p. 9.

[297] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.* p. 63.

En tout cas, par cet aspect *« fondamental »* [298] du partage équitable des risques entre les contractants, où le profit de l'un n'est pas la conséquence des pertes de l'autre, la banque islamique semble mieux outillée pour résister aux crises financières.

Du reste, la relation qui se crée entre la banque et le client n'est pas fondée, à proprement parler, sur le rapport créancier-débiteur ; elle semble plutôt attribuer au client un « statut d'actionnaire » dans les investissements opérés par la banque et son revenu prend dès lors la forme de « dividende » [299]. À cet effet, plusieurs techniques de financement sont envisagées, parmi lesquelles on peut retenir ce que le droit financier musulman nomme *mūsharaka* [300]. Il s'agit d'une transaction fondée sur la coopération entre les parties au contrat dans le financement d'un projet. Dans cette opération, le pourvoyeur de fonds agit comme *« investisseur passif »* [301], car l'affaire est gérée par le client seul. Les bénéfices accumulés ou les pertes constatées sont distribués entre les associés au prorata des apports respectifs de chacun. En fait, quel que soit le mode de financement des activités économiques adopté par les Banques islamiques, le partage du risque demeure la norme. Il en est ainsi du financement à travers la dette : vente à tempérament (*mūrabaḥa*), achat à terme de biens fongibles (*salām*), location d'actifs (*ijarā*) réalisation d'ouvrage (*istisnā'*). Dans tous les cas, les deux parties au contrat devront assumer leurs responsabilités contractuelles dans la mesure où aucune disposition transférant la totalité des risques à l'une des parties au contrat n'est admise. Le même procédé se retrouve dans l'association capital-travail pour créer ou développer une entreprise.

Finalement, le bailleur de fonds ainsi que les bénéficiaires peuvent prétendre à une rémunération tant qu'ils acceptent d'assumer leur part des risques liés à l'objet du financement.

---

[298] Nasser HIDEUR, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *op. cit.*, p. 16.

[299] « Les principes de la finance islamique », http://fr.financialislam.com/les-principes-de-la-finance-islamique.html (consulté le 7 mars 2014).

[300] Voir Malik NEKAA, « Pour une finance islamique et solidaire », *Cahiers de la finance islamique*, n° 5, *op. cit.*, p. 83 ; Michel RUIMY, *La finance islamique, op. cit.*, p. 98 ; Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires*, *op. cit.*, p. 20.

[301] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *op. cit.*, p. 16.

Pour résumer, le type de financement fondé sur le partage des risques donne lieu aux règles suivantes :

- Premièrement, le principe de participation condamne d'emblée la rémunération prédéterminée des parties contractantes. Dans cet esprit, *« la morale islamique considère comme injuste que le détenteur de capitaux, s'il perçoit une redevance fixe, ne bénéficie pas des profits importants que pourrait réaliser l'entrepreneur et, à l'inverse, que le prêteur puisse exiger l'intégralité de sa rémunération même si le projet a engendré des pertes »* [302]. Ce schéma s'applique aussi au bénéficiaire du prêt (entrepreneur ou client).

L'idée peut sembler naïve dans un monde dominé par la recherche du profit, cependant elle a comme vertu de limiter la course excessive vers plus de rentabilité, notamment en période de crise financière. En tout cas, la règle du partage des profits et des pertes lie étroitement la banque et le bénéficiaire des fonds, *« tout en constituant une assurance pour ce dernier du fait de la mutualisation des risques que cela entraîne »* [303].

Ce principe a reçu la faveur des économistes islamiques puisqu'il semble refléter *« le plus l'esprit de la sharī'a »* [304] et qu'il paraît foncièrement équitable étant convenu que le droit à une rémunération *« est contrebalancé par le devoir d'être mis à contribution pour des pertes éventuelles »* [305], ce qui n'est pas le cas de la finance « conventionnelle » où l'investisseur (la banque) *« est assuré d'un taux d'intérêt prédéterminé »*, quel que soit par ailleurs le résultat du projet [306], et où tous les risques sont supportés, en théorie, par l'entrepreneur.

---

[302] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, *op*., *cit*., p. 70.

[303] *Idem*.

[304] Ridha SAADALLAH, « Finance islamique et développement », *op*. *cit*., p. 7.

[305] *Idem*.

[306] Munawar IQBAL, Ausaf AHMAD et Tariqullah KHAN T (dir.), *Défis au système bancaire islamique*, Banque islamique de développement, Jeddah, 1998, Doc. 2, p. 15. Document disponible sur le site : https://ribh.files.wordpress.com/2007/08/dc3a9fis-au-systc3a8me-bancaire-islamique.pdf (consulté le 23 mars 2014).

- Deuxièmement, ce mode du partage des risques donne à la finance islamique une certaine efficience, dans la mesure où le bailleur de fonds s'intéresse de près au projet financé et à la solvabilité de son emprunteur [307].

- Troisièmement, l'approche de « prise solidaire du risque » par toutes les parties a aussi pour mérite de récuser la spéculation, ce qui évite à la banque des chocs financiers [308]. Le système est donc plus stable et jouit d'un degré élevé d'intégrité et d'une forte capacité de résister aux aléas d'un monde par nature incertain.

Finalement, il est possible de soutenir que la finance islamique n'apparaît pas fondamentalement comme un instrument de distribution de fonds, *« intéressée uniquement par les garanties offertes par l'emprunteur »*, mais opère aussi et surtout comme une *« authentique partenaire de ce dernier »* [309]. François Guéranger soutient cette idée en affirmant que *« le partenariat (shirkah) est, en effet, le maître mot de la finance islamique »* [310].

On mesure par conséquent la pertinence de cette déclaration émanant de l'OCDE : *« la justice et l'équité sont peut-être les principes les plus importants de la finance islamique. Les bénéfices et les pertes doivent être partagés entre créancier et débiteur, au lieu d'être concentrés d'un seul côté, comme c'est souvent le cas avec les banques de la zone OCDE. Par exemple, avec l'instrument d'investissement par prises de participations appelé, les versements échelonnés d'une entreprise emprunteuse à sa banque représentent pour partie le remboursement du principal, et pour partie une fraction des bénéfices de la société (…) »* [311].

Il reste à ajouter que la gestion des actifs fondés sur un partage des pertes n'est pas à l'abri de critiques.

---

[307] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, *op*., *cit*., p. 70.

[308] Voir Ridha SAADALLAH, « Finance islamique et développement », *op*. *cit*., pp. 9-10.

[309] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *op. cit.,* p. 15.

[310] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, *op*., *cit*., p. 210.

[311] L'Observateur de l'OCDE, *Finance islamique* : *un placement d'avenir*, n° 272, avril 2009. http://www.observateurocde.org/news/fullstory.php/aid/2381/Finance_islamique.html (consulté le 30 mars 2014).

2. Des appréciations critiques

Le système du partage des pertes et profits est considéré comme très complexe et les instruments contractuels utilisés à cet effet seraient plus coûteux que des contrats de prêt classiques [312]. Ce qui implique pour les banques islamiques *« une efficience économique plus faible »* [313].

Certaines études attribuent cette difficulté à la taille de la banque, son *« talon d'achille »* [314]. C'est l'opinion soutenue par Cihak et Hesse : « *il est significativement plus complexe pour les banques islamiques d'ajuster leur système de contrôle du risque de crédit quand elles deviennent plus grandes. Étant donné leurs limites en termes de standardisation de la gestion du risque de crédit, surveiller les différents arrangements profit-perte devient rapidement beaucoup plus complexes au fur et à mesure que la taille des opérations bancaires s'accroît, ce qui génère des problèmes d'asymétries d'information* » [315].

D'autres auteurs insistent sur le supplément de charge engendré par le transfert de risques du débiteur vers le créancier. Cette prise de risque accrue de l'établissement bancaire islamique se répercuterait nécessairement sur le débiteur. En effet, celui-ci paierait un surcoût par rapport à une opération de financement classique [316].

Puisque le partage des pertes et profits entre les partenaires est directement lié au résultat d'exploitation du projet ; et que celui-ci peut être positif ou négatif, il en résulte, selon certains spécialistes, *« une possibilité d'érosion du montant principal des*

---

[312] Voir Laurent WEILL, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? », *op. cit.*, p. 25.

[313] Voir Jean-Baptiste DESQUILBET et Fédi KALAI, « La banque conventionnelle et la banque islamique avec fonds propres : contrat de dépôt et partage du risque de liquidité », Université Lille 1, document de travail, déc. 2012 (22 p.) http://gdre2013.conference.univ-poitiers.fr/Desquilbet_Kalai.pdf (consulté le 21 octobre 2017).

[314] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.* p. 68.

[315] Martin CIHAK et Heiko HESSE, « Islamic banks and financial stability : an empirical analysis », FMI, janvier 2008, p. 110. Texte disponible sur le site :
https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2008/wp0816.pdf (consulté le 8 avril 2014).

[316] Les banques islamiques auraient hésité à utiliser le mode de partage des pertes et profits *« d'une manière étendue lors de la phase initiale de leurs opérations à cause de l'effet probable de cette érosion sur le déposant »*. Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 191.

placements en cas de pertes », contrairement au système bancaire classique *« où tous les dépôts (comptes courants et à terme) sont garantis »* [317]. À ce titre, on signale que *« les déposants, (…) habitués au concept de dépôts sans risques grâce à leurs liens avec le système conventionnel »*, peuvent peut-être se montrer réticents à *« accepter l'idée d'érosion de leurs dépôts »* [318] malgré leur conviction religieuse.

Une autre difficulté qui semble rendre encore plus complexe le partage des pertes et profits, consiste à dire que dans un environnement financière concurrentielle, *« les banques islamiques n'ont pas l'expérience adéquate dans la gestion de ce mode de financement (…) et qu'un certain nombre de techniques et d'institutions nécessaires pour la réussite de telles opérations ne sont pas encore disponibles* » [319].

Toutefois, il est possible d'apporter deux contre-arguments :

Le premier argument laisse entendre que les clients des banques islamiques seraient plus enclins que les clients des banques classiques à s'acquitter de leur dette, et plus particulièrement à faire preuve d'une grande moralité dans la gestion des fonds empruntés. Par conséquent, *« les banques islamiques bénéficieraient de plus faibles coûts en termes de pertes mais aussi de surveillance des remboursements que les banques conventionnelles »* [320].

Le second argument tient au fait qu'il est généralement prévu par les banques un « compte de liquidation » pour calculer le résultat si le montant du dépôt est réduit, et s'il ne l'est pas, *« le partage se fera sur la base du résultat net comptable de la banque*. *Cette méthode permet de connaître le rendement selon les activités financées par la*

---

[317] Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN, *«* Réglementation et contrôle des banques islamiques », Banque Islamique de Développement (BID), *Études spéciale* n° 3 p. 25. Document disponible sur le site https://ribh.files.wordpress.com/2007/09/reglementation-et-controle-des-banques-islamiques.pdf (consulté le 9 avril 2014).

[318] *Idem*.

[319] *Idem*.

[320] Laurent WEILL, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? », *op. cit.*, p. 26. Des études empiriques montrent que les taux de défaut sont très nettement plus faibles pour les prêts islamiques. Il semble qu, *« ce résultat s'explique par le fait que les emprunteurs ont un conflit avec leurs croyances religieuses quand ils font défaut sur un prêt islamique (…). Les emprunteurs des prêts islamiques ont ainsi des incitations plus grandes pour rembourser leur prêt »* (*Idem*).

banque et assure juridiquement la conformité à la sharī'a. La nécessité de faire apparaître les activités financées met aussi en évidence les rentabilités des différents secteurs stratégiques autorisés » par la loi islamique [321].

Cela dit, en même temps qu'elle propose le respect du partage des profits et des pertes, la *sharī'a* considère que le processus de création et de distribution des richesses dans l'économie doit être représentatif de la productivité réelle. De là résulte l'idée que, lors d'une transaction, le financement doit être adossé à un actif tangible.

B. L'adossement des transactions financières à des actifs réels

Il est commun de dire aujourd'hui que la finance tend à se détacher de l'économie réelle dont les termes classiques associent production/consommation. Désormais, ce qui est mis en avant c'est le couple risque/rendement maximal.

Il faut convenir que le volume et la force des capitaux qui circulent chaque jour viennent remettre en cause le rôle initial des ressources financières mises au service de l'économie. La crise de 2008, dont les effets ne sont pas entièrement dissipés, accentue ce sentiment d'insécurité. En tout cas, l'instabilité financière de ces dernières années avait exercé une influence dévastatrice sur l'activité économique et a conduit à des faillites des banques du fait de leur comportement spéculatif sans commune mesure. Notons que ces faillites n'ont pas seulement produit leurs effets sur les banques impliquées (chute vertigineuse des actifs financiers et préjudices subis par les créanciers, licenciements, etc.), mais, par contagion, elles ont provoqué des dégâts au niveau d'autres agents économiques : entreprises, investisseurs, etc. [322].

La réaction en chaîne des faillites a en outre contraint les États à apporter un soutien massif aux banques afin d'éviter que s'installe une panique générale. Or, cette intervention a engendré des coûts budgétaires très importants. Dans ce contexte, des

---

[321] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 123.

[322] Laurent WEILL, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? », *op. cit.*, p. 22. Cette répercussion de la crise financière s'explique par le fait que les banques jouent normalement « un rôle clé » dans celui du financement de l'économie à travers leur « intermédiation financière ». Dès lors, la vague des faillites bancaires a abouti inexorablement à réduire cette activité première.

études ont montré que la finance islamique s'est montrée plus solide que la finance conventionnelle. Ainsi, on peut lire : *« Les bouleversements engendrés par la crise ont eu pour effet de remettre en question des pratiques qui prévalaient jusque-là et de susciter un nouvel intérêt pour les finances alternatives, dont fait partie la finance islamique. Ce regain d'intérêt est d'autant plus vif que les produits shari'a-compatibles ont eu tendance à mieux résister à l'effondrement des marchés »* [323].

Partant de ce constat, la question s'est posée de savoir pourquoi les banques islamiques n'ont pas été très affectées par l'instabilité financière [324]. En réponse à cette interrogation, quelques hypothèses ont été avancées parmi lesquelles figure notamment le lien de la finance islamique avec l'économie réelle qui l'aurait immunisé contre les aléas de la spéculation, d'autant plus que les produits dérivés dits « toxiques » [325] qui sont à l'origine de la crise financière de 2008 n'auraient pas leur place dans la banque islamique [326].

Cet argument serait d'ordre empirique et il est souvent repris par les observateurs analysant les instruments de financement utilisés par les banques islamiques [327].

Parmi ces instruments, on invoque la possibilité d'émettre des titres négociables (*Ṣūkūk*) portant toujours sur des actifs réels, comme le précise Bessedik :

---

[323] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 229 ; Ahmed TAQI, « Crise financière mondiale : quelles solutions peut appaorter la finance islamique », *op. cit.*, p. 125.

[324] Abdel HAR I, « Les banques islamiques plus résilientes que les banques conventionnelles ? », *Revue Banque*, 2013, p. 76 ; voir dans le même sens, Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et finance en Islam*, *op. cit.,* p. 82.

[325] Les chiffres suivants donnent une idée sur les produits à haut risque : le PIB mondial à prix constant en 2016 a été estimé à 77 328 milliards de dollars américains (https://www.lafinancepourtous.com/decryptages/politiques-economiques/theories-economiques/pib/pib-mondial/). Dans le même temps, le marché des dérivés pesait un million de milliards de dollars, soit un rapport de presque de 1 à 11 (https://bfmbusiness.bfmtv.com/bourse/les-chiffres-inimaginables-du-marche-des-produits-derives-974610.html), consulté le 15 avril 2014.

[326] Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires : la finance islamique*, *op. cit.* p. 24. La finance islamique interdit les transactions qui ne sont adossées à un actif réel. La titrisation de la dette qui est la principale source de la volatilité des marchés en fait partie. En somme, c'est la spéculation, (*maīsir*) qui est, dans toutes ses composantes, prohibée par la finance islamique. Voir *supra*, pp. 74 et s.

[327] Pour un aperçu général sur ce point, voir Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.*, pp. 51 et s.

« Le plus important pour la finance islamique est que les actifs précèdent les titres qui vont être créés pour réaliser l'opération. Les actifs possédés par une société et qui sont la cible du projet d'investissement vont être identifiés dans leur nature et évalués dans leur montant (…) » [328].

Pour donner un exemple concret, prenons le cas des *ṣūkūk Ijarā* (location avec ou sans option d'achat). Dans le cadre de ce contrat, écrit Nasser Hideur, *« les porteurs sont les propriétaires et les bailleurs des actifs »* sous-jacents. Ils sont dès lors *« en droit de percevoir les loyers »*. L'auteur ajoute que ce droit est soumis *« à la jouissance par le preneur des avantages économiques des actifs loués »*. En conséquence, *« toute interruption de cette utilité économique non imputable à une faute du preneur devrait entraîner l'arrêt du versement des loyers jusqu'à son rétablissement »* [329].

Un autre mode de financement d'un actif réel se traduit par le recours à la dette, comme dans le cas de la vente à tempérament (*mūrabaḥa*) : il peut s'agir ici de l'achat à terme de biens fongibles (contrat *salām*) ou encore la réalisation d'un ouvrage (contrat *istisn'a*). Dans un cas comme dans l'autre, le financement est adossé à une marchandise ou à un actif. Cela assure la contribution de la finance au processus productif et minimise la spéculation.

Le financement peut aussi avoir lieu dans le cadre de contrats de partenariat tels que la *mūsharaka*. Il existe aussi d'autres formules de contrats participatifs comme le recours au capital-travail pour le financement d'activités innovantes (*mūḍaraba*) ou le contrat de la *mūzara'a* (contrat participatif de fermage) et le contrat *musaḳah* (contrat participatif d'irrigation) pour le financement de l'activité agricole [330].

Ainsi, les opérations bancaires et financières islamiques autorisées par la *sharī'a* s'articulent sur le principe du lien étroit entre les fonds investis et un actif tangible, qui est soit fabriqué soit acheté. Donc, le financement est toujours la conséquence d'une

---

[328] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 63 ; voir également Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.*, p. 87.

[329] Nasser HIDEUR, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *op. cit.,* p. 17.

[330] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique, op. cit.*, pp. 95-96.

transaction matérielle identifiable. Lila Guermas-Sayegh peut donc affirmer que *« c'est en cela que la finance islamique se met au service de l'économie réelle, condamne l'inflation nominale (c'est-à-dire la création monétaire outrancière), l'endettement excessif et la structuration d'actifs financiers eux-mêmes adossés sur du papier »* [331].

Une règle majeure résulte de l'imbrication entre la finance et l'économie et qui est à mettre au crédit des banques islamiques : la tentation de s'aventurer dans des actions spéculatives est théoriquement inexistante. Cela est d'autant plus plausible que les déposants sont censés surveiller les banques, puisque leur rémunération dépend pratiquement de la performance de l'établissement bancaire [332], en l'absence d'une rémunération fixe sans lien avec les gains réalisés par la banque [333].

Ce contrôle a pour vertu d'inciter les banques islamiques à être plus prudentes dans l'utilisation des fonds qui leur ont été confiés, de crainte de voir leurs clients retirer leur épargne. C'est ce qui fait la différence avec les banques conventionnelles où les épargnants n'ont pas de droit de regard sur l'utilisation de leur argent par les banques ; dès lors, celles-ci peuvent être amenées à prendre des risques excessifs au détriment des déposants et ces derniers ne peuvent les sanctionner en retirant leur fonds [334].

Ce raisonnement peut être convaincant et légitimer l'impression que les banques islamiques est une alternative garantissent mieux la stabilité financière. À ce titre, Il n'est pas sans intérêt d'apporter cette remarque faite par un expert en matière financière, Roland Laskine soulignant : « *Si nos dirigeants financiers cherchent vraiment à limiter la spéculation, rien de plus simple, il suffit d'appliquer des principes de la Sharī'a arrêtés sept cents ans auparavant : interdit de vendre des actifs que vous ne possédez pas de façon effective ou de réaliser des opérations de prêts d'argent*

---

[331] Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.,* p. 14.

[332] Nasser HIDEUR, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *op. cit.,* p. 23.

[333] En effet, à la différence du modèle bancaire conventionnel, les fonds confiés aux établissements islamiques n'entraînent pas le versement ou la perception d'intérêts, car cela relèverait de l'usure prohibée par la *sharī'a* .

[334] Pour plus de détails sur les relations de la banque islamique avec ses clients, voir notamment François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.,* pp. 121-129.

moyennant rémunération. Interdit surtout de spéculer sur les déboires d'une entreprise. Le seul moyen de s'enrichir c'est de participer au développement d'une entreprise et d'en percevoir les fruits en étant présent au capital. Des principes simples et de bon sens que tous les détenteurs d'actions ou de contrats d'assurance-vie indexés sur la Bourse auraient voulu voir appliqués plus tôt » [335]. Cela voudrait-il dire pour autant que les banques islamiques sont totalement immunisées contre les risques liés aux crises financières qui semblent marquer tous les pays depuis 2008 ? Rien n'est moins sûr si l'on admet que la finance islamique ne se situe pas hors marché financier, et que, de fait, elle ne peut être complètement épargnée par la crise [336].

Toujours est-il que l'apparition de la finance islamique a favorisé le débat sur les relations complexes entre l'économie et les banques. Elle a notamment permis de montrer la dérive du métier de banquier dans les marchés financiers qui est passé du rôle d'intermédiaire pour le financement d'activités économiques à un rôle hautement spéculatif où le *trading* à haute fréquence est devenu la norme, venant concurrencer l'activité véritable dans l'utilisation des ressources. De ce point de vue, la nécessité absolue d'adosser toute opération financière à un actif réel, exprime le vrai métier de banquier ; celui de rester en contact avec la réalité économique et de faire preuve d'esprit de modération dans la prise des risques.

La *sharī'a* recommande le principe de l'adossement à des transactions tangibles. Cela consiste à exiger que le mode de financement soit systématiquement rattachée à des biens matériels et détenus. L'objectif de cette condition étant *« d'éviter toute dichotomie entre l'économie réelle et l'économie monétaire »* [337].

---

[335] *Journal des Finances,* dimanche 25 septembre 2008.

[336] Il faut convenir que l'impact de la crise financière a été bien ressenti par le marché de la finance islamique dans la mesure où *« les actifs sous-jacents ont été exposés aux dépréciations »*, en particulier les actifs immobiliers. *« Ainsi, le taux de rendement moyen des fonds immobiliers conformes à la sharī'a est passé de 28% en 2007 à 13% en 2008 »*, Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 229. Voir aussi Marc ROCHE évoquant la débâcle de *Dubaï World*, « *La crise dans l'émirat ébranle la crédibilité de la finance islamique* », *Le Monde*, 30 décembre 2009.

[337] Aldo LÉVY, *Finance islamique, opérations financières autorisées et prohibées : vers une finance humaniste*, Gualino, 2012, p. 55.

À la base de ce principe, il y a une certaine forme d'éthique qui découle du fait que la monnaie n'a pas de valeur en soi ; elle constitue uniquement l'instrument qui sert à favoriser les échanges. Dans cette perspective, la finance islamique (à l'image de la finance solidaire) [338], implique que tout contrat commercial et toute opération financière sous-jacente doivent porter sur un bien réel et non virtuel [339]. On estime de la sorte pouvoir *« conjurer la spéculation et les crises financières* » [340].

L'on mesure donc l'importance du point de vue de la *sharī'a* affirmant que toute transaction commerciale ne peut être validée que dans la mesure où elle est sous-tendue par un actif identifiable. À ce sujet, Anouar Hassoune précise que le principe d'adossement des transactions financières à des réalités économiques « *constitue une nécessité absolue…* » [341] car, dit-on, c'est là l'un *« des points forts de l'économie islamique au regard de l'économie dématérialisée »*, en ce sens que *« l'évaluation des risques est incomparablement meilleure sur un capital matérialisé »* [342]. On ajoute qu'il s'agit d'une manière pour la finance islamique de remplir sa mission première, qui consiste à *« participer au développement de l'économie réelle par la création d'activité économique dans les autres domaines »* [343].

Reste que l'obligation d'adosser toute opération financière à un actif réel exige un encadrement et un contrôle particulier [344]. Il semble que cette exigence est satisfaite puisqu'on estime que les jurisconsultes musulmans surveillent de près le respect du principe d'adossement, tout en prenant en considération les *« besoins des entreprises ainsi que leur mode de fonctionnement moderne »* [345].

---

[338] Voir *infra*, p. 412-414.

[339] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, *op cit*, p. 72.

[340] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique et solidaire », *op*. *cit*., p. 84.

[341] Anouar HASSOUNE (Vice-président du cabinet de notation Moody's), « *Principes de structuration des ṣūkūk »*, *Les Cahiers de la Finance Islamique*, n° 1, 2009, p. 20.

[342] Halsaâ BEN HA, « Le financement de la PME en finance islamique », *op* cit, p. 6.

[343] http://fr.financialislam.com/les-principes-de-la-finance-islamique.html (consulté le 7 mars 2014).

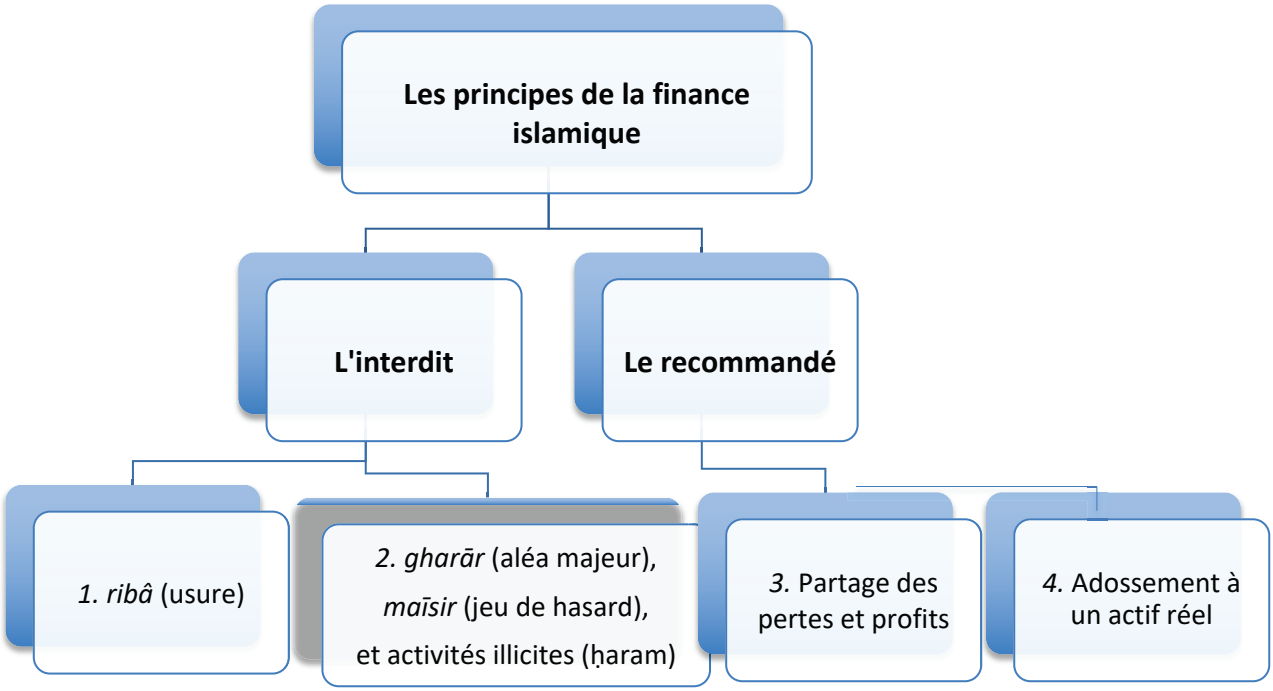
[344] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de paris », *op*. *cit*., p. 53.

[345] Ibrahim eyyad CEKICI, « Du filtrage islamique », *op*. *cit*., p. 13.

Il ressort de ces développements quatre principes fondamentaux autour desquels gravite la finance islamique et qui semblent trouver leur origine dans des prescriptions religieuses, organisées par la *sharī'a* :

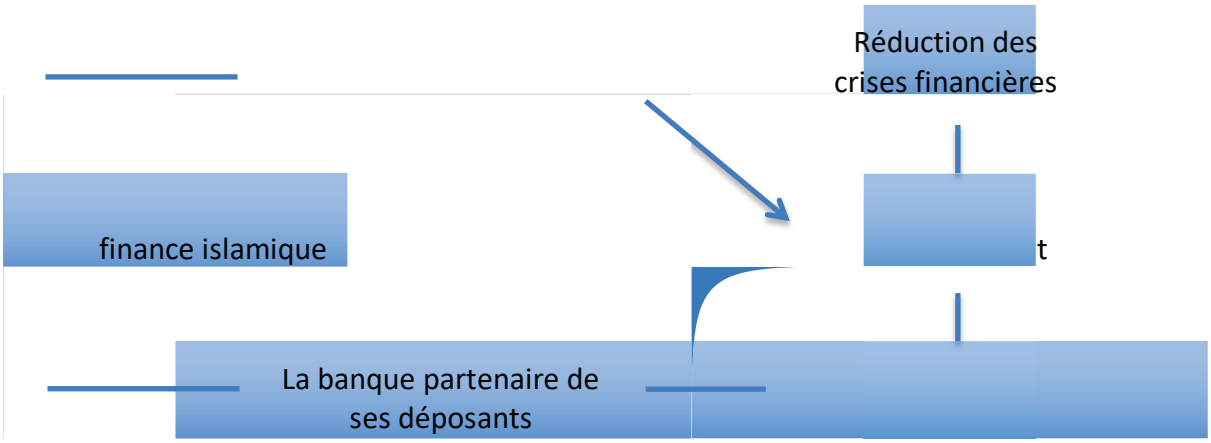
- Prohibition du *ribā* (usure) ;
- Interdiction du *gharār* (aléa majeu), du *mayssir* (jeu de hasard) et activités illicites (*ḥaram*) ;
- Partage des pertes et profits *(al-ghounm bi al-ghourm*) ;
- Adossement à un actif tangible.

Figure 2. Reformulation schématique des règles soutenant la finance islamique



Le respect de ces principes permet de valider les transactions financières.

L'esprit qui commande les principes de la finance islamique peut être résumé de la manière suivante :



Source : schémas établis par l'auteur

En dehors du fait que la finance islamique aurait pour atout de demeurer attachée à l'activité économique et qu'elle doit intégrer la contrainte du partage des profits et des pertes entre la banque et ses clients, elle doit en plus subir un contrôle assez rigoureux.

§ 3. Une gestion financière sous « étroite surveillance »

Le système bancaire est en général étroitement surveillé par les pouvoirs publics qui imposent une réglementation rigoureuse compte tenu de son importante dans l'économie [346]. Dans le cadre d'un financement suivant les préceptes du droit musulman, ce contrôle existe, mais, à la différence de la finance conventionnelle, le rôle de l'État est complété par celui de comités chargés de vérifier la conformité des produits financier aux principes de la *sharī'a* (A), auxquels s'ajoutent d'autre structures jouant un rôle clé dans la régulation de l'activité bancaire et financière (B).

[346] Sur la régulation européenne et internationale, voir Thierry BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruxelles, Bruylant 2012.

A. le contrôle des banques islamiques par les comités de la *sharī'a*

Il est impératif dans la perspective d'un financement islamique que les actifs de la banque restent *ḥalal* (licite) par opposition à *ḥaram* (illicite). Cette condition *sine qua non* est remplie par un comité ou conseil de la *sharī'a* (*Sharī'a Board*) chargé d'assurer une utilisation et une gestion des fonds conformes à la loi islamique [347]. La présence de cet organe est considérée comme une spécificité de la finance islamique [348]. Sans cet organe, *« la banque ne peut être qualifiée d'islamique »* [349]. Aussi la plupart des établissements bancaires sont-ils dotés d'un comité de contrôle de la *sharī'a* défini comme une entité presque obligatoire [350], dont il importe de définir le statut et les fonctions, avant de s'arrêter sur les problèmes que peut susciter ce type de contrôle.

1. Le statut et les fonctions du comité de la *sharī'a*

Du point de vue statutaire, il s'agit d'un organe composé de juristes-fūḳahā', experts de droit musulman nommés en principe par l'assemblée générale des actionnaires ou par le conseil d'administration de la banque [351]. Leur nombre varie en fonction de la taille de la banque, il oscille entre 6 et 7, mais peut descendre à 3. Cependant, il est possible de choisir entre la formule collégiale du comité ou un conseiller unique, personne physique. Dans cette perspective, rien n'empêche un administrateur du fonds de se conduire comme un expert de finance islamique et d'agir en qualité de conseiller individuel [352].

---

[347] Michael AINLEY, « Banque islamique au Royaume-Uni, la FSA est prête à suivre les évolutions du marché », *in* Dossier : La finance islamique ouverture européenne, *Revue Banque*, n° 697, novembre 2007, p. 35 ; Lilla GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit*., p. 12 ; Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique », *op. cit*., p. 72.

[348] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 102.

[349] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op*. *cit*., p. 10.

[350] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 164.

[351] Gérard BRAYER (coord.), *La finance islamique : l'autre finance*, Paris, éd. Société de législation comparée, 2009, p. 31.

[352] Isabelle RIASSETTO, « Le contenu du Guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (*ALFI*) », *Cahiers de la finance islamique*, n° 4, *op*. *cit*., p. 98.

En tant qu'organisme théoriquement indépendant, le Comité est spécialisé dans la jurisprudence islamique ; il lui appartient de s'assurer de la conformité des activités des banques islamiques aux normes religieuses (*sharī'a compliance)* [353].

Selon certains auteurs, *« les jurisconsultes sont généralement rémunérés en fonction du temps qu'ils consacrent à leur mission. Ils ne sont pas rémunérés sur la base de leurs résultats et ne figurent pas sur les fiches de paies régulières des institutions financières où ils opèrent »* [354].

Les membres du comité ne siègent pas de façon permanente ; c'est un organe *ad hoc* qui se réunit chaque fois que le besoin de donner son avis sur les produits du contrat s'avère nécessaire. La question s'est donc posée de savoir si les comités de la *sharī'a* sont des institutions internes ou externes à la banque et l'opinion admise est qu'ils sont considérés comme *« des auditeurs externes »* [355]. En réalité, les pays présentent des situations différentes. Ainsi, lorsque l'ensemble du système juridique est islamisé comme en Iran ou en Arabie Saoudite, la soumission à la *sharī'a* fait entièrement partie de la réglementation bancaire [356]. Dans des pays comme le Liban, la Malaisie, Bahreïn, Qatar, les normes internationales intégrées par les banques islamiques sont soumises au contrôle de la banque centrale.

Le plus important demeure néanmoins le niveau de connaissances des membres du Comité. En effet, il est indispensable que ces derniers aient une grande compétence et de l'expérience en matière de droit musulman et des méthodes d'interprétation des textes sacrés, le Coran et la *Sūnnā*. Ils doivent en outre détenir des connaissances profondes dans les domaines économique et financier (*Fīḳh -al-Muamalat*). Cette condition se justifie par le caractère globalisant de la religion musulmane au sein de laquelle tout est réuni dans un corps unique.

---

[353] Umer CHAPRA et TARIQULLAH Khan, « Réglementation et contrôle des banques islamiques », *op. cit.,* p. 40.

[354] Mballo THIAM, *De la religion à la banque : op. cit.*, p. 151.

[355] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.*, p. 124.

[356] Voir Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, pp. 94-95.

En effet, en Islam, il n'existe pas de séparation entre le temporel et le spirituel [357], entre le droit et la religion, ni entre l'économie et la morale. Aussi le savoir des membres du Comité devrait être pluridisciplinaire. Il faut avoir une connaissance très large de la loi islamique *« pour pouvoir déduire l'interprétation et l'appréciation la plus exacte »* [358]. Cela ne pourra se faire sans la connaissance du droit des affaires en général, et du droit bancaire en particulier.

S'agissant de ses fonctions, le comité de la *sharī'a* a pour rôle essentiel de vérifier l'application des contrats de financement dans le but de dégager le caractère licite ou illicite des opérations bancaires. Il est donc question d'un contrôle externe. Il s'agit d'un contrôle d'ordre public, un passage obligé. Le Comité exerce aussi un rôle de contrôleur interne lui permettant d'avoir un droit de regard sur l'ensemble des activités bancaires. Ainsi, avant toute transaction, l'institution financière doit *« formuler une demande expresse auprès de cette autorité afin d'obtenir l'autorisation d'échanger »* [359]. Dès lors, la liberté du banquier connaît des limites [360].

Pratiquement, le processus de légitimation religieuse des transactions bancaires conduit le comité à effectuer un travail de « purification des revenus » qui consiste à contrôler chaque fond afin d'écarter le pourcentage dit « impur » des revenus transmis aux investisseurs [361]. Il convient de préciser que son rôle s'étend aussi aux intentions de gestion managériale des établissements bancaires. Le comité a également pour mission de superviser de plus près la répartition et le calcul de la *zakāt* (l'aumône) [362].

---

[357] Voir *supra*, p. 38.

[358] Mballo THIAM, *De la religion à la banque : op. cit.*, p. 151.

[359] Lilla GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit*., p. 12.

[360] Voir sur ce point Jérome LASSERRE-CAPDEVILLE et Sâmi HA OUG, « Le compte de dépôt et la finance islamique », *Revue de droit bancaire*, étude n° 33, 2011, pp. 9-12.

[361] Les montants purifiés sont généralement versés à des institutions caritatives ou à un fonds philanthropique spécialement créé à cet effet, sous le contrôle des experts religieux. Ce versement constitue juridiquement un don de la part de l'investisseur. Mou'ad BOUTAOUR-KANDIL, « Perspectives d'investissements islamiques : analyse des marchés financiers en 2013 », *Cahiers de la finance islamique* n° 1, *op*. *cit*., pp. 80-81 ; également Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op*. *cit*., p. 31.

[362] Fadi ACHIT et Élisabeth FORGET, « La Gouvernance des comités sharī'a », *Revue de droit bancaire et financier*, mars 2011, étude 14, p. 2.

Tous ces critères incitent à soutenir que le Comité opère comme un instrument de protection de la clientèle dans la mesure où il assure la destination des fonds déposés et leur compatibilité avec les principes de l'Islam. En même temps, son rôle peut être source de conflit d'intérêt. *« Les jurisconsultes représentent, de facto, les intérêts des clients, en s'assurant que les transactions bancaires répondent bien à leurs convictions éthiques et religieuses. Ce faisant, leurs décisions peuvent nuire aux intérêts des actionnaires ou des conseils d'administration qui les ont désignés. En effet il peut arriver que le respect des règles de la sharī'a restreigne les potentialités de gains des banques et importune les actionnaires »* [363]. Cette dernière remarque nous amène à parler des avantages et inconvénients de la mission du comité de la *sharī'a*.

En dépit de son rôle qui peut sembler déterminant, d'aucuns estiment néanmoins que le Comité a *« un rôle purement consultatif »* [364] et que ce statut permet de le rapprocher, plus ou moins, des conseils d'audit présents dans les banques classiques. Cette assimilation reste toutefois problématique, en raison de l'indépendance des comités de la *sharī'a,* ce qui n'est pas le cas des conseillers d'audit.

Au demeurant, le Comité de la *sharī'a*, qualifié de *« comité consultatif »* [365], peut se transformer en *« organe délibératif »* [366] et participer à la mise en place de nouvelles règles dans le cadre de ses recommandations visant le niveau des prix pratiquée ou le choix de tel ou tel investissement. À ce titre, la finance islamique possède un atout de confiance et de probité. *« En effet, les membres du Comité faisant l'objet du plus grand respect, leur honnêteté intellectuelle ne peut être suspectée »* [367].

---

[363] Mballo THIAM, *De la religion à la banque op. cit.*, p. 151.

[364] Anfel BOUDJELAL, « Repenser le contrôle chairatique des opérations bancaires et financières ilamiques », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 7, 2014, p. 38.

[365] Isabelle RIASSETTO, « Le contenu du Guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (*ALFI*) », *op. cit.*, p. 99 ; Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros », 8 décembre 2008. Document disponible sur le site : http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/00/01/1704560976.pdf (consulté, 10 mai 2014).

[366] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.*, p. 212.

[367] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 159.

S'agissant de l'intervention du Comité, elle se fait sous forme d'un avis (*fatwa*) validant la conformité islamique des produits financiers. Cet avis exige le respect. En effet, il est difficile pour une banque islamique de transgresser une opinion négative du comité et mettre sur le marché un produit financier considéré comme illicite. Cela fait dire à certains auteurs que *« le comité de la sharī'a a à sa disposition une arme redoutable : la fatwa qui compromettrait de façon irrémédiable les intérêts de la banque »* [368].

Notons qu'en cas d'émission d'un avis erroné ou trompeur, la responsabilité (civile ou pénal) des membres du comité de la *sharī'a* peut être engagée [369]. En statuant sur la conformité d'un produit aux règles religieuses, les membres du Comité s'engagent collectivement. Il faut dire que l'avis d'un comité engage sur le plan juridique celui qui en est l'auteur.

À ce stade, il est à préciser que la banque peut révoquer les membres du Comité de la *sharī'a* s'il s'avère qu'ils ont failli à leur mission [370]. Mais compte tenu du prestige moral dont jouissent les jurisconsultes en matière d'interprétation du droit musulman, et en raison de l'importance de leurs fonctions aux yeux des musulmans, il est peu probable que l'établissement bancaire s'aventure sur ce terrain.

Au regard de ce qui précède, on peut soutenir que la présence des comités de la *sharī'a* conforte le caractère religieux de la finance islamique et rend en même temps compte de son aspect éthique. Au fond, ces comités ne font que transcrire cette réalité en remplissant leur mission du contrôle des produits bancaires [371].

Reste à ajouter que la fonction du Comité de la *sharī'a* pose quelques problèmes.

---

[368] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 118.

[369] Pour plus de détails sur ce point, voir deuxième partie, chapitre 1.

[370] Dans certains cas, cette solution est impossible. Ainsi, au Pakistan, la Cour Fédérale de la *sharī'a* a *« le pouvoir de réviser toutes les lois à la lumière du droit musulman. Elle a déclaré que l'intérêt est une forme de ribā et que le système existant de transactions avec marge étant basé sur l'intérêt est illicite »*, Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN, « Réglementation et contrôle des banques islamiques », *op. cit.,* p. p. 47.

[371] À cet effet, ils sont amenés à remettre aux membres de la banque et aux actionnaires un rapport d'audit annuel rappelant les obligations religieuses des banquiers.

2. Les problèmes soulevés par le contrôle *sharī'atique*

À cet égard, on peut citer en premier lieu la diversité et l'hétérogénéité de l'univers de la finance Islamique qui ne favorise pas une réglementation appropriée. Il n'existe pas de règles uniques pour encadrer les opérations financières islamiques, qui sont, pour la plupart, « taillées sur mesure » [372]. Il faut également signaler le problème des ressources humaines. En effet, les personnes qualifiées pour se prononcer sur le caractère conforme des transactions bancaires sont peu nombreuses, et bénéficient rarement d'une véritable formation en matière de finance moderne [373]. Le plus souvent, ces personnes se contentent d'un certain nombre d'informations de base avant d'émettre une *fatwa* . Ainsi, il est dit que *« lorsqu'on cherche à évaluer les contrats financiers modernes ou leurs substituts islamiques, les organes de la Sharī'a ont trouvé des difficultés importantes pour énoncer les verdicts »* [374].

Plus encore que la rareté des personnels qualifiés, *« la relative nouveauté de la plupart des produits et des institutions islamiques donne une image tronquée de leur profil de risque »* [375], compte tenu de leur coloration religieuse. Cette lacune constitue un handicap sérieux pour faire face à la concurrence des banques classiques qui sont bien outillée en la matière. Elles constituent en même temps un frein à l'essor de la finance islamique. Certains auteurs ont tenu à signaler aussi *« la méconnaissance de la langue française (qui) peut agir comme une barrière, dans la mesure où les jurisconsultes doivent faire preuve d'une certaine familiarité avec le contexte français, et notamment son système juridique de tradition civiliste »* [376].

---

[372] Voir Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit.,* p. 67.

[373] Voir Banque islamique de développement, « Défis au système bancaire islamique », *op. cit.*, p. 44. Cette difficulté a incité un pays comme le Koweït à créer une école spécialisée, *The Sharī'a College*, prenant en compte la demande de juristes spécialisés en droit bancaire. Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 118.

[374] Banque islamique de développement, « Défis au système bancaire islamique », *op. cit.*, p. 44.

[375] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit.,* p. 67.

[376] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 109. L'auteur estime qu'à long terme, *« il est plausible que l'offre universitaire française de formation en finance islamique vienne pallier en partie cette lacune »* (*idem*).

En conséquence, hors pays musulmans, la caution morale des *fūḳahā* composant les comités de la *sharī'a* a peu d'impact. D'autant plus que se pose une autre question relative à leur indépendance vis-à-vis de leur employeur (la banque) qui peut exercer des pressions éventuelles en cherchant, par exemple, à persuader les membres du comité du bien-fondé d'une transaction pourtant suspecte [377]. Autrement dit, la fonction de supervision et de contrôle implique par définition une autonomie totale en matière de prise de décision de nature à renforcer la part éthique et déontologique [378]. Or, ceci ne semble pas être toujours le cas.

Donc, c'est la composition du Comité de la *sharī'a* elle-même qui est une gageure. C'est en tout cas une *« décision stratégique »* [379] de première importance, qui ne peut être laissée à la discrétion de chaque établissement bancaire. *« Cela peut amener à sélectionner des membres plus conciliants que d'autres ou des membres de courants religieux proches en termes d'interprétation de la charia »* [380].

Il faut garder à l'esprit que l'autorité des comités de la *sharī'a* provient, en grande partie, de la notoriété dont jouissent les jurisconsultes aux yeux des musulmans. C'est bien cette qualité qui donne toute sa crédibilité au contrôle *shariatique*. Or, *« compte tenu de la rareté de ces profils, le risque est de voir les mêmes jurisconsultes cumuler plusieurs mandats alors même que les banques concernées sont en compétition »* [381].

En outre, il est souligné que la carence au niveau de personnels remplissant toutes les conditions requises risque de pousser des conseillers religieux à occuper plusieurs comités de plusieurs banques. Or, cette situation crée de la confusion et peut être source de *« conflits d'intérêt entre ces banques, les administrateurs et les clients des*

---

[377] Voir Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 151.

[378] Frédéric COSTE, « L'émergence de la finance islamique aux États-Unis et en Angleterre », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française*, *op*. *cit*., p. 127.

[379] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op*. *cit*., p. 117.

[380] Lilla GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit*., p.

[381] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op*. *cit*., p. 117 *: « Les difficultés pour constituer des comités sharī'atique ont amené les banques islamiques à réfléchir sur la possibilité de créer un comité central. La Malaisie, pays pionnier dans ce domaine, a suivi cette voie en 1997 »*.

banques, puisque ces conseillers sont souvent rémunérés par les dirigeants de ces banques » [382].

Une autre difficulté résulte de la divergence entre le conseil d'administration et le comité *shariatique*. En effet, la logique du Conseil est foncièrement économique tandis que la logique du Comité de la *sharī'a* est fondamentalement spirituelle, ce qui ne manque pas de créer des tensions.

Il est par ailleurs courant que les banques fassent appel à des auditeurs externes spécialisés en finance islamique *« afin d'auditer les transactions une fois celles-ci réalisées et ce, pour s'assurer qu'elles demeurent conformes aux principes de la sharī'a. La rémunération de ces auditeurs doit également être intégrée au coût global de l'opération de financement islamique »* [383].

Sur un autre plan, on peut relever plusieurs inconvénients :

- La présence de comités de la *sharī'a* engendre des coûts supplémentaires qui vont réduire tant la rentabilité que l'efficacité des institutions financières islamiques, en comparaison avec les banques de la finance conventionnelle [384].

- L'absence d'implication des comités de la *sharī'a* dans la stratégie à long terme et la fixation des objectifs de la banque.

- Le contrôle de l'affectation des fonds par un organe composé d'experts en droit musulman risque de mettre à mal le secret bancaire.

- Un autre problème évoqué concerne la pauvreté de la jurisprudence religieuse pouvant servir de référence au comité de la *sharī'a*. De fait, les rapports annuels du comité qui sont publiés au sein des documents de référence sont parfois très succincts et peu explicites.

---

[382] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 238.

[383] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit*., p. 192.

[384] Lilla GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit*., p. 13.

- Il est assez fréquent que les membres du comité permanent de conformité éthique cumulent une rémunération mensuelle et une compensation *« au cas par cas sur les opérations importantes »*. Ce procédé a parfois été critiqué [385].

- Enfin, nous avons signalé que l'islam n'est pas une entité homogène ; il existe, en effet, différents courants de pensée, ce qui peut engendrer des oppositions réelles au niveau de l'interprétation des règles de la *sharī'a* par les écoles religieuses (*malékite*, *ḥānafite*, *shāfi'īte*, *ḥānbalite*) [386]. À ce sujet, on sait que les normes dégagées par le droit islamique reposent sur le Coran et la *Sūnnā.* On sait aussi que sur certaines questions, ces normes n'apportent pas de réponses précises, d'où l'effort de réflexion (*ijtihād*) des juristes pour combler cette lacune. Or, il peut en résulter de grandes divergences d'opinion, *« le sens et la valeur donnée aux versets et aux ḥadīth peuvent être différents d'une école à une autre, d'une zone à une autre. Il arrive même qu'un acte religieux soit qualifié autant de fois qu'il y a de courant de pensée »* [387]. Cette divergence s'étend au débat au sein des comités de la *sharī'a*. Ainsi, chaque comité a tendance à donner sa propre lecture des prescriptions religieuses selon les recommandations et les interprétations de son courant doctrinal ou jurisprudentiel. Dans ces conditions, les comités de la *sharī'a* des différentes banques pourraient prononcer des avis distincts pour des pratiques similaires ce qui peut être une source de doutes de la part des clients [388]. À titre d'exemple, l'interdiction du *ribā* (intérêt), qui constitue l'un des piliers de la finance islamique, est perçue différemment par les jurisconsultes musulmans [389]. À cet égard, on peut invoquer le contrat *Bay' al-'Ina* [390] qui permet la réalisation d'un intérêt. Ce mode de transaction est pourtant interdit

---

[385] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 48.

[386] Sami Awad ALDEEB ABU-SAHLIEH*, Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, pp. 42 et s. ; Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 48.

[387] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 299.

[388] Banque islamique de développement, « Défis au système bancaire islamique », *op. cit*., p. 37.

[389] Voir *supra*, pp. 71-72.

[390] Cette transaction financière autorise un opérateur à vendre un bien à une personne et de le racheter à la même personne avec un prix plus élevé. L'écoulement de temps justifie la différence entre le prix d'achat et le prix de vente et qui constitue l'intérêt. Banque islamique de développement, « Défis au système bancaire islamique », *op. cit*., p. 37.

dans presque tous les pays. Cela prouve que les jurisconsultes ne sont pas tenus de suivre une même ligne d'interprétation. Ils se réservent la possibilité de suivre les méthodes de travail qui, de leur point de vue, semblent plus pertinentes et plus adaptées à un contexte en perpétuelle évolution. Cette divergence au sein des comités peut aller jusqu'à donner lieu à *« une pluralité de décisions qui ne paraît plus être fondées sur de règles religieuses mais plutôt sur des considérations économiques ou marketing »* [391]. Pour pallier à cette difficulté il est dit que *« les normes de la sharī'a minimales pour chaque type de contrat, établies par un corps autonome, permettront de rassurer les clients quant à la compatibilité avec la Charia de ces contrats ainsi que des opérations réelles »* [392]. Cette exigence a pris de l'importance après l'intérêt croissant porté par les banques occidentales à la finance islamique. Dans ce nouveau cadre, des institutions spécialisées ont-ils été créées pour tenter coordonner les différentes lectures des principes islamiques et de fixer des règles consensuelles pour le fonctionnement du secteur financier [393] mais, pour l'instant, cette tâche semble être très compliquée [394]. Cela ne veut pas dire pour autant que la finance islamique soit condamnée à demeurer à jamais un domaine peu harmonisé.

En définitive, il est possible de conclure que l'existence des comités de la *sharī'a* est une innovation du système financier islamique, complexe certes, mais nécessaire, étant donné la dimension religieuse du système bancaire : aucune transaction n'est autorisée sans l'approbation des savants interprètes de la *sharī'a.* Même après l'usage d'un produit, le contrôle des opérations des banques islamiques reste pertinent pour s'assurer que la pratique respecte les exigences de l'éthique et la sensibilité religieuse des clients. C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter la mise en place d'autres organes du contrôle de la finance islamique.

---

[391] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.*, p. 242. Pour plus de développement sur l'aspect marketing de la finance islamique, voir Cedomir NESTOROVIC, *Marketing en environnement islamique*, éd. Dunod, 2009.

[392] Banque islamique de développement, « Défis au système bancaire islamique », *op. cit.*, p. 37.

[393] Bertrand Du MARRAIS, « La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière », *Revue Banque*, 2013, p. 75.

[394] Voir Rapport JOUINI et PASTRÉ, *Enjeux et opportunités du développement de la finace islamique pour la place de Paris, op. cit.,* p. 29.

B. Les structures complémentaires du contrôle de l'activité financière islamique

La finance islamique constitue un milieu hétéroclite et souffre du manque d'unité. Cependant, des tentatives d'harmonisation ont été entreprises à travers la création de différents organismes comme la Banque Islamique de Développement (BID) qui agit également comme un organe de contrôle, ou encore l'Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques (plus connue sous sa formulation en anglais : *The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution,* AAOIFI), qui ambitionne de mettre en place des règles communes aux établissements financiers islamiques [395].

[395] À ces institutions, il faut ajouter d'autres organismes internationaux de contrôle. On en retiendra le rôle joué par l'*Association Internationale des Banques Islamiques* (AIBI) créée en 1977 et dont le siège se trouve à Djeddah (Arabie Saoudite). Son objectif est de renforcer les relations entre les banques islamiques, de conforter leur coopération, d'harmoniser leurs activités et de garantir le respect du caractère islamique des transactions bancaires et des valeurs coraniques (Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* pp. 322-323). L'Association assure aussi d'autres services comme, par exemple, le soutien apporté aux banques, notamment en personnels spécialisés. Elle représente également les banques islamiques au niveau national et international et « sert éventuellement de médiateur en cas de litige entre les établissements bancaires » (Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financemet et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 108). L'architecture de cette association abrite un Conseil de contrôle religieux composé des présidents de comités de la *sharī'a* des banques nationales. (Pour plus de détails, voir Hamid ALGABID, *Les banques islamiques*, *op. cit.,* p. 215). On peut également citer l'*Islamic Financial Services Board* (IFSB) créé en Malaisie en novembre 2002 et dont la mission est de concevoir « un cadre de régulation prudentielle spécifique » de finance islamique à partir des recommandations du comité de Bâle. « Sa tâche devrait s'étendre à l'harmonisation des interprétations juridiques en matière de droit islamique des affaires et à la standardisation des pratiques » (François GUÉRANGER, Finance islamique, une illustration de la finance éthique, *op. cit*., p. 246. Rappelons également l'*Agence islamique internationale de notation* (AIIN), fondée en 2000 à Bahreïn à l'initiative de la BID et des grandes banques du Golfe. Elle a pour mission d'évaluer les banques islamiques, le but étant de limiter les risques et de rassurer les investisseurs sur la conformité des opérations bancaires à la *sharī'a*. Elle est soutenue dans cette mission par l'*international islamic financial market*, créée par les banques centrales des pays du Golfe. Elle a pour tâche de superviser les activités du marché et de procéder à la mise en place de nouveaux instruments et des techniques financières moderness (voir Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, *op*. *cit*., p. 110). Enfin et sans prétendre à l'exhaustivité, il importe de signaler la présence des indices boursiers, en particulier le *Down Jones Islamique Index* (DJIMI) mis en place en 1988 et le *Sokk Europe Islamic Index* (SEII) fondé en 2011. Ces indices ont notamment pour charge de vérifier la licéité des activités financées par les banques permettant ainsi aux investisseurs d'identifier les entreprises dont les activités peuvent être illicites au regard du droit musulman. *« Cet objectif atteste sa mission de contrôle de l'ensemble du système islamique lui conférant un statut d'organe de contrôle international de l'ensemble du système bancaire islamique »*, Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 323.

1 - La Banque islamique de développement (BID)

Il s'agit d'une institution financière intergouvernementale et, en tant que telle, elle représente le système financier islamique sur la scène mondiale. Considérée par certains auteurs comme *« un évènement d'envergure dans l'histoire de la finance islamique contemporaine »* [396], elle a été créée en 1975 par quatre pays fondateurs, l'Arabie Saoudite, la Lybie, les Émirats Arabes Unis et le Koweït [397], sous les auspices de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI) [398]. Son objectif est de « *réaliser un développement social harmonieux et équilibré des États membres et des communautés musulmanes, conjointement ainsi qu'individuellement, conformément aux principes de la charia* » [399]. Plus explicitement, il s'agit de financer les projets d'investissement, de promouvoir le commerce extérieur entre pays musulmans, et d'accompagner la finance islamique au sein des États membres de l'OCI [400].

Au niveau de sa structure juridique, la BID se présente sous la forme d'une société anonyme avec un directoire (conseil d'administration). Concrètement, l'architecture de la Banque comprend un Conseil des Gouverneurs qui est l'organe décisionnel, un comité des directeurs exécutifs et un président. Chaque pays membre détient un siège au Conseil des Gouverneurs qui se réunit une fois par an pour étudier les résultats des activités réalisées et les objectifs à envisager pour de les périodes suivantes [401].

---

[396] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit.,* p. 71 ; Geneviève CAUSSE-BROQUET, « Le sort des banques islamiques : de la difficulté de satisfaire des objectifs multiples », *op. cit*., p. 12. D'après Lilla GUERMAS-SAYEGH, la BID est *« l'une des institutions financières islamiques les plus actives dans la promotion internationale de cette activité encore jeun »*, *La religion dans les affaires*, *op. cit*., p. 8.

[397] La condition essentielle requise pour un candidat d'adhérer à BID est qu'il soit membre de l'OIC, verse sa contribution au capital de la Banque et qu'il accepte les exigences établies par le Conseil des Gouverneurs. Aujourd'hui, la BID compte 57 États membres (https://www.isdb.org/fr/pays-membres) Consulté le 28 mai 2018).

[398] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, *op. cit*., p. 21.

[399] Banque islamique de développement : fournir des ressources, combattre la pauvreté, redonner de la dignité.

http://thatswhy.isdb.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/thatswhy/index-fr.html (consulté le 28 mai 2014).

[400] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.,* P. 42.

[401] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financemet et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 105.

Les membres du Conseil ne sont pas rémunérés en contrepartie de leurs activités, ils reçoivent néanmoins des primes couvrant les frais liés à leurs déplacements [402]. Le Conseil détient des pouvoirs relatifs aux procédures d'admission, à la fixation et la répartition des dividendes et il peut même apporter des amendements à l'accord fondateur. Il exerce par ailleurs toutes les attributions concernant les matières déléguées au comité des directeurs exécutifs. Ce dernier, désigné pour trois ans renouvelables, se compose de membres censés être compétents dans le domaine de la finance et du droit. Son rôle consiste essentiellement à veiller à la conformité des activités de la banque aux principes de la *sharī'a*. À cet effet, il est chargé de fournir le bilan de chaque exercice financier [403] en mettant en lumière l'ensemble des risques que peut rencontrer le financement islamique.

Parmi les instances décisionnelles de la BID, se trouve le Président qui doit être un ressortissant d'un pays membre de l'Organisation de la conférence islamique. Élu par le Conseil des gouverneurs à la majorité des voix pour une durée de cinq ans, renouvelable une seule fois, cet organe a pour mission principale d'assurer le bon fonctionnement de l'institution bancaire [404]. À ce titre, il lui appartient de représenter la banque auprès des États et des différents organismes financiers. Il est assisté dans sa fonction des vices-présidents qui, eux aussi, sont ressortissants d'un pays membre. Nommé par le Conseil des directeurs exécutifs, le vice-président a pour attribution essentielle d'épauler le président en cas d'incapacité ou d'absence de ce dernier.

La BID a son siège à central à Djeddah (Arabie Saoudite) [405] et possède quatre bureaux régionaux. Le premier se trouve à Rabat (Maroc), le second à Kuala Lumpur (Malaisie) le troisième à Almaty (Kazakhstan) et le dernier à Dakar (Sénégal).

---

[402] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 289.

[403] Hicham AFRA, *Organisation et stratégie des banques islamiques*, thèse, Sciences de gestion, Université Paris XIII, 1993, 145.

[404] Suivant l'article 34.3 du statut de la BID, *« Le président est chef d'administration de la banque il dirige les activités de celle-ci, conformément aux directives du conseil des directeurs exécutifs. Il est responsable de l'organisation de la nomination et du licenciement du personnel conformément aux statuts et règlements établis par la banque »*.

[405] L'Arabie Saoudite fournit 25% des ressources de la BID.

La Banque s'est aussi dotée d'organismes relais en vue de promouvoir l'activité financière islamique. Il en est ainsi de la *Société islamique d'assurance d'investissement et de crédit* (SIACE), créée en août 1994 et dont le siège social se trouve à Djedda [406]. Cette Société cherche à étendre le cadre des transactions commerciales et favoriser le flux d'investissements entre les États membres, et ce dans le respect des principes de la *sharī'a* [407]. C'est le cas également de la *Société islamique pour le développement du secteur privé* (SID) fondée en 1999 [408] ou encore de la *Société islamique internationale de financement du commerce* (SIIFC) née en 2005 [409]. Ces deux entités ont pour mission d'apporter leur soutien financier aux pays membres de l'OCI (subventions, prêts sans intérêt, octroi de dons, participation au capital, etc.), afin de favoriser le commerce intra-communautaire, de redynamiser l'économie des pays concernés (diversification des activités, utilisation de nouvelles technologies) ou d'aider à la réalisation de projets de développement [410].

En effet, la BID finance des grands projets d'infrastructure dans les pays membres en ciblant plusieurs secteurs dits prioritaires comme l'éducation et la santé [411], ou

---

[406] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, *op. cit.*, p. 132 ; Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 285.

[407] *Idem*. Voir aussi Einas AHMED, « Banques islamiques et sociétés islamiques d'investissement », *Politique africaine*, n° 66, juin 1997, p. 41. Document disponible sur le site :
http://www.politique-africaine.com/numeros/pdf/066039.pdf (consulté le 4 septembre 2016).

[408] *« La SID a commencé ses opérations en Juillet 2000 et a financé des projets dans l'agriculture, la construction, l'éducation, la finance, la pêche, la santé, le pétrole et gaz, l'immobilier, la technologie, les télécommunications, le commerce, le transport, la production d'énergie et a fait des investissements dans plus de 30 pays membres »*, https://www.icd-ps.org/fr (consulté le 10 juin 2016).

[409] Voir l'accord portant création de la SIIFC in :
http://www.itfc-idb.org/sites/default/files/itfc_agreement_french.pdf (consulté le 10 juin 2016).

[410] À titre d'exemple, le 14 janvier 2015, *la Société islamique internationale de financement du commerce* a octroyé 94 millions de dollars à la Société burkinabè des fibres textiles (Sofitex). *« Cette somme servira essentiellement à l'achat de semences de coton et autres intrants agricoles »*. Voir le site : https://www.mediaterre.org/afrique-ouest/actu,20150116095101.html (consulté le 10 juin 2016). On peut également citer l'accord-cadre, signé entre la SIIFC et le groupe *Attijariwafa Bank* (AWB), À Casblanca, en mars 2017 pour soutenir la coopération commerciale entre les pays arabes et africains. Voir : http://www.attijariwafabank.com/Actualites/ALAUNE/Pages/La-Société-Internationale-Islamique-de-Financement-du-Commerce-et-le-groupe-AWBont-signé-un-MOU.aspx (consulté le 15 juin 2016).

[411] La Mauritanie s'est vue octroyer en 2011 un prêt 17,8 millions de dollars pour la construction d'un centre cardiaque, et 9,4 millions de dollars lui ont été accordés pour financer le domaine de l'éducaction. Entre 2009 et 2011, le total du soutien fiancier apporté par la BID à la Mauritanie s'élevait à plus 180 millions de dollars et concernait de nombreux secteurs prioritaires. Voir Banque africaine de

encore le transport et les moyens de communication [412], l'agriculture et l'industrie [413]. À ce titre, la Banque utilise plusieurs outils de financement : subventions destinées à des projets sociaux ; prêts à long terme pour le financement du développement des pays membres [414] ; *ijarā* d'actifs ou crédit-bail pour les biens mobiliers et immobiliers ; *istisn'a* appliqué au financement à moyen ou long terme des projets d'nfrastructure et des biens d'équipement ; *mūrabaḥa*, utilisé notamment dans le financement de l'import/export, achat/vente, employé pour l'acquisition des biens d'équipement [415] ; *mūḍaraba restreint* ayant pour objet l'investissement dans des projets sectoriels tels que l'agriculture durable, les énergies renouvelables, l'emploi des jeunes, le *ṣūkūk* pour le financement des infrastructures et des grands travaux, etc.

---

développement, Service bancaire et finance islamiques, *Évolution et perspectives d'avenir*, 2011, p. 31. Doc. Disponible sur le site : https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/Montage%20Islamic%20Banking%20Français_ENERGY%20mpa%20ENG%20Power%20Sector%20Emer....pdf (consulté le 14 juin 2016).

[412] Ainsi, en 2005 le Maroc a bénéficié d'un montant de 106.2 millions de dollars pour financer une autoroute reliant Marrakech à Agadir (Banque africaine de développement, « Projet de construction de l'autoroute Marrakech-Agadir », Rapport d'évaluation, mai 206, p. 31. Voir le site : https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/Maroc_-_Projet_de_construction_de_l_autoroute_Marrakech_-_Agadir_-_Rapport_d'évaluation.pdf (consulté le 11 juin 2016).

[413] Entre les années 2006-2007 dix neufs projets ont été financés dans le secteur de l'industrie avec un montant de 126.5 millions dollars. Ce qui a augmenté le taux de croissance qui passe de 4% à 7.7% (Rapport, Banque Islamique de Développement, Profil BID). En 2017, la Banque a accordé 383 millions de dollars à trois projets énergétiques africains : le projet de construction d'une centrale thermique au Burkina Faso (102,8 millions de dollars) ; deux projets de centrales solaires en Égypte (115,6 millions) et le projet de construction thermique au Mali (165,4 millions de dollars). Document disponible sur le site : https://www.agenceecofin.com/investissement/0407-48567-la-banque-islamique-de-developpement-alloue-383-millions-a-trois-projets-energetiques-africains (consulté le 17 juin 2016).

[414] Il existe plusieurs types de prêts accordéss par la BID : *« Prêts concessionnels à long terme consentis pour le financement du développement et des projets d'infrastructures ; prêts d'assistance technique (AT) à taux réduit destinés à aider les pays membres à prendre en charge les services de consultants pour la réalisation d'études de faisabilité et d'autres études portant sur de grands projets ; Prêts du Fonds de Solidarité Islamique pour le Développement (FSID) – Prêts à des conditions favorables, destinés essentiellement à des projets et des programmes axés sur la réduction de la pauvreté, la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD) et des programmes de micro-crédit dans divers secteurs (éducation, santé, etc.) des Pays Membres, notamment les Pays Membres les Moins Avancés (PMMA) »*. Banque islamique de développement : Modes de financement, *op. cit.,* p. 13.

[415] Ainsi, la Tunisie avait bénéficié en mars 2009 d'un projet de fertilisation d'un montant de 150 millions de dollars et en décembre 2009 d'un projet de développement de l'irrigation, sous forme *istisnā'* avec un montant de 12.3 millions de dollar. Au Maroc un projet d'électrification rurale a été financé en août 2010 avec le même modèle contractuel pour un coût total de 65.6 millions de dollars. Banque africaine de développement, Services bancaires et finance islamiques, *Évolution et perspectives d'avenir*, *op. cit.*. p. 30.

De ce qui précède, on remarque bien que la BID se consacre uniquement à des transactions impliquant les gouvernements des pays membres et ne vise nullement des services aux particuliers [416].

Pour répondre à sa vocation de banque islamique, la BID recommande des pratiques bancaires fondées sur l'éthique. À cet effet, de nombreux établissements bancaires islamiques, sous la direction de la Banque, ont mis en place des organes de contrôle et de supervision, chargés de préparer, publier et amender les normes comptables des banques et institutions financières islamiques qui ont accepté de s'y conformer.

Le contrôle passe aussi par la formation, en tant que facteur de *« développement du droit bancaire islamique »* [417]. À ce propos, la BID a créé de nombreuses filiales pour étendre son action, en particulier l'*Institut Islamique de Recherches et de Formation* (IIRF) qui joue un rôle important en matière de préparation des juristes [418]. Ainsi, aux termes de l'article 2 de l'accord constitutif de la banque islamique, *« la mission de la BID consiste à entreprendre des recherches qui permettent de mettre en conformité les activités bancaires et financières des pays membres avec la loi musulmane »*. Il faut convenir que la formation permet l'exportation et l'assimilation des concepts qui fondent la finance islamique *« en les accommodant avec les dispositions du droit positif des pays dans lequel la sharī'a n'est pas une source du droit »* [419].

Dans l'accomplissement de sa tâche de contrôleur, la BID collabore avec le *Conseil des Services Financiers Islamiques* (CSFI). Créé en 2000 et formé de 170 membres [420], cet organisme regroupe *« des banques centrales, des autorités monétaires ainsi*

---

[416] Voir Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit*., p. 35.

[417] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 186.

[418] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financemet et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 105.

[419] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* pp. 286-287.

[420] C'est sur la recommandation de la Conférence sur le Contrôle du Système bancaire islamique, tenue à Bahreïn en février 2000, qu'a été lancée l'idée de créer le CSFI. Sur cette question, voir Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN, *Réglementation et contrôle des banques islamiques, op. cit.,* pp. 81-83.

quediverses structures consacrées à la régulation des institutions collaborant avec la finance islamique » [421].

Outre sa fonction de bailleurs de fonds de la finance islamique, le CSFI a aussi pour mission de prodiguer des conseils sur le réglementation des banques islamiques et à ce titre, il a élaboré des directives sur le respect de la *sharī'a,* qui ne sont toutefois pas obligatoires [422], mais nénamoins très suivies par les banques [423]. Dans l'objectif de répondre à des questions sur les pratiques conformes à la loi islamique, le CSFI procède régulièrement à la publication de notes techniques et des principes de références en la matière.

À côté de ces organismes, d'autres acteurs participent à cet effort de « bonne gouvernance ». Parmi eux, se trouve surtout l'Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques.

2 L'organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques (AAOIFI)

On pourrait penser que les valeurs religieuses seraient suffisamment partagées par la communauté musulmane. Or, comme nous l'avons souligné précédemment, l'interpratation des normes de la *sharī'a* fait l'objet d'une pluralité d'avis juridiqques et il n'existe pas de consensus véritable entre les différentes écoles du *fiḳh*, et entre les différents espaces géographiques [424]. Par exemple, dans son application aux activités bancaires, l'interdiction du *ribā* connaît deux lectures différentes : aux yeux de certains juristes-théologiens, cette interdiction n'est pas absolue. En revanche, pour les orthodoxes, la pratique du *ribā* est rigoureusement prohibée [425].

---

[421] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique…, op. cit*., p. 24

[422] Banque africaine de développement, Services bancaires et finance islamique*s, Évolution et perspectives d'avenir*, *op. cit.*. p. 18.

[423] Conseil des services financiers islamiques (CSFI) : Principes directeurs relatifs aux systèmes de gouvernance de la sharī'a pour les institutions offrant des services financiers islamiques. Document Disponible sur https://ifsb.org/standard/IFSB-1_Risk%20Management_(French)_Final.pdf (consulté, 6 juin 2014).

[424] Élisabeth FORGET, « Les fonds d'investissements islamiques en droit français », *op. cit.,* p. 70.

[425] Voir *supra*, p. 69-71.

Cette absence de consensus sur le sens à donner à certaines règles de la *sharī'a* relatives à la finance islamique, est à l'origine d'une réflexion sur la nécessité d'un système d'uniformisation susceptible de mettre un terme à la pluralité des opinions des *fūḳahā* [426]*.* Cela a donné lieu à la mise en place de l'AAOIFI.

Il s'agit d'une organisation non-gouvernementale, donc indépendante et à but non lucratif [427], créée à Bahrseïn en 1991 par 155 institutions (organismes financiers islamiques, banques centrales et divers participant de finance islamique à travers le monde) de 40 pays membres de l'Organisation de la conférence islamique (OCI). C'est une institution financière multilatérale qui s'est donnée comme objectif principal l'harmonisation des règles juridiques et des normes comptables de la finance islamique [428]. Il est en effet question d'unifier les positions opposées dans les écoles du *fīḳh* et de faciliter par-là la compréhension des normes qui structurent la vie des affaires en Islam. Selon les textes de cette institution, il s'agit de *« développer des normes pertinentes pour les institutions financières islamiques. Diffuser les normes de compatibilité et d'audit aux IFI par le biais de formations, de séminaires, la publication de bulletins d'informations périodiques et enfin l'exécution et la mise en œuvre de la recherche appliquée. Préparer et interpréter les normes comptables et d'audit pour les IFI. Examiner et modifier les normes comptables d'audit pour les IFI »* [429].

Organe d'uniformisation des pratiques bancaires, l'AAOIFI apapraît comme un instrument de confiance pour les utilisateurs de la finance islamique, épargnants et invesitsseurs.

---

[426] Rahali ALI, Mustafa KAMAL, Philip BOYS et Marouane EL IDRISSI, « Le débat sur la standardisation éthique, principes et standards dans la finance islamique », *op. cit.,* p. 38.

[427] Voir Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques*, *op. cit*. p. 174.

[428] Il convient de rappeler ici qu'à côté de l'AAOIFI, d'autres institutions internationales ont été créées dans le but d'harmoniser les pratiques financières islamiques. Il s'agit de *l'Islamic Financial Services Board* (IFSB) et de *l'International Islamic Financial Market* (IIFM) ; les deux fondées à Bahrseïn en 2002.

[429] Voir le site : https://ribh.files.wordpress.com/2017/02/governance-standard-on-central-shariah-board-exposure-draft-v9-by-board-without-boc-with-team-comments-no-blanks-clean.pdf (consulté le 23 juin 2014).

D'une manière générale, l'AAOIFI essaye de mettre en place des normes qui soient à la fois conformes aux principes de la *sharī'a* et aux règles reconnues par les organes de contrôle internationaux [430], en particulier celles adoptées par *l'International Financial Reporting Standards* (IFRS) [431].

En fait, l'AAOIFI peut se trouver face à des situations diffrentes : la première apparaît lorsque les règles comptables reconnues internationalement sont parfaitement compatibles avec les principes de la *sharī'a*. Dans ce cas, il n'est pas besoin de développer des normes spécifiques à la finance islamique. La seconde situation intervient lorsque les opérations financières islamiques lui sont propres. L'AAOIFI élabore alors ses propres règles, ce qui est, par exemple, le cas des transactions financières islamiques comme la *mūrabaḥa* ou la *mūsharaka*. Enfin, lorsque les règles internationales ne répondent pas aux critères de la finance islamique, l'Organisation émet des normes qui sont à appliquer aux institutions financières inernationales existantes [432].

Dans tous les cas de figure, l'AAOIFI propose aux banques islamiques de produire des normes comptables et financières en adéquation avec celles appliquées au plan international sans être en contradiction avec la *sharī'a* [433]. Ces normes doivent contenir un bilan, un compte de résultat, une présentation des flux de trésorerie (*cash flow*) et une synthèse des capitaux en circulation (sous forme de tableaux), ainsi que l'état relatif à la mission sociale de la banque, notamment pour la *zakāt*.

---

[430] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.*, p. 316 ; voir aussi Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 213 ; Maya BOUREGHDA, « Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle », in *La finance islamique à la française*, *op. cit.* p. 191.

[431] Depuis 2005, l'IFRS sert de référentiel en matière comptable pour l'ensemble des sociétés côtées sur le marché financier.

[432] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : analyse des produits financiers islamiques*, Haute école de gestion de Genève, 2008, pp. 61-62.

[433] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financemet et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 99. L'AAOIFI a édité 88 normes : 48 sur la *sharī'a*, 28 comptables, 5 normes d'audit, 7 de gouvernance et de codes de déontologie. Azzouz ELHAMMA, « La compatibilité des produits financiers islamiques : Normes AAOIFI vs. IFRS », *Revue de Management et de Stratégie*, 1-2, 2015, pp. 10-22. Doc. Disponible sur le site https://www.revue-rms.fr/attachment/543094/ (consulté le 23 juin 2016).

Ce travail engagé par l'AAOIFI s'est traduit par la publication de standards contenant des normes comptables, des normes d'audit, des normes de gouvernance ainsi que des dispositions relatives à la déontologie [434], reconnues et acceptées par les acteurs de la finance islamique [435].

Ces standards ont été soumis à l'avis des comités de l'Organisation réunissant toutes les conditions de représentativité, tant géographique que doctrinale [436]. Ils ont été débatus publiquement par différentes parties régulatrices et par des institutions financières. Ils peuvent être intégrés dans les contrats, ou être rappelés, à l'occasion d'un litige, par le juge ou les arbitres internationaux à l'appui de leur décision.

Parmi les principes qui ont été dégagés on trouve en premier lieu la pertinence de l'information. Celle-ci doit avoir *« une valeur prédictive, vérifiable et disponible »* [437]. Le second principe porte sur la continuité de l'information apportant une représentation exacte de la réalité. Enfin, le principe d'intelligibilité, qui implique l'utilisation de textes accessibles, avec des intitulés significatifs et des illustrations appropriées (graphiques, tableaux, etc.) afin de pouvoir s'informer plus facilement. Ces principes tendent à *« améliorer le contrôle interne des institutions de la finance islamique ainsi que leur transparence financière et commptable »* [438]. Ils permettent, en tout cas, de tracer des orientations précises en matière de gouvernance, de transparence et de procédures de conformité à la *sharī'a* pour les théologiens (*'Ūlamā*) et pour les destinataires internes et externes [439].

Notons que plusieurs pays ont adopté ces standards qui viennent compléter les normes internationales d'information financière.

---

[434] Depuis sa création, l'AAOIFI a publié 88 normes : 48 portant sur la *sharī'a*, 26 relatives aux règles comptables, 5 normes d'audit, 7 visant la gouvernance et 2 codes de déontologie.

[435] Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique », *op. cit.,* p. 72.

[436] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 153.

[437] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financemet et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 103.

[438] François GUÉRANGER, Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit., p. 245.

[439] Munirudden LALLMAHAMOOD, « La gestion du ribâ (intérêt) en l'absence de banques islamiques dans une communauté musulmane minoritaire : une étude exploratoire des pratiques des musulmans à Maurice », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, p. 135.

Reste à préciser que les standards proposés par l'AAOIFI ne sont pas obligatoires, même s'il faut convenir que cette Organisation semble bénéficier d'une *« légitimité internationale »* [440] et que les institutions financières, en raison noramment de leur idéologie islamique, sont censées respecter l'application des normes édictées par cet organe de contrôle.

Par ailleurs, selon certains auteurs, il paraît que les normes propres à la finance islamique ne se distingue pas véritablement du *« cadre conceptuel des normes internationales »*. Cela a pour effet de rendre *« la comparabilité des bilans bancaires islamiques et conventionnelles particulièrement difficile pour les non-spécialistes »* [441].

Il convient d'ajouter que l'AAOIFI n'apporte pas de précisions claires concernant les fenêtres islamiques. À ce sujet, *La Dubaï Financial Services Authority*, par exemple, a souligné qu'*« une compagnie disposant des autorisations lui permettant d'avoir une fenêtre d'activité en Finance Islamique doit, dans la mesure du possible, mener une revue interne de conformité à la Charia en accord avec les règles AAOIFI. Elle doit par ailleurs documenter les parties de cette revue de conformité à la Charia qui ne sont pas conformes aux règles »* [442].

D'aucuns soulignent également une autre difficulté tenant au caractère hybride de l'AAOIFI qui se dégage de son double rôle dans le mode de fonctionnement de la finance islamique : en effet, cette Organisation est un outil de contrôle et de surveillance de la finance islamique et de sa conformité avec la *sharī'a* et en même temps un instrument d'unification des normes en tentant de poser les premières pierres d'un système de contrôle comptable unique et unifié [443].

---

[440] Mohamed Talal LAHLOU, « La règle de la récupération et ses fondements jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 60.

[441] Lilla GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit., p*. 26.

[442] *Global systemically important financial institutions* (GSIFI) n° 3. Cité par Muniruddeen LALLMAHAMOOD, « La gestion du ribâ (intérêt) en l'absence de banques islamiques… », *op. cit*., p. 135.

[443] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.* p. 316.

Ces faiblesses ne doivent pas ignorer que le processus d'harmonisation des normes en matière de finance islamique vient juste de démarrer et de ce fait, les divergences d'interprétation des règles de la *sharī'a* sont bien réelles, chaque banque islamique calquant ses principes de gouvernance en fonction de son appartenance doctrinale.

Cela étant, l'intervention de l'AAOIFI apparaît comme une entreprise ambitieuse de contrôle et d'harmonisation des normes, prenant en considération diverses zones géographiques et des approches doctrinales variées [444]. De ce point de vue, elle constitue un progrès dans la voie d'unification du système financier islamique. À titre d'illustration, l'AAOIFI a retenu le principe qu'un *« contrat ne prend fin que dans quatre cas : le premier consiste en le désistement d'une des parties en accord avec l'autre partie. Le deuxième cas est que le projet du contrat souffre de lourdes pertes, le troisième cas est la fin de la période négociée, et le quatrième consiste en le décès de l'entrepreneur »* [445]. Notons aussi que c'est l'AAOIFI qui a recommandé la création de comités de surveillance de la *sharī'a* dans toutes les institutions financières [446].

À la lumière de ces considérations, on constate bien que la finance islamique est soumise à une étroite surveillance, les pratiques bancaires doivent être conformes aux principes de la *sharī'a* , et dans cette perspective, les standards de l'AAOIFI *« font office de référence (…) du fait qu'un nombre significatif de banques centrales et de banques islamiques en sont membres (il y a 191 membres dont 54 régulateurs et superviseurs nationaux) »* [447], mais il ne faut pas se cacher que ce type de finance présente de nombreuses zones d'ombre qui soulèvent des interrogations légitimes. Toutefois, la conjugaison des principes adoptés par la finance islamique (adossement à un actif réel, partage des pertes et des profits, ainsi que le contrôle étroit exercé par divers organismes) pourrait justifier son essor fulgurant ces dernières décennies.

---

[444] Georges AFFAKI, « *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif* », *op. cit.*, p. 157.

[445] Salah ABERKANE, « La moudaraba, analyse compartive », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° spécial, 2015, p. 25.

[446] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.*, p. 245.

[447] *Islamic Finance Advisory and Assurance Services* (IFAAS), *Étude sur la revue du cadre réglementaire du système financier en vigueur pour le développement de la finance islamique au sein de l'UEMOA*, Finance islamique, Rapport 2011-2012, p. 32.

Chapitre 2

L'EXPANSION DE LA FINANCE ISLAMIQUE

La finance islamique s'intègre dans un paysage économique où le référent religieux semble imparable. Tant dans ses sources que dans ses principes, elle paraît en effet dégager une attitude conforme à la *sharī'a* prônant l'éthique dans les transactions. À ce propos, nous avons montré que cette tendance n'était pas nouvelle en soi, puisque déjà contenue dans les préceptes coraniques. Partant de ce constat, des auteurs ont pris soin de mettre en garde contre une *« idée reçue selon laquelle la finance islamique serait une création récente »* [448]. On préfère plutôt parler d'une *« résurgence d'un ensemble de pratiques commerciales et financières qui étaient utilisées autrefois par les marchands sur les grands axes reliant les places commerciales d'Afrique et des pays arabes »* [449]. Il est possible d'admettre que les pratiques financières islamiques remontent assez loin dans le temps [450]. D'ailleurs, comment peut-il en être autrement, étant donné que toute communauté est fondée sur l'échange. C'est là une question de survie du groupe. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que nous avons aujourd'hui affaire à des banques insérées dans un environnement mondial qui n'a pas son équivalent dans les sociétés musulmanes d'antan. Par conséquent, les défis et les enjeux ne sont pas les mêmes. En tout cas, de nos jours, les acteurs de la finance islamique doivent non seulement revitaliser des pratiques anciennes dans un contexte international contraignant, mais ils doivent en plus s'adapter en inventant de nouvelles techniques et de nouveaux produits financiers pour répondre à leur clientèle. Dans cette limite, la finance islamique reste une entité relativement tardive. Néanmoins, elle a réussi à susciter l'intérêt d'un grand nombre de pays et à créer une certaine dynamique auprès des banques de tout horizon, d'où l'utilité de se pencher sur son parcours, à la fois exceptionnel (Section 1) et assez paradoxal (Section 2).

---

[448] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.* p. 41.

[449] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 15.

[450] Voir André MARTENS, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », *op. cit.,* p. 480.

Section 1. Le parcours exceptionnel de la finance islamique

La finance islamique concerne en priorité la communauté musulmane en quête d'instruments financiers conformes à ses convictions religieuses, mais elle semble toutefois accessible à toute personne ou institution *« convaincue de ses mérites économiques, financiers ou sociaux »* [451]. Ce constat nous incite à donner un aperçu historique de la finance islamique (§ 1) qui devrait nous aider à se forger une idée sur son état actuel (§ 2).

§ 1. Un bref aperçu historique

La finance islamique est encore à ses premières phases d'élaboration et fait donc l'objet d'évaluation constante due à l'évolution de la notion elle-même [452]. De ce point de vue, il est possible de suggérer que le système bancaire islamique est au stade de balbutiement, qu'il est en train de se chercher.

Bien qu'elle soit toujours en quête d'affirmation, car apparue dans les années 1960, sur une petite échelle [453] (A), la finance islamique a connu un véritable tournant trois décennies plus tard [454] (B)

A. L'apparition relativement récente de la finance islamique

Au-delà de ses principes théoriques, fondés sur l'équité, la solidarité et prenant comme support l'économie réelle, à vrai dire, la finalité fondamentale de la finance islamique *« n'est pas véritablement conceptualisée »* [455]. Cela étant, lorsqu'on scrute ses premiers pas, depuis sa naissance au début des années 1960 [456] en Égypte avec la

---

[451] Rida SAADALLAH, « Finance islamique et Développement », *op. cit.*, p. 4.

[452] Munawar IQBAL, Ausaf AHMAD, Tariqullah KHAN (dir.), *Défis au système bancaire islamique*, *op. cit.* p. 11.

[453] On estime que *« la plupart des premiers essais bancaires islamiques ont été effectués grâce à l'initiative individuelle avec des gouvernements ne jouant aucun rôle ou du moins adoptant un rôle passif »* (*ibid*., p. 16).

[454] Le bond réalisé par le système financier islamique est, en partie, dû à l'encouragement des gouvernements de certains pays musulmans (Arabie Saoudite, Malaisie, Soudan, Iran...).

[455] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique solidaire », *op. cit.,* p. 84.

[456] Avant cette période, il paraît que certains penseurs et banquiers avaient tenté d'utiliser certains produits islamiques dans des opérations de financement, sans que cette initiative ait atteint le niveau

mise en place de la banque *Mit Ghamr*, mettant l'accent sur le volet solidarité, on constate que l'idée est de permettre à une clientèle défavorisée du monde rural de bénéficier d'une banque lui attribuant des fonds et assistance [457]. Aussi, le principe qui a guidé à la formation de cette première banque islamique est l'absence d'intérêt dans l'octroi des prêts [458].

L'expérience égyptienne [459] a impulsé une dynamique, aboutissant à la création de nombreuses autres banques fonctionnant selon le principe de charité. Rappelons à ce sujet l'exemple de la *Nasser Social Bank* offrant, à partir de 1971, des prêts sans intérêts aux populations égyptiennes marginalisées. Financée par une taxe de 2%, prélevée sur les bénéfices nets des entreprises publiques, cette banque a mis à la disposition de ses clients les plus démunis un « fonds d'assurance sociale ». Elle a pris aussi à sa charge le financement de certaines activités charitables comme le pèlerinage à la Mecque [460].

Cet aspect éthique de la finance s'est par la suite répandu atteignant une grande partie du monde musulman. Cette extension a pris appui sur la crise pétrolière de 1973 qui a permis aux pays du Golfe membres de l'OPEP d'accumuler de gros capitaux. C'est d'ailleurs dans ce contexte de crise que furent créées les premières véritables banques islamiques offrant sur le marché des produits financiers conformes aux exigences de la *sharī'a*. Ainsi, c'est lors du sommet de Lahore de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI), que fut mise en place en 1975 la Banque Islamique de Développement (BID) à Djeddah, en Arabie Saoudite. Institution intergouvernementale [461], cette banque s'est donnée pour objectif le financement de projets d'investissements et de

---

d'une véritable industrie financière. Voir sur ce point, Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et finance en islam, op. cit.,* 34 ; Mohammad Nejatullah SIDDIQ « Islamic Banking and Finance in theory and practice : A survey of state of art », *Islamic Economic Studies*, vol. 13, n° 2, 2006. Texte disponible sur le site : http://www.irti.org/English/Research/Documents/IES/090.pdf (consulté le 29 juin 2014).

[457] Gérard BRAYER (coord.*), La finance islamique : l'autre finance*, *op. cit.,* p. 14.

[458] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.,* p. 42.

[459] La banque *Mit Ghamr* a été dissoute par le régime nassérien en 1967. Sur cette expérience, voir SID AHMED, « Finance islamique et développement », *Revue Tiers-Monde*, t. XXII, octobre-décembre 1982.

[460] Voir sur ce point, Malik NEKAA, « Pour une finance islamique solidaire », *op. cit.,* p. 84.

[461] Voir Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 21.

développement régional grâce à des prêts n'utilisant pas le *ribā* [462]. Peu de temps après, les Émirats Arabes Unis créent la première banque privée, *Dubaï Islamic Bank* (1977), puis en 1979, ce fut la création de *Bahrein Islamic Bank* (BIB) [463].

À partir de ces premières expériences, le phénomène va s'étendre pour toucher, à des degrés divers, un grand nombre de pays musulmans [464]. Le regain de vitalité de la religion islamique à partir des années 80 va contribuer à cet essor [465], stimulé en cela par une forte demande de services financiers conformes à la *sharī'a*. On peut citer à ce titre la première tentative qui aurait eu un véritable intérêt en Occident ; celle de la création du groupe *Dar Al Māl Al Islami* (DMI), dont le prince Muhammad Ben Fayçal était parmi les fondateurs. Il convient de noter aussi la mise en place en Malaisie (1983) de la première banque « conforme » à la *sharī'a* : *Bank Islam Malaysia* [466].

Mais l'événement majeur reste la création de deux groupements bancaires à dimension internationale ; il s'agit du groupe *Al Rajhi* et du groupe *al-Baraka*, tous deux d'origine saoudienne. Ce développement permet de parler de mutation de la finance islamique, en ce sens que si les années 1970 ont été celles de la prise de conscience de la solidarité financière islamique, les années 1980 viennent concrétiser la volonté de dépassement des États à travers la création de groupes islamiques internationaux [467]. En même temps, certains pays comme le Pakistan (1979), le Soudan ou encore l'Iran (1983), annoncent une « islamisation » intégrale de leurs systèmes financiers.

---

[462] Pour plus de détails sur la BID, voir *supra*, pp. 110-114.

[463] On assiste au courant des années 1970 à l'émergence de structures financières réunissant les pays de l'OCI et mettant l'accent sur la solidarité internationale de la communauté musulmane. C'est dans cet esprit que fut créée en 1977 *l'Association internationale des banques islamiques* (AIBI).

[464] Mohammed AL QORCHI, « La finance islamique est en marche », *Finances et Développement*, décembre 2005, pp. 46-49.

[465] Sur le lien entre le renouveau de l'islam et l'intérêt porté à la finance islamique, voir Hamid ALGABID, *Les banques islamiques*, *op. cit*., p. 228 ; Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermadiation financière participative des banques islamiques », *op. cit*., p. 15.

[466] Voir Brian KETTEL, *Islamic Finance in a nutshell : A guide for non-specialists*, Chichester, John Wiley & Sons, 2010.

[467] Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et finance en islam*, *op. cit.,* p. 113.

Ce mouvement va se poursuivre et l'on assiste surtout à l'apparition de banques islamiques nationales qui attirent la curiosité des spécialistes. L'accent est notamment mis sur leur solidité. C'est ce qui ressort de certaines études relatives à la période 1980-1986 affirmant que la croissance des banques islamiques était globalement dans un état meilleur que celui des banques classiques [468]. Aussi il a été soutenu que les premières institutions bancaires islamiques *« sont devenues maintenant mûres et ont achevé un degré considérable de succès en termes de pénétration du marché. Ceci est le fait le plus remarquable étant donné que sur les marchés dans lesquels elles sont établies, il y avait déjà des banques commerciales bien développées »* [469].

On rapporte par ailleurs qu'au milieu des années 1980 près de cinquante banques traditionnelles offrent des produits « islamiques » [470]. Il faut convenir que l'expansion de la finance islamique n'a pas tardé à gagner des banques occidentales. Dans un premier temps, ces banques conventionnelles vont ouvrir des « départements islamiques » dans les pays musulmans, à l'exemple de HSBC, Deutsche Bank, Citigroup, Crédit Agricole, BNP Paribas, Calyon, Société Générale…

Poussées par la volonté de séduire les investisseurs musulmans et de récupérer des pétrodollars, les établissements bancaires occidentaux vont ensuite créer leur propre banque islamique. En effet, certaines banques étrangères ont manifesté très tôt leur intérêt pour cette « finance alternative », en introduisant sur le marché des produits financiers compatibles avec les principes de l'islam et en ouvrant des guichets, voire des filiales islamiques [471]. C'est le cas, en particulier, du Royaume-Uni dont les banques (*Lloyds*, *Barclays*…) ont été parmi les premières à intégrer la finance islamique avec la commercialisation sur le territoire national de produits « éthiques » [472].

---

[468] Voir Volker NIENHAUS « The Performance of Islamic Banks : Trends and Cases », in Chibli MALLAT, *Islamic Law and Finance*, Graham &Trotman, Université du Michigan, 1988, pp. 83-122.

[469] Munawar IQBAL et autres, *Défis au système bancaire islamique*, *op*. *cit*., p. 17.

[470] Brian KETTEL, *Islamic Finance in a nutshell : A guide for non-specialists, op. cit.,* p. 76.

[471] Voir Ahmed BELOUAFI et Abderrazak BELABES, « Islamic Finance In Europe : The Regulatory, Challenge », *Islamic Economic Studies*, vol. 17, n° 2, January 2010, pp. 33-53. Texte disponible sur le site : http://www.irti.org/English/Research/Documents/IES/068.pdf (consulté le 6 juillet 2014).

[472] Frédéric COSTE, « L'émergence de la finance islamique aux États-Unis et en Angleterre », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française, op. cit.,* pp. 127-144.

Prenant acte de ce phénomène, certains auteurs tiennent à rappeler que l'entrée de ces banques conventionnelle sur ce marché constitue en elle-même *« une preuve incontestable de la viabilité du système bancaire islamique »* [473]. Cette opinion est partagée par un grand nombre de spécialistes de la finance islamique pour qui *« le succès du système bancaire islamique se reflète par le fait que plusieurs banques commerciales conventionnelles offrent actuellement à leurs clients des services financiers islamiques »* [474].

Toutefois, cette extension de la finance islamique au-delà du lieu où elle est née, exige quelques précisions : les pays européens ont adopté des approches différentes concernant les changements introduits dans leur législation bancaire. Pour les uns, comme le Royaume-Uni, la règle observée est le « *changement minimal* » reposant sur le pragmatisme qui consiste à ne pas créer d'obstacles à la mise en place de la finance islamique, sans élaborer toutefois des incitations particulières d'encouragement. Pour d'autres pays, tels que l'Italie, la règle est celle de suivre l'évolution du marché et d'attendre ; c'est l'approche dite « *wait and see* », donnant néanmoins toute latitude aux forces du marché d'orienter l'initiative des banques [475].

Il résulte de ces brèves remarques que si le point de départ de la finance islamique se situe dans des pays musulmans, les pays occidentaux ne sont pas restés à l'écart de l'essor de cette finance. Il faut souligner que depuis les années 1980 la corrélation entre les marchés financiers n'a cessé d'augmenter, du fait de l'intégration avérée des différentes places financières. À cela s'ajoute un contexte économique marqué par l'application d'un libéralisme décomplexé de la part de certains États musulmans, notamment en Turquie avec le gouvernement Özal (1983) et en Égypte connaissant avec Sadate une période dite de l'*infitah* (ouverture). Dans ce cadre, les banques islamiques ont mis à profit une idéologie plus rationaliste que traditionnelle [476].

---

[473] Munawar IQBAL et autres, *Défis au système bancaire islamique*, *op. cit.*, p. 17.

[474] Fahim KHAN (ed.), *Islamic Financial Institution*, IIRT, 1995.

[475] Kader YAHIA, « La finance islamique au Royaume-Uni : quel coût pour le consommateur ? Étude comparative avec la finance classique », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, p. 31.

[476] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.,* p. 44.

Nous devons aussi faire état de l'afflux massif des liquidités, issu de ressources pétrolières, incitant les investisseurs à trouver de nouveaux types de placements ; ce qui a eu pour effet l'expansion des marchés de la finance conformes à la *sharī'a*. Mais le grand envol de ce segment de la finance internationale intervient à partir des années 1990.

B. L'essor fulgurant de la finance islamique

La finance islamique a connu indiscutablement un grand essor au cours des trois dernières décennies [477]. Dès 1990, le volume des transactions financées par le biais des techniques bancaires islamiques est devenu significatif. Une estimation réalisée durant cette période donne un chiffre de l'ordre de cinquante milliards de dollars [478]. Une autre, faite en 1995, évalue le volume des transactions à caractère islamique à 60, voire 80 milliards de dollars avec une croissance de 15% par an [479].

On a recensé à peu près 90 institutions bancaires et financières islamiques relevant du secteur privé (en dehors de celles de certains pays comme le Pakistan, l'Iran et le Soudan où l'ensemble de l'activité bancaire a été islamisé). Le total des actifs de ces institutions est disparate, réparti en effet sur plusieurs pays et continents, comme le montre le tableau ci-dessous :

Tableau 3 : Institutions bancaires islamiques par région (1996)

Régions	Nombre d'institutions	%
Asie du Sud et du Sud Est	36	42,4
Pays du Golfe	19	22,4
Autres pays du Moyen-Orient	13	15,3
Afrique	9	10,6
Europe et Amérique	8	9
Total	85	100

Source : Répertoire des banques et institutions financières islamiques, Association Internationale des Banques Islamiques, Jeddah, 1996.

[477] Voir le Rapport de l'UK, « Islamic Finance Secretariat », mars 2012, disponible sur le site : http://www.londonstockexchange.com/specialist-issuers/islamic/downloads/city-uk-if-2012.pdf (consulté le 9 juillet 2014).

[478] *New Horizons*, janvier 1993, p. 5.

[479] *Financial Times*, novembre 28, 1995.

Le même constat peut être relevé à propos des fonds gérés par ces institutions financières islamiques :

Tableau 4 : Fonds gérés par les institutions financières islamiques par région,1996 (En milliards de dollars)

Régions	Fonds gérés	%
Asie du Sud et du Sud Est	2.250,7	8,2
Pays du Golfe	17.834,5	64,7
Autres pays du Moyen	5.430,1	19,7
Afrique	334,5	1,2
Europe et Amérique	1.723,0	6,2
Total	27.573	100

Source : Répertoire des banques et institutions financières islamiques, Association Internationale des Banques Islamiques, Jeddah, 1996.

Il ressort de ce tableau qu'une grande partie de l'activité bancaire islamique se trouve désormais *« concentrée au Moyen-Orient, particulièrement dans les pays du Golfe »* producteurs de pétrole [480] et précurseurs incontestés de l'industrie financière islamique avec d'autres pays comme le Pakistan, l'Iran, le Soudan et la Malaisie.

La zone moyenne-orientale dispose en tout cas *« d'environ 84% du total des fonds gérés par les institutions financières islamiques »* [481].

Cet essor résulte certainement de la recherche d'une solution propre à l'Islam face aux problèmes du sous-développement. Dans cet esprit, il est généralement reproché aux banques dites conventionnelles d'avoir peu contribué à l'amélioration économique des pays musulmans. Cette remarque prend sens lorsqu'on sait que la plupart des établissements bancaires à dimension islamique *« se sont, pour un temps, établies dans des pays arabes pauvres comme l'Égypte, le Soudan ou la Jordanie »* [482].

---

[480] Munawar IQBAL et autres, *Défis au système bancaire islamique*, *op. cit.*, p. 20 ;

[481] *Idem*.

[482] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière, op. cit.,* p. 44.

Reste que l'explication la plus pertinente de l'expansion des banques islamiques réside dans la libéralisation accélérée des économies et dans la dépendance croissante des marchés financiers qui pousse les investisseurs à chercher de « nouveaux relais de diversification » du financement. C'est autrement dire que l'extension accélérée de l'industrie financière islamique s'inscrit dans un contexte particulier désigné par un mot devenu courant : la mondialisation [483].

À travers ce vocable, on entend cerner la mobilité accrue des biens, des services, des personnes, des capitaux et de l'information sous toutes ses formes [484].

Pour être plus précis, disons que la mondialisation peut se lire à travers un certain nombre de facteurs :

- En moyenne, le taux de croissance du commerce mondial a dépassé de loin le taux de croissance du PIB mondial. La somme des exportations mondiales se chiffrent à près de 5000 milliards de dollars en 1995. L'essentiel des échanges se fait entre pays développés (56%). En produits, les exportations mondiales ont enregistré une prépondérance des articles manufacturés (70% des exportations mondiales).

- Les échanges des services sont également touchés par la mondialisation. Ils représentent 1200 milliards de dollars en 1995. Les principaux services échangés sont les services bancaires et financiers (37% du volume total des échanges), les transports de marchandises (33%) et des personnes (30%) [485].

---

[483] La mondialisation est désormais invoquée de manière systématique, et l'importance du concept est devenue un sujet de débat au sein de nombreuses sciences sociales, économiques, politiques, historiques, géographiques et juridiques. Sur les différents sens de la mondialisation, voir notamment Charles-Albert MICHALET, *Mondialisation, la grande rupture*, Paris, La Découverte, 2007 ; Christian GRATALOUP, *Géohistoire de la mondialisation*, Paris, éd. A. Colin, 2007 ; Philippe CADÈNE (dir.), *La mondialisation : l'intégration des pays en développement*, Paris, SEDES, 2007 ; Jérôme LOMBARD, Évelyne MESCLIER, Sébastien VELUT, *La mondialisation côté Sud : acteurs et territoires*, Paris, Institut de recherche pour le développement, 2006.

[484] On considère que la mondialisation touche à la fois le monde de la finance, de la production, de la recherche et du développement, de la technologie, de la consommation, de la culture. Il en découle une intégration économique et financière qui augmente l'interdépendance entre les pays, et des impacts transfrontaliers accrus de politiques nationales. D'où la mise en commun de compétences pour traiter de problèmes « sans frontières », comme par exemple la question de l'environnement. Voir Le Groupe de Lisbonne, *Les limites de la concurrence*, Montréal, Boréal, 1995.

[485] Maxime LEFEBVRE, *Le jeu du droit et de la puissance,* Paris, PUF, 2e éd., 2000, p. 224.

- Cette évolution est soutenue par les formidables progrès réalisés au niveau de la révolution technologique, dont les développements multiples et rapides auront permis de faire de la communication l'élément le plus mobile de la planète, et ce n'est pas un hasard si l'accès instantané à l'information avait suggéré à certains l'idée de « village planétaire » [486]. En effet, l'une des caractéristiques de la mondialisation est de pouvoir naviguer en quelques minutes dans le monde par le biais d'Internet. Les frontières s'avèrent ici impuissantes à endiguer les flux transnationaux d'informations [487].

Mais c'est au niveau financier que la mondialisation paraît la plus spectaculaire [488]. Le développement des marchés financiers qui a démarré dès avant la seconde guerre mondiale avait au départ des finalités commerciales. Plus tard, les déséquilibres financiers suscités par les deux premiers chocs pétroliers (1973 et 1979) [489], conjugués aux « fluctuations monétaires », après l'effondrement du dollar [490], ont entraîné un essor du marché de « capitaux flottants » [491].

---

[486] Arnaud ACHARIE (dir.), *Le bateau ivre de la mondialisation, escales au sein du village planétaire*, Paris, éd. Syllepse, 2000.

[487] Voir Georges A. LEBEL, « La mondialisation, une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques », in François CRÉPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, *1997,* p. 21.

[488] Sur ce plan, c'est le terme « globalisation » qui est privilégié. C'est bien ce que suggère cette analyse considérant que le mot *« globalisation », terme anglais et protéiforme, « désigne la convergence des marchés mondiaux, la forme de gestion intégrée des firmes à l'échelle mondiale, le processus à travers lequel les firmes multinationales définissent des règles du jeu échappant aux régulations nationales ou encore un processus opérant directement à l'échelle transnationale »* (Philippe HUGON, in Michel BEAUD, Olivier DOLLFUS, et al. *Mondialisation, les mots et les choses*, Paris, Karthala, 1999, pp. 209-210). Ainsi compris, le mot globalisation évoque autre chose que lorsqu'on parle de mondialisation. (Sur la distinction entre les deux termes, voir André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 21-28 ; Isabelle HANNEQUART, *Science et conscience de la mondialisation*, Paris, L'Harmattan, 2006). Reste qu'au fond, les deux mots « globalisation-mondialisation » insistent sur ce qui paraît être la principale nouveauté économique : les phénomènes d'intégration à grande échelle. Au lieu d'avoir des fonctionnements économiques juxtaposés, les processus naissants semblent conduire à des intégrations transnationales, les évolutions économiques deviennent globales et mondiales.

[489] On attribue le premier choc pétrolier à l'abandon du système monétaire international de Bretton Woods, (1971) et à l'embargo sur l'exportation du pétrole lors de la guerre arabo-israélien de 1973. Le second choc pétrolier est dû aux effets conjugués de la Révolution iranienne (1979) et de la guerre Iran-Irak (1980). Dans les deux cas, on assiste à une augmentation massive des prix du pétrole.

[490] De 1973 à 1979, le dollar avait perdu près de 50% de sa valeur.

[491] Après l'écroulement des taux de change fixe en 1973, tous les grands pays avaient mis leur monnaie en « flottement » pour ralentir l'entrée massive de dollar. C'est à ce propos qu'a été utilisée la formule « capitaux flottants ».

Sauf que c'est dans les années 1990 que l'on assiste à une véritable accélération de l'activité financière et ce à la faveur de la mondialisation entraînant dans son sillage la déréglementation des marchés financiers [492], facilitant considérablement la mobilité des capitaux [493]. De fait, le flux quotidien des liquidités en circulation se monte à 1000 milliards de dollars, presque le PNB d'un pays comme la France.

Cette libéralisation va permettre l'internationalisation du capital, c'est-à-dire son affranchissement des conditions locales de sa production théorique et sa mobilisation qui, une fois réalisée, n'est plus aucunement reliée aux conditions industrielles traditionnelles de production des biens, géographiquement situées dans un État particulier avec des ressources particulières, dans des usines particulières avec des ouvriers particuliers. En un mot, le capital n'est plus national, mais mondial, affranchi des contraintes et réglementations étatiques [494].

Dans cette perspective tous les pays sont concernés ; ils sont de plus en plus interdépendants. Il suffit d'observer l'amplitude de la circulation des capitaux et le fonctionnement des marchés boursiers, leurs variations journalières, pour prendre la mesure de l'intensité de ce qu'il est convenu d'appeler l'« interdépendance ». Celle-ci a commencé à faire sentir ses effets au tournant du millénaire, lorsque le « double déficit » américain (déficit budgétaire et commercial) s'est creusé, pendant que les pays dits émergents (et les BRIC - Brésil, Russie, Inde et Chine - en particulier) avaient accumulé des réserves de change dues à la proportion de l'amélioration de leur compétitivité industrielle. De leur côté, les pays producteurs de matières premières ont profité de la hausse des prix de ces produits, tirés par la forte croissance mondiale, ont, eux aussi, accumulé des réserves de change année après année.

---

[492] Depuis la fin des années 80, la déréglementation est à l'ordre du jour et les pouvoirs publics ont renoncé à contrôler les mouvements des capitaux.

[493] À titre d'illustration, les placements financiers des fonds de pensions aux États-Unis ont été multipliés par deux entre 1988 et 1993, passant de 3 900 milliards de dollars à 6 900 milliards. Voir Charles Albert MICHALET, *Le capitalisme mondial*, Paris, PUF, 2ème édition, 1985.

[494] Voir Ricardo PETRELLA, *« Les limites de la compétitivité ; vers un nouveau contrat mondial »*, Groupe de Lisbonne, Montréal, 1995 ; v. aussi Lobna BOUSRIH et Mohamed TRABELSI, « Libéralisation financière, développement financier et crises bancaires : le rôle du capital social », *Revue d'Économie financière*, vol. 81, sept. 2005, pp. 83-106 ; Yves BOQUET, *La mondialisation organisée en système*, éditions universitaires de Dijon, 2018.

Ce double déséquilibre s'est, pendant quelques années, neutralisé, les excédents des uns (les pays émergents et les pays pétroliers) servant à financer le déficit des autres (principalement les États-Unis). Mais c'était un équilibre précaire qui sera mis à rude épreuve après les attentats du 11 septembre 2001 dont l'effet prévisible est le rapatriement des fonds placés aux États-Unis vers leurs pays d'origine. Comme l'explique Causse-Broquet, cette crise *« a été un déclencheur car les ressortissants des pays du Golfe, qui avaient déposé leurs fonds dans des pays étrangers, craignant le gel de leurs avoirs, les ont en partie rapatriés. Ce mouvement de fonds a coïncidé avec une augmentation du prix du pétrole et une augmentation du volume de sa production. L'effet conjugué de ces évènements fut l'accumulation d'une masse de liquidités qui a été à l'origine de la progression de la finance islamique »* [495].

Ainsi, l'attentat perpétré contre les *Twin Towers* a contribué à mettre au jour la vulnérabilité d'un certain nombre de fonds d'investissement islamiques, se limitant jusque-là à placer l'essentiel de leurs capitaux dans les grandes banques américaines. Il a du même coup contribué au développement de la finance islamique.

Plus importante encore a été la crise immobilière dite des *subprimes*, qui est, en fait, une crise bien plus profonde.

Cette crise a suscité la crainte d'un ralentissement durable, voire d'une stagnation de l'économie, avec tous les risques que cette situation pourrait entraîner au niveau de l'augmentation du déficit budgétaire du pays. Cette crainte apparaissait d'autant plus légitime que la crise, bancaire au départ, financière par la suite, pourrait avoir des répercussions sur l'économie réelle, notamment sur les pays en développement dont la croissance reposait sur les exportations vers les pays du Nord. Or, l'affaiblissement constaté de la croissance des pays émergents qui ne disposent pas d'un marché intérieur capable de se substituer à une économie d'exportation, aura pour effet une capacité négligeable de ces pays à doper la croissance mondiale et à assurer l'équilibre des flux financiers mondiaux (épargne, investissement). En conséquence, un nouvel équilibre financier international devrait être envisagé.

---

[495] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 22.

En tout cas, depuis la crise des *subprimes*, les produits financiers conventionnels, fondés *« sur le développement des activités de marché, en particulier des activités de titrisation »* [496], ont été sévèrement critiqués à cause des risques excessifs adoptés par les banques essentiellement à travers les produits financiers dits « toxiques ». On peut lire dans ce sens : *« la crise (…) a démontré que la finance de marché après avoir dopé l'économie en faisant afficher des performances artificielles, entraîne une crise économique et sociale dont l'ampleur reste encore à évaluer »* [497].

Il est vrai que la production et la circulation accrue du capital, favorisée par la mondialisation, n'a pas toujours été synonyme de production de la richesse, car elle n'est plus liée aux conditions de la production matérielle ; il y a en fait découplage de la productivité du capital et de la production des biens. Ce phénomène a donné lieu à une « économie virtuelle » avec des conséquences importantes [498].

La crise dite des « *subprimes* » est venue mettre en lumière cette mutation de la finance mondiale marquée par le comportement spéculatif des banques qui ont vendu sur le marché des titres créés à partir de prêts hypothécaires d'une valeur douteuse. L'effet immédiat fut un transfert du risque de ces créances aléatoires sur les banques acquéreuses des actifs, et une vulnérabilité croissante de l'industrie financière de plusieurs pays [499]. Les faillites de certains fonds d'investissement (*Leyne, Strauss-Kahn & Partners*), puis celles de grandes banques internationales (*Lehman Brothers*) et enfin la quasi-faillite de certains États (Grèce) le confirment, montrant de ce fait *« la faiblesse du système financier qui manque de beaucoup d'éthique et de moral »* [500].

---

[496] Voir à ce propos Rida SAADALLAH, « Finance islamique et Développement », *op. cit.*, p. 9.

[497] Georges BERLIO , « Le capitalisme occidental entre chocs pétroliers et crise financière », in Gérard BRAYER (coord.*), La finance islamique : l'autre finance*, *op. cit.*, pp. 49-50 ; Alain BIHR, *La novlangue néolibérale, la rhétorique du fétichisme capitaliste*, Lausanne, Paris, éd. Syllepse, 2017.

[498] La dématérialisation du capital, ou ce que l'on peut qualifier « d'économie virtuelle », amène notamment la disparition progressive du rapport de force salarial qui avait été l'un des moteurs essentiels de l'essor du capitalisme dans sa phase industrielle. Voir sur ce point Henri BOURGUINAT, *La tyrannie des marchés, essai sur l'économie virtuelle*, Paris, éd. Économica, 1995.

[499] Le FMI avait chiffré le coût de la crise à environ 1 billion de dollars dont plus de la moitié est due à l'exposition au secteur des « subprimes », *AFP*, 8 Avril 2008.

[500] Wafa KAMMOUN MASMOUDI et akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, *op. cit.*, p. 48.

Il est à noter que, dans ce contexte de crise internationale, bien que les banques islamiques n'aient pas été totalement épargnées, celles-ci auraient affiché néanmoins une forte résistance *« avec des taux de croissance moyens de 10 à 15%. Évalués à seulement 509 milliards de dollars en 2006, les actifs de la finance islamique ont plus que doublé en l'espace de cinq ans, atteignant 1289 milliards »* [501]. Donc, les banques islamiques se seraient montrées immunisées contre la contagion [502]. De là résulterait la curiosité des investisseurs et analystes financiers pour les principes de la finance islamique. On peut suggérer ici que la crise financière mondiale a fait naître et accroître l'attractivité de cette finance, fondée sur son potentiel supposé de stabilité.

Il a été dit précédemment que la finance islamique recommande le partage des profits et des pertes. Suivant ce principe, clients et institutions bancaires sont unis dans une même chaîne de risque et se répartissent solidairement les conséquences [503]. Cela conduit à un système économique jouissant d'un degré élevé de stabilité [504]. D'autant plus qu'il est convenu que la finance islamique est basée sur des crédits endossés à des actifs tangibles. De fait, la possibilité de vendre sans détenir l'objet de la transaction serait un mode de financement étranger au modèle islamique. C'est autrement affirmer que les opérations de « titrisation » à l'origine de la crise financière ne sont pas concevables dans un cadre régi par la *sharī'a* n'admettant pas de produits financiers « toxiques ». À cela s'ajoute l'interdiction du *gharār* et du *maīsir* qui mettent l'investissement à l'abri des pratiques purement spéculatives [505].

Ainsi, le pouvoir stabilisateur reconnu à la finance islamique confèrerait à cette dernière un attrait particulier, notamment en matière de politique de développement.

L'examen de l'état actuel de la finance islamique semble confirmer cette assertion.

---

[501] Kader YAHIA, « La finance islamique au Royaume-Uni … », *op. cit.*, p. 36.

[502] Voir à ce sujet l'éditorial du mensuel économique français *Challenges* du 11 septembre 2008.

[503] Ridha SAADALLAH, « Finance islamique et développement », *op. cit.,* p. 10.

[504] Laurent WEILL « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? Une analyse de la littérature empirique », *op. cit.*, pp. 22-23.

[505] Pour un aperçu détaillé sur ces questions, voir notamment Martin CIHAK et Heiko HESSE, « Islamic banks and financial stability : an empirical analysis », FMI, janvier 2008. Texte disponible sur le site : https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2008/wp0816.pdf (consulté le 4 septembre 2014).

§ 2. L'état actuel de la finance islamique

L'intérêt porté à la finance islamique et à ses principes reste dans une constante progression favorisée notamment par les capitaux du Golfe et par le climat de stabilité censé caractériser ce système (A). Il semble par ailleurs qu'en matière de financement, les modèles des banques islamiques se diversifient ; il n'existe pas aujourd'hui un système unique ou uniforme (B).

A. Un phénomène en constante progression

Au tournant du millénaire, la finance islamique se retrouve dans une multitude d'États. D'abord dans des pays qui fonctionnent exclusivement selon les préceptes du Coran, comme l'Iran, le Pakistan et le Soudan. Ensuite, dans plusieurs autres pays, on constate généralement une coexistence d'institutions financières inspirées par la religion musulmane et des structures financières classiques. C'est le cas de l'Indonésie, la Malaisie, la Tunisie, le Maroc, l'Algérie, le Liban, Bahreïn, le Koweït, le Qatar, l'Arabie Saoudite, l'Égypte, etc. Pratiquement, dans l'ensemble de ces pays, la finance islamique s'inscri *« dans une phase d'expansion accélérée »* [506].

Progressivement, ce type de finance a connu une évolution dans de nombreux pays occidentaux, notamment au Royaume-Uni avec Londres qui aspire à devenir *« le pôle occidental de la finance islamique »* [507], au Luxembourg ou encore, à un degré moindre, en Suisse et en France [508]. En tout cas, il semble avéré que plusieurs villes européennes cherchent à se constituer en plate-forme de la finance islamique. C'est le cas, par exemple, de Genève qui, à partir de 2006, s'est montrée *« particulièrement accueillante envers les banques islamiques (…) »* [509].

---

[506] Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française*, *op. cit.*, p. 9 ; voir aussi Michel RUIMY, *La finance islamique*, *op. cit.*, pp. 158-160.

[507] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 23.

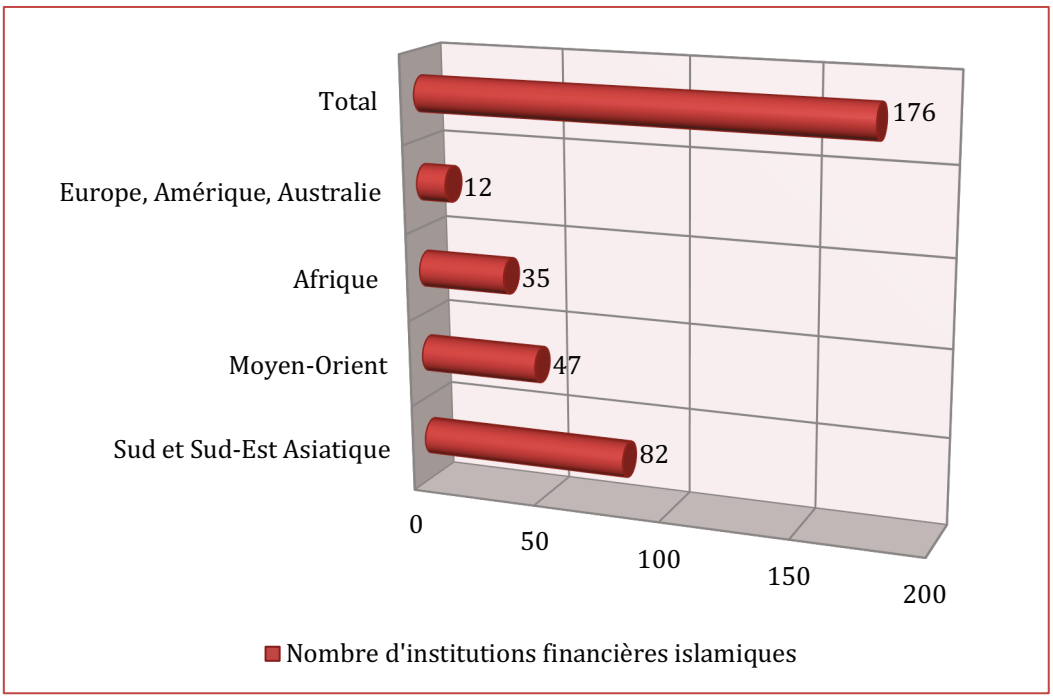
[508] Voir Gilles SAINT-MARC, « La finance islamique : un enjeu pour la France », in Gérard BRAYER (coord.) *La finance islamique : l'autre finance*, *op. cit.*, pp. 103-110 ; Lilla GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.,* pp. 15-19.

[509] Cette ouverture *« a permis à la première banque privée spécialisée dans la Finance Islamique, Faisal Private Bank, d'obtenir la licence bancaire ; aux deux banques des Émirats Arabes Unis, National Bank of abu Dhabi et Abu Dhabi Investment House, de s'implanter à leur tour à Genève en 2007 »,* Jean-Paul LARAMÉE, *La finance islamique à la française*, *op. cit.*, p. 9.

L'enjeu semble tellement important que d'autres grandes métropoles ont adopté la même attitude vis-à-vis du développement de la finance islamique. C'est ainsi que Hong-Kong cherche à devenir le centre névralgique de ce type de finance dans la région Asie-Pacifique. De son côté, Singapour a reconnu sa première banque islamique en 2007 et la Hongrie ambitionne de se situer comme un pôle de gravité de la finance islamique en Europe de l'Est [510].

Sur la base de ce constat, on s'accorde alors à souligner que l'industrie financière à caractère islamique a connu une extension exponentielle. Ainsi, si l'on considère ce phénomène par ordre chronologique, on observe qu'à la fin des années 70, le nombre de banques islamiques ne dépassait pas une dizaine. À peu près deux décennies plus tard, ce nombre aurait atteint 176 [511].

Graphique 1. Institutions financières islamiques à la fin des années 1990



On peut constater que dès la fin des années 1990, les institutions financières islamiques sont parvenues à s'implanter dans les cinq continents.

---

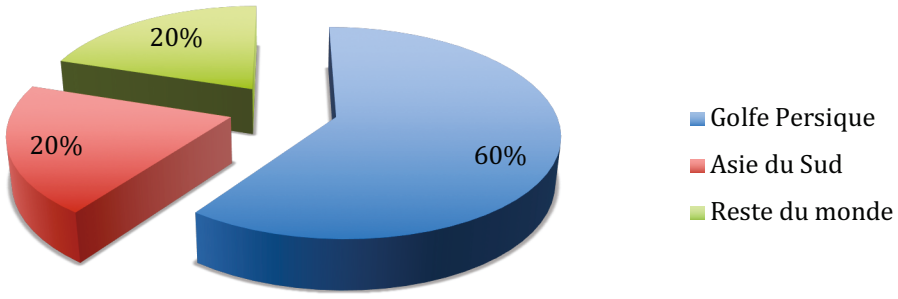
[510] Jean-Paul LARAMÉE, *La finance islamique à la française*, *op. cit.*, p. 9.

[511] Voir Mohammed BOUDJELAL, « Trois décennies de pratique bancaire : repenser la théorie des banques islamique », *op. cit.*, p. 35.

L'essentiel de cet essor de la finance islamique se concentre dans la région du Sud et du Sud-Est Asiatique qui compte à elle seule la moitié de banques. Cela pourrait s'expliquer par la croissance économique enregistrée dans cette partie du monde qui comprend des pays musulmans émergents tels que l'Indonésie et la Malaisie.

Maintenant, en termes d'actifs, il est à noter que la plus grosse part de l'activité bancaire à caractère islamique se situe dans la région du Moyen-Orient et des pays du Golfe producteurs de pétrole, avec un taux avoisinant les 60% [512].

Graphique 2. Distribution d'actifs par région à la fin de la décennie 1990



Source : Union Internationale des Banques Islamiques, Annuaire des Banques et Institutions Financières Islamiques, Djeddah, 1990.

De récentes études indiquent que le nombre de banques et institutions financières respectant les principes de la *sharī'a* continue de progresser : alors que l'ensemble des actifs financiers islamiques a été estimé à plus de 5 milliards de dollars dans les années 2000, il s'est élevé à plus de 930 milliards de dollars à la fin des années 2008 [513], soit

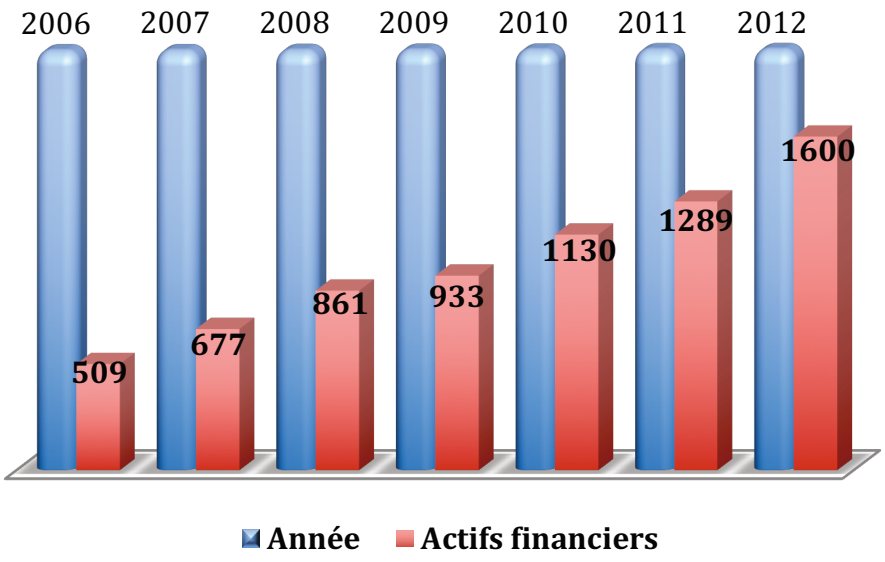
[512] Jarhi MABID et Munawar IQBAL, « Banques islamiques : Réponses à des questions fréquemment posées », *IIRF,* n°4, Banque Islamique de Développement, Djeddah, 2001, p. 35. Un autre auteur évoque une concentration de l'activité bancaire islamique dans les pays du Golfe de l'ordre de 73%. Mohammad BOUDJELAL, « Trois décennies de pratique bancaire : repenser la théorie des banques islamiques », *op. cit.,* p. 35.

[513] Notons que les estimations varient d'une étude à l'autre. Ainsi, selon *l'Islamic Finance Outlook,* les actifs des 500 plus grandes banques islamiques dans le monde auraient augmenté de 28,6 % en 2009, atteignant un total de 822 millions de dollars. Cette même étude évalue la taille totale de l'industrie bancaire à près de 1000 millions de dollars au début de 2010. Étude publiée par l'agence *Standard & Poor's*, 2010.

une progression annuelle de plus de 9% [514]. En 2010, un nouveau bond a été réalisé avec 1130 milliards de dollars [515].

Le renforcement du phénomène de mondialisation, accompagné d'une intégration accrue des marchés financiers, favorise cette progression de la finance islamique. On estime à ce propos qu'en 2011 l'encours de la finance islamique a représenté 1289 milliards de dollars environ, soit une croissance d'environ 22% par rapport à 2010. Elle aurait atteint 1600 milliards de dollars à la fin 2012 [516].

Graphique 3. Total mondial des actifs de la finance islamique en milliards de dollars (2006-2012)



Source : Rapport de l'UKFIS, 2012.

[514] Voir le site *International Financial services in London* : www.ifsl.org.UK

[515] Mahmoud MOHIELDIN, « Realising the Potential of Islamic finance », The *World bank*, 13 mars 2012. http://siteresources.worldbank.org/EXTPREMNET/Resources/EP77.pdf (consulté 16 sept. 2014).

[516] Phillipo Di MAURO et al., « Islamic Finance in Europe », *Occasional paper series*, n° 146, 2013. https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp146.pdf?50223aa58804d7b4f32f4f302534672d (consulté le 23 septembre 2014).

La finance islamique semble donc s'universaliser et s'imposer en conséquence de plus en plus comme « concurrente » de la finance classique. En tout cas, elle paraît intéresser de nombreuses institutions bancaires internationales [517].

L'intérêt pour la finance islamique ne cesse de se préciser puisqu'elle aurait enregistré 2 000 milliards de dollars en 2013 [518] et représenterait plus de 3 000 milliards de dollars en 2015, soit à peu près un triplement par rapport à 2010 alors même qu'une grande partie du monde vit une période de stagnation [519]. Quant au marché potentiel de la finance islamique, il serait de 4000 milliards de dollars [520].

Reste toutefois à apporter quelques nuances à cette progression indiscutable, aussi bien du point de vue quantitatif que du point de vue qualitatif.

- Du point de vue quantitatif, si, dans certains pays tels que le Bengladesh et le Bahreïn, les institutions financières islamiques représentent plus de 60% du secteur bancaire, dans de nombreux autres pays, comme l'Égypte et l'Indonésie, la finance islamique atteint à peine 5% [521]. Dans cette seconde catégorie de pays, c'est plutôt la création par les institutions bancaires conventionnelles de « guichets » consacrés aux produits islamiques, qui semble prédominer [522].

---

[517] Selon M. Saluzzi, Président de l '*Association luxembourgeoise des fonds d'investissements* (*ALFI*), l'année « *2012 a été une année très active pour la communauté de la finance islamique au Luxembourg avec le lancement de plusieurs fonds conformes à la Sharī'a. Le Luxembourg est actuellement le leader en Europe et le numéro 5 mondial en termes de nombre de fonds islamiques, avec 41 fonds comptabilisant 4 milliards d'euros d'actifs sous gestion* » (ALFI, Communiqué de presse, 11 décembre 2012). Voir aussi Muniruddeen LALLMAHAMOOD, « La gestion du *ribā* (intérêt) en l'absence de banques islamiques dans une communauté musulmane minoritaire : une étude exploratoire des pratiques des musulmans à Maurice », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, *op*. *cit*., p. 119 ; Wafa KAMMOUN MASMOUDI, akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op. cit.,* p. 51.

[518] Mohammed BOUDJELAL, « Trois décennies de pratique bancaire : repenser la théorie des banques islamique », *op. cit.*, p. 35.

[519] Omar YAHYAOUI ROCHDAHOU, « La réception de la finance islamique en France », 26 mars 2013. http://www.revue-banque.fr/banque-detailassurance/article/reception-finance-islamique-en-france (consulté le 30 septembre 2014).

[520] Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française*, *op*. *cit*., Préface de Monsieur Hervé de Charrette, p. 16.

[521] Rapport de l'UK Islamic Finance Secretariat, mars 2012, document disponible sur le site : http://www.londonstockexchange.com/specialist-issuers/islamic/downloads/city-uk-if-2012.pdf (consulté le 9 juillet 2014).

[522] Kader YAHIA, « La finance islamique au Royaume-Uni… », *op. cit.,* p. 31.

Au Maghreb, à part une très minime présence en Algérie et en Mauritanie, le taux de développement de la finance islamique demeure encore très faible alors que la population est de plus en plus sensible à l'argument religieux [523].

De même, concernant la part de marché des banques islamiques dans le paysage financier notamment dans les pays du Moyen-Orient, considérés à juste titre comme le berceau de la finance islamique, celle-ci oscillerait entre 15% et 25% [524].

- Maintenant sur le plan qualitatif, on peut remarquer que, dans un pays comme la Malaisie, seuls 10% des comptes bancaires étaient des comptes conformes à la *sharī'a* en 2005 [525], et ce malgré le soutien du gouvernement [526].

À cela s'ajoute le fait qu'en termes d'information, certaines études révèlent que peu de personnes sont au courant de l'existence de banques islamiques. On retient à ce propos une moyenne de 48%. Et ce pourcentage varie d'un pays à l'autre : il est de 35% en Algérie et de 57% en Tunisie, par exemple [527].

Au niveau de la pratique, l'étude montre une très faible utilisation avec juste 2% d'individus qui ont recours à un service bancaire islamique. Sur ce plan, il n'y a pas de différence majeure entre pays, puisque la moyennes se situe entre 1% et 3% [528]. Pour expliquer ce manque d'intérêt pour la finance islamique, certains auteurs supposent que *« les populations de ces pays restent sous-bancarisées, par exemple au Maroc, seules 20% des personnes détiennent un compte bancaire »* [529].

---

[523] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 22 ; Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharar », op. cit.,* p. 72/

[524] Roula KHALAF, 'Grappling with problems of success », *Financial Times*, June 2008. http://www.ft.com/intl/cms/s/0/4e87684c-3c0f-11dd-9cb2-0000779fd2ac.html#axzz3xKCAcENL (consulté le 30 septembre 2014).

[525] Hans VISSER, *Islamic Finance : Principles and Practice*, Edward Elgar Publishing, 2009. Disponible sur le site http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2009/12/Islamic-Finance-Principles-and-Practice—-Hans-Visser.pdf (consulté le 11 octobre 2014).

[526] Laurent WEILL, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement… ? », *op. cit.*, p. 30

[527] Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique, op. cit.*, p. 28.

[528] Banque mondiale, 2013. Texte disponible sur le site : http://wwwwds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/10/16/000158349_20131016145027/Rendered/PDF/WPS6642.pdf (consulté le 11 octobre 2014).

[529] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme de la globalisation financière*, *op. cit.*, p. 43.

De plus, s'il est admis que les institutions financières occidentales ont ouvert des guichets offrant à la clientèle musulmane des services financiers conformes à la *sharī'a*, attestant de la sorte le *« succès des banques islamiques »* [530], il convient d'ajouter que la part de ces services reste marginal par rapport aux actifs globaux des banques.

Ainsi, si nous prenons l'exemple-type du Royaume-Uni, il est vrai que le pays attire de nombreux fonds islamiques et l'on recense plusieurs institutions financières pleinement islamiques (*Islamic Bank of Britain* ; *European Islamic Investment* ; *Bank of London and the Middle East* ; *European Finance House*…) [531], auxquelles s'ajoutent les grandes banques traditionnelles offrant des produits conformes aux règles religieuses, telles que la *Royal Bank of Scotland*, la *Lloyds*, la *Barclays*... Il semble que la totalité des actifs de ces institutions était de l'ordre de 19 milliards de dollars en 2010. Ce chiffre peut paraître important à première vue, mais, selon Laurent Weill, *« il doit être comparé au total des actifs de la banque britannique Royal Bank of Scotland qui est égal à 2510 milliards de dollars. En d'autres termes, la part de marché des banques islamiques en termes d'actifs reste faible »* [532].

En outre, il est facile d'observer que la finance Islamique n'arrive pas à s'imposer en France. Dans ce domaine, il est démontré que les initiatives des professionnels et du gouvernement *« se succèdent de manière sporadique et bien trop timidement »* [533]. De fait, le pays enregistre un retard par rapport à ses voisins, comme la Grande-Bretagne.

En effet, on ne recense aujourd'hui en France que quelques actes isolés comme, par exemple, le partenariat entre deux institutions bancaires, l'une islamique (*Kuwait Finance House*), l'autre conventionnelle (*Natixis Transport Finance*) qui aurait permis à

---

[530] Mohammed BOUDJELAL, « Trois décennies de pratique bancaire… », *op. cit.*, p. 35.

[531] Voir Frédéric COSTE, « L'émergence de la finance islamique aux États-Unis et en Angleterre », *op. cit.*, p. 141.

[532] Laurent WEILL « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? », *op. cit.*, p. 31.

[533] Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française*, *op. cit.*, p. 10.

une compagnie *Low Cost* installée au Koweït de financer les acomptes dus à Airbus [534]. Relevons dans le même sens la présence d'un seul guichet islamique à la Banque populaire (*Chaabi*) proposant une offre réduite visant quelques produits d'assurance-vie [535]. Donc les musulmans de France, qui composent la plus grande minorité du pays, ne disposent que d'un accès très restreint à des produits et services à caractère islamique. On pense que cet état des choses est dû à l'adjectif « islamique » qui génère des incompréhensions et des malentendus. *« La Finance Islamique possèderait ainsi une identité éthique mais serait un boulet communicationnel »* [536].

Laissons de côté pour l'instant ce débat qui se voudrait lexical et regardons de près les modèles de banques islamiques ; ceux-ci sont variés et hétéroclites.

B. Une variété de modèles des banques islamiques

La Banque islamique a été parfois définie comme étant « *une institution qui reçoit des dépôts et mène toutes les activités bancaires à l'exception de l'opération de prêt et d'emprunt à intérêt (…) Elle accepte aussi des dépôts à vue qui sont considérés comme des prêts sans intérêts des clients envers la banque (…)* [537].

Cette approche de la banque islamique aurait tendance à privilégier la technique financière au « détriment du fond ». Elle omettrait l'essentiel, en l'occurrence, *« la finalité de l'action du financement ou de la redistribution des fonds »* [538]. Aussi, on lui préfère la conception qui fait de la banque islamique un organisme *« qui collecte des fonds et les utilise sur la base de la sharī'a islamique, dans le but de fonder une société solidaire et de réaliser une certaine justice dans la répartition des richesses »* [539].

---

[534] Dominique De COURCELLES, « La finance islamique est-elle aujourdh'ui une chance pour l'éthique », Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française*, *op. cit*., p. 28.

[535] Voir Malik NEKAA, « Pour une finance islamique et solidaire », *op. cit.,* p. 77.

[536] *Ibid*., p. 78.

[537] Définition donnée par la Banque islamique de développement (BID) en 2001.

[538] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique solidaire », *op*. *cit*., p. 85.

[539] Définition issue du congrès international des banques islamiques organisé par l'AIBI en 1979. Pour plus de détails, Geneviève CAUSSE-BROQUET, « Le sort des banques islamiques : de la difficulté de satisfaire des objectifs multiples », *op. cit.*, pp. 111-121.

L'intérêt de cette mise au point est de montrer qu'il n'existe pas une définition commune de la finance islamique. Cela correspond à la diversité du monde musulman. Donc, il ne peut y avoir de modèle uniforme. Même la soumission aux dogmes musulmans ne peut occulter les disparités ou les oppositions qui existent d'un pays à l'autre, d'une contrée à l'autre. On pourrait soutenir à ce propos la position d'Anouar Hassoune, affirmant qu'il n'y a pas une finance conforme à la *sharī'a*, mais *« autant de finances islamiques qu'il existe de marchés locaux »* [540]. Dès lors, ce que l'on désigne par souci de simplification « banque islamique » ou « finance islamique » recouvre forcément une réalité complexe [541].

Plus explicitement, l'argumentation visant à légitimer de nos jours de nouvelles techniques bancaires fondées sur les principes du droit musulman est diverse et multiple. Par conséquent, toute la question est de savoir si la dénomination « finance islamique » est justifiée. Y a-t-il un modèle consensuel et cohérent autorisant l'idée d'un modèle financier alternatif en cours ?

Pour répondre à cette interrogation simple, il suffit de regarder la pratique des techniques bancaires musulmanes. À cet effet, on peut distinguer entre les structures financières qui ne tolèrent que des institutions financières islamiques et les structures financières dites « hybrides » dans la mesure où elles admettent la coexistence des deux types d'institutions financières : islamiques et conventionnelles.

Il est à préciser par ailleurs qu'au sein même des systèmes financiers « hybrides », il existe ceux qui *« autorisent la commercialisation des produits et services islamiques par des institutions financières conventionnelles »* à travers des guichets ou fenêtres *« et ceux qui l'interdisent »* [542].

---

[540] Anouar HASSOUNE, « La finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse mais fragmentée », *op. cit.*, p. 112.

[541] Cette complexité fait dire à certains auteurs qu'en *« l'état actuel des choses (…), il n'existe pas une finance islamique mais des finances islamiques sur mesure" »,* Abdelilah HAJJY et Jérôme BALLET, « Les banques islamiques, un modèle éthique alternatif ? », *op. cit.,* p. 5.

[542] Voir le Rapport de l'IFSB de 2013.

Notons que toutes ces perspectives sont liées à des choix politiques, idéologiques et économiques des pays d'accueil, et, à ce propos, exceptés certains États comme l'Iran et le Soudan qui appliquent un système financier entièrement islamisé, les autres pays, notamment ceux du Golfe, le Bengladesh ou encore la Malaisie, qui forment *« les principaux marchés en finance Islamique »*, s'illustrent plutôt par une remarquable cohabitation des institutions bancaires islamiques et classiques avec toutefois une tendance lourde marquée par l'essor croissant des parts commerciales des institutions financières islamiques [543].

En schématisant, on peut répartir la panoplie des configurations des structures bancaires de la manière suivante [544] :

- Les structures bancaires pleinement islamiques ;
- Les structures bancaires hybrides (ou mixte) avec des banques entièrement et exclusivement islamiques ;
- Les structures bancaires hybrides avec des banques totalement islamiques et fenêtres (guichets) islamiques ;
- Les structures bancaires hybrides avec strictement des guichets islamiques.

Il semble que les banques islamiques qui opèrent dans un cadre financier mixte ont plus de marge de manœuvre pour développer leurs propres techniques financières que dans un contexte entièrement islamisé [545].

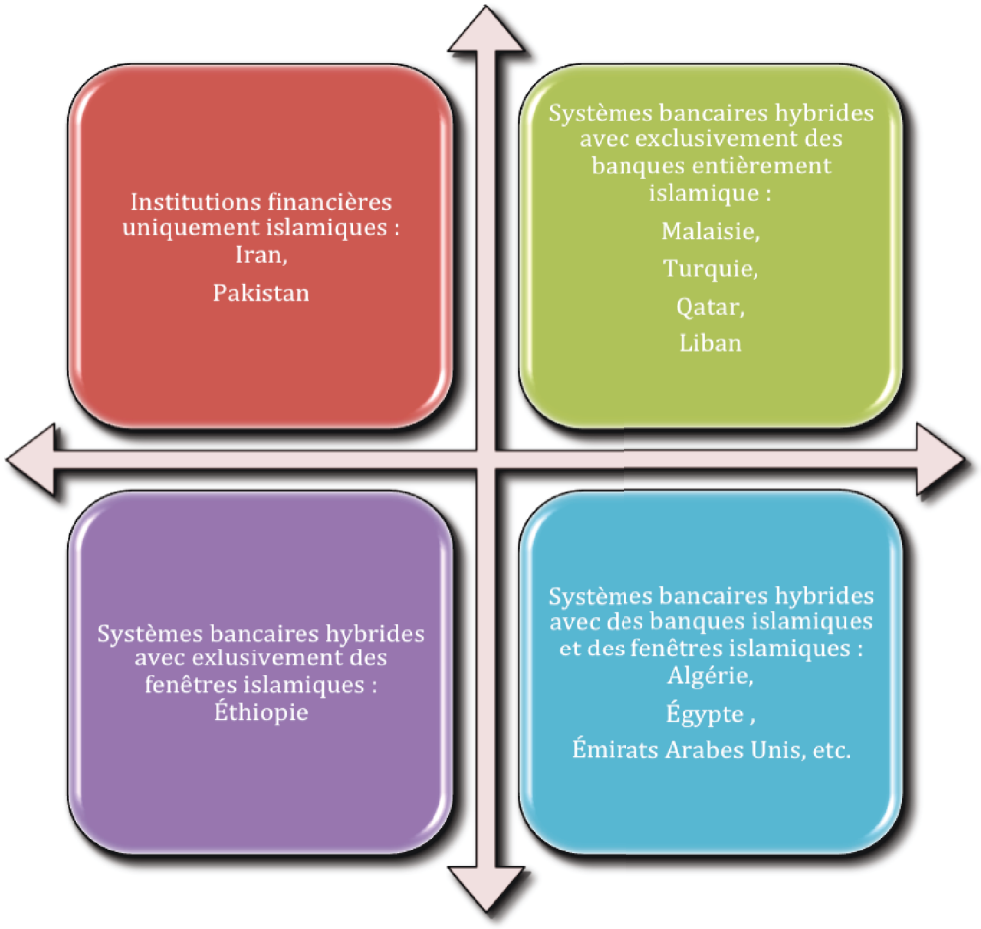
---

[543] Ahmed TAHIRI JOUTI, « Les fenêtres islamiques, un dispositif de stabilité et une phase de transition », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, *op. cit.*, pp. 18 et s.

[544] *Ibid*., p. 20.

[545] Gilbert BEAUGE, *Les capitaux de l'islam*, Paris, CNRS éditions, 2001.

Figure 3 : Variété des configurations de la finance islamique



Source : *Les Cahiers de la finance islamique*, n ° 5, p. 21.

Il convient de remarquer que la diversité des pratiques et des réglementations en matière de finance islamique se caractérise par une expansion accélérée et continue du phénomène des guichets ou « fenêtres islamiques ». Cela montre finalement que l'ingenierie financière islamique reste dominée par des « intermédiaires » recueillant les dépôts des clients pour les recycler dans des portefeuilles d'actifs, plus que par des marchés au sens vrai du terme [546].

Agissant en toute autonomie au sein des banques classiques, ces fenêtres ont pour fonction de mettre en place et de gérer les opérations bancaires (collecte de fonds et investissement des actifs) en conformité avec le droit musulman, sur la base du principe de partage des profits et des pertes (PPP).

[546] Voir Ibrahim eyyad CEKICI, « Du filtrage islamique *», op. cit.*, p. 19.

Une fenêtre islamique peut dès lors se définir comme *« une partie d'une institution financière conventionnelle (…) fournissant les prestations de gestion des fonds et les activités de financement et d'investissement en conformité avec les principes de la sharī'a »* [547].

De cette définition, résulte un certain nombre de critères :

- Une fenêtre islamique est, au sens propre du mot, un guichet chargé de la gestion d'opérations bancaires islamiques au sein d'une structure financière classique ;
- Elle peut opérer sous la forme *« d'une agence, d'un réseau d'agences ou d'un département »* ;
- Les activités de la fenêtre islamique sont, en règle générale, *« séparées et isolées des activités de la banque conventionnelle »* ;
- L'ensemble des activités et procédures *« relatives à la gestion des fonds, le financement et l'investissement »* doit être en conformité avec la *sharī'a* [548].

La prépondérance de l'intermédiation en matière de prestations bancaires atteste que la finance islamique, même en phase de globalisation, demeure, malgré tout, une réalité « essentiellement locale » [549]. En d'autres termes, les marchés bancaires et financiers dans lesquels l'industrie bancaire islamique est active restent des marchés émergents, dans le sens où le flux des capitaux de financements et d'investissements constitue en l'état actuel une gamme de transactions domestiques, faiblement connectée, en comparaison avec le système bancaire dans sa globalité, ce qui autorise certains auteurs à parler d'une *« phase de transition »* [550]. Cela explique d'ailleurs la petite taille qui a toujours dominé le paysage des banques islamiques. Cette réalité a été déjà observée au milieu des années 1990 :

---

[547] Normes 4 et 5 du Conseil islamique des services financiers, IFSB, voir www.ifsb.org

[548] Ahmed TAHIRI JOUTI, « Les fenêtres islamiques… », *op. cit.*, p. 19.

[549] Anouar HASSOUNE, « La finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse mais fragmentée », *op. cit.*, p. 89.

[550] Ahmed TAHIRI JOUTI, « Les fenêtres islamiques…», *op. cit.* p. 23.

Tableau 5 : Établissements financiers islamiques par taille d'actifs en 1996

(En millions de dollars)

Taille des actifs	Répartition
0-50	39
51-100	13
101-200	4
201-300	3
301-400	8
401-500	1
501-100	3
> 1000	7
Total	78

Tableau 6 : Établissements financiers islamiques par taille de capitaux en 1996

(En millions de dollars)

Taille des capitaux	Répartition
0-25	55
26-50	10
51-75	6
76-100	2
101-150	2
151-200	2
201-300	2
Total	78

Répertoire des banques et institutions financières islamiques, Association Internationale des Banques Islamiques, Jeddah, 1996.

Il ressort de ces données qu'en termes d'actifs 80% des institutions bancaires islamiques étaient en dessous de la taille optimale estimée à 500 millions de dollars et qu'en termes de capitaux, seules huit institutions peuvent prétendre atteindre le seuil optimal. Ce qui laisse dire qu'une partie importante de ces institutions *« n'ont pas atteint une taille optimale leur permettant de réaliser l'efficience »* [551].

[551] Munawar IQBAL, Ausaf AHMAD , Tariqullah KHAN (dir.), *Défis au système bancaire islamique*, *op. cit.*, p. 22.

Un exemple des principaux pays du Golfe semble démontrer que la tendance vers des institutions financières de petites tailles n'a pas disparu.

Tableau 7 : Taille respective des principales banques islamiques du Golfe Persique (2007)

Nom de la banque	Pays	Actifs en millions de dollars (2007)
Al Rajhi Bank	Arabie Saoudite	33 195
Kuwait Finance House	Koweït	31 421
Dubai Islamic Bank	EAU	22 817
Abu Dhabi islamic Bank	EAU	120 64
Albaraka Banking Group	Bahreïn	101 02
Bank Al-Jazira	Arabie Saoudite	5 732
Qatar Islamic Bank	Qatar	5 852
The Investment Dar	Koweït	4 698
Bank Albilad	Arabie Saoudite	4 601
Emirates Islamic Bank	EAU	3 944
Kuwait International Bank	Koweït	3 386
Arcapita Bank	Bahreïn	3 806
Qatar international islamic Bank	Qatar	2 973
Sharjah Islamic Bank	EAU	2 734
Boubyan Bank	Koweït	2 364

Source : Répertoire des banques et institutions financières islamiques, 2007.

Il importe de noter qu'à la différence des grandes banques traditionnelles qui contiennent en leur sein des fenêtres islamiques, pour les plus petites, *« la spécialisation devient un instrument de différenciation, qui capitalise sur la valorisation religieuse de l'offre par les clients »*, le drainage d'une part du marché domestique (très lucratif) et sur *« l'immunisation concurrentielle »*, dans la mesure où il est fort difficile de revendiquer la crédibilité islamique en peu de temps [552].

[552] Anouar HASSOUNE, « La finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse mais fragmentée », *op. cit.*, p. 108 ; Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.,* p. 25.

De ce qui précède, il faut retenir la complexité des pratiques financières, marquée par la diversité des solutions adoptées, attestant la tendance de la finance islamique, non pas à l'unification, mais plutôt à la pluralité [553].

Il se dégage finalement de cette description que la finance islamique est, à l'image du monde musulman, protéiforme et plurielle. Il s'ensuit naturellement une variété de modes de financement. Il n'en reste pas moins qu'à regarder de près, l'évolution de l'industrie financière islamique, présente sur bien des points des signes paradoxaux.

Section 2. Un parcours néanmoins paradoxal

L'essor remarquable de la finance islamique a été accompagné par la mise en place d'instruments de financement diversifiés (§ 1), ce qui témoigne de sa dynamique. Cependant, cela ne doit pas occulter le nombre de difficultés auquel se heurte cette industrie financière (§ 2).

§ 1. La diversité des instruments de financement

C'est bien au niveau des modes de financement que des différences significatives peuvent être identifiées entre la finance islamique gouvernée par la *sharī'a* et la finance classique. Il existe en effet toute une panoplie d'outils financiers inspirés du droit musulman. Une partie de ces outils revêt un aspect participatif (A). Une autre gamme présente des traits proches de ceux utilisés par la finance traditionnelle et que l'on peut qualifier d'instrument de financement à caractère commercial (B).

A. Les techniques de financement à caractère participatif

Il s'agit de modes de financement basés sur le principe du partage des risques et faisant usage de formes de participation connues du droit musulman associant travail et capital. Sur ce plan, il y a eu d'abord un premier pilier conçu pour moduler l'activité bancaire de manière à être conforme aux préceptes de la *sharī'a* : la *mūḍaraba* ou contrat de commandite.

---

[553] Abderrazak BELABES, « Variété de modèles d'accueil de la finance islamique en droit national », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 3, *op. cit.*, p. 78.

Toutefois, pour répondre à la complexité du monde financier, d'autres institutions ont été formulées élargissant ainsi l'éventail des techniques de la finance islamique.

1. La *mūḍaraba*, premier pilier du mode de financement islamique

Connue des juristes spécialistes du droit islamique classique, la *mūḍaraba* est tirée du principe « *al mūḍarib yūḍarib* **»** selon lequel un entrepreneur (*mūḍarib*), porteur d'un projet, sollicite un établissement bancaire ou toute autre institution financière de lui fournir les fonds dont il a besoin.

Historiquement, il s'agit d'une pratique financière largement répandue durant la première période islamique [554] : elle consistait pour un marchand à mobiliser des fonds sur la base de partage des profits et à les offrir à des utilisateurs sur cette même base. L'intermédiation est rémunérée, en ce sens qu'il est possible pour le commerçant d'acheter un produit sur commande à un prix déterminé et de le revendre à celui qui l'a commandé à un prix plus élevé. Les savants théologiens estiment que l'acte de tirer profit d'un rôle d'intermédiaire est une activité légitime. En fait, il est question d'un mode de financement participatif associant capital et travail. Le bénéfice réalisé et, le cas échéant, les pertes subies, sont partagés entre les deux parties, selon une règle préétablie [555].

Concrètement, dans ce type de transaction, une partie, le bailleur de fonds ou *rāb al māl*, verse un capital à une autre partie, l'entrepreneur ou le *mūḍarib*, à charge pour ce dernier de le gérer moyennant une rémunération prédéterminée. Cette technique va s'imposer comme solution contractuelle originale et authentique, reproduisant, de la manière la plus fidèle, l'esprit de la *sharī'a*, en matière d'utilisation des fonds et de répartition des profits sans recourir à l'intérêt (*ribā*) [556].

---

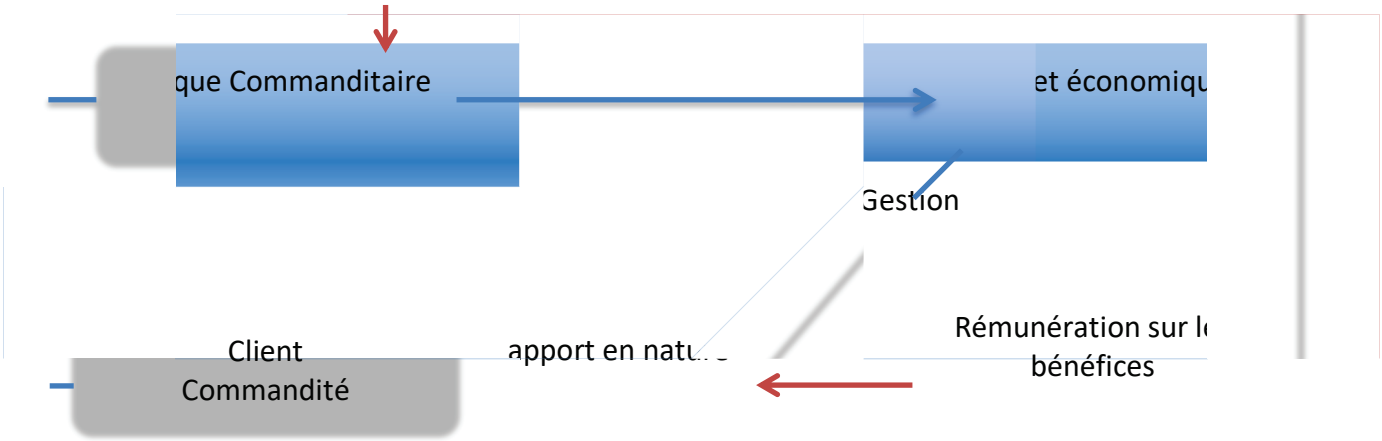
[554] Il semble que ce mode de financement remonte à la période du Prophète où l'on se servait du contrat dit *mūḍaraba* pour financer le transport caravanier des marchandises.

[555] Salah ABERKANE, « La moudaraba, analyse compartive », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° spécial, 2015, p. 23.

[556] Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermédiation financière participative des banques islamiques », in *Études en économie islamique, op. cit*. p. 20 ; voir également Faïrouz BADAJ et Bouchra RADI « Les particularités du contrat mūḍaraba au regard des conflits d'agence », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 8, 2015, p. 63.

La *mūḍaraba* est transposée dans le cadre d'une relation faisant intervenir une banque, commanditaire, fournissant la totalité de fonds sous forme de capitaux [557] et un client partenaire (commandité), qui apporte son expertise, son travail et son savoir-faire [558], en échange d'une rémunération fixée au préalable sous forme de poucentage sur le bénéfice. Précisons que la mise en commun du capital et du travail constitue un « partenariat passif » [559] : la banque n'est pas habilitée à intervenir dans la gestion du projet, elle ne jouit d'aucun pouvoir décisionnel.

Figure 4 : La *mūḍaraba*, un « partenariat passif »



STRÉ, *Enjeux et opportunités de la finance islamique pour la place de Paris*, p. 31.

[557] Il convient ici de noter que les fonds à la disposition d'une banque peuvent provenir de capitaux propres, de dépôts à vue et de divers types de dépôts d'investissement.

[558] Voir uhayr OBEIDI, *La banque islamique : Une nouvelle technique d'investissement*, Thèse, Droit, Beyrouth, Dar Arrashad al-Islamiyya, 1988 ; Samiha EL KALIOUBI, « La banque islamique », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, n° 4, octobre-décembre 1983, p. 1114 ; Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.*, p. 20.

[559] Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique, Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises*, *op. cit.*, pp. 14-15.

Plus explicitement, la transaction *mūḍaraba* nécessite la réunion d'un ensemble de critères :

- Le montant du capital investi doit être exclusivement effectué en numéraire, *« connu et déterminé »* [560] pour éviter tout conflit entre les parties contractantes, suite à la variation des prix des biens constituant l'apport en nature entre la date de signature du contrat et la date de son achèvement [561].

- Les fonds doivent être disponibles le jour de la transaction.

- L'apport doit être entièrement libéré le jour de la mise en œuvre du projet et mis progressivement à la dispostion de l'entrepreneur, en fonction de ses besoins.

- Le capital apporté par *Rāb al māl* demeure sa propriété.

- *Rāb al māl* (la banque) ne doit pas exiger du *mūḍarib* (l'entrepreneur) de garantir le capital. En effet, dans la transaction *mūḍaraba,* sauf en cas de non-respect des clauses du contrat ou si les pertes constatées relèvent de la responsabilité de ce dernier, le capital n'est pas garanti par l'entrepreneur, ni d'ailleurs *« considéré comme une créance sur ce dernier »* [562].

- La part du *mūḍarib* dans les profits réalisés doit être convenue au départ, sous forme de pourcentage. Cette condition incite le *mūḍarib* à gérer le capital de manière optimale, puisque sa rémunération est fonction de la réussite du projet [563].

Reste que la caractéristique principale de ce modèle consiste à remplacer l'intérêt par le partage, aussi bien du côté du passif que de celui de l'actif d'une banque [564].

---

[560] Salah ABERKANE, « La moudaraba, analyse compartive », *op. cit.,* p. 19.

[561] Toutefois, une partie de la doctrine musulmane autorise les apports en nature en estimant cette variation comme du « gharār acceptable », Voir Aïcha SHARQUAWI AL-MALKI, *Les banques islamiques : entre loi islamique, droit et pratique*, Bayrouth, Centre culturel arabe, 1ère éd. 2000, p. 200.

[562] Salah ABERKANE, « La moudaraba, analyse compartive », *op. cit.,* p. 24.

[563] Faïrouz BADAJ et Bouchra RADI « Les particularités du contrat moudaraba au regard des conflits d'agence », *op. cit.,* p. 63.

[564] Munawar IQBAL, Ausaf AHMAD , Tariqullah KHAN (dir.), *Défis au système bancaire islamique*, *op. cit.*, p. 13.

En effet, dans le contrat *mūḍaraba*, les bénéfices réalisés sont partagés suivant une clé de répartition déterminée à l'avance, après que l'investisseur (la banque) ait recouvré son capital et que les frais de gestion de l'entrepreneur aient été soldés [565]. En cas de perte, les co-contractants perdent chacun tout ou partie de leurs apports respectifs : la banque perd le montant de la somme investie [566], l'entrepreneur (*mūḍarib*), lui, perdra sa rémunération, mais en cas de négligence ou de faute grave de sa part, les pertes seraient supportées par lui à titre exclusif.

Notons aussi que dans ce système si le projet ne fait pas de bénéfice, la banque renoncera à ses frais de traitement.

Ainsi, le partage du risque demeure la règle de la finance islamique : aucune clause transférant la totalité des risques à l'une des parties contractantes n'est permise [567].

À ce stade, il est utile de signaler qu'il existe deux types de contrats *mūḍaraba :*

- Un contrat *mūḍaraba* limité (al-*mūḍaraba al-mūḳayyāda*), qui vise le financement d'un projet déterminé, et qui donne lieu à des restrictions appliquées à l'entrepreneur (*mūḍarib),* concernant, notamment, le lieu, la période ou le type d'activité objet de financement.

- Un contrat *mūḍaraba illimité* (*al-mūḍaraba al-mūtlaḳa*), laissant une grande liberté au *mūḍarib* dans le choix des projets qu'il estime rentables.

Précisons également que l'intermédiation de la banque pourvoyeuse de crédits peut donner naissance à une « double *mūḍaraba* » :

- Des clients déposent leurs fonds en banque (déposant/*rāb al-māl*) et agissent comme commanditaire auprès de l'établissement commandité pour investir les fonds épargnés. Cet usage de la *mūḍaraba* est à l'origine de « comptes d'investissement » généralement destinés à des projets particuliers.

---

[565] Salah ABERKANE, « La moudaraba, analyse compartive », *op. cit.,* p. 25.

[566] Pour se protéger contre ce risque, la banque peut, au moment de la signature du contrat, exiger des garanties de la part de l'entrepreneur.

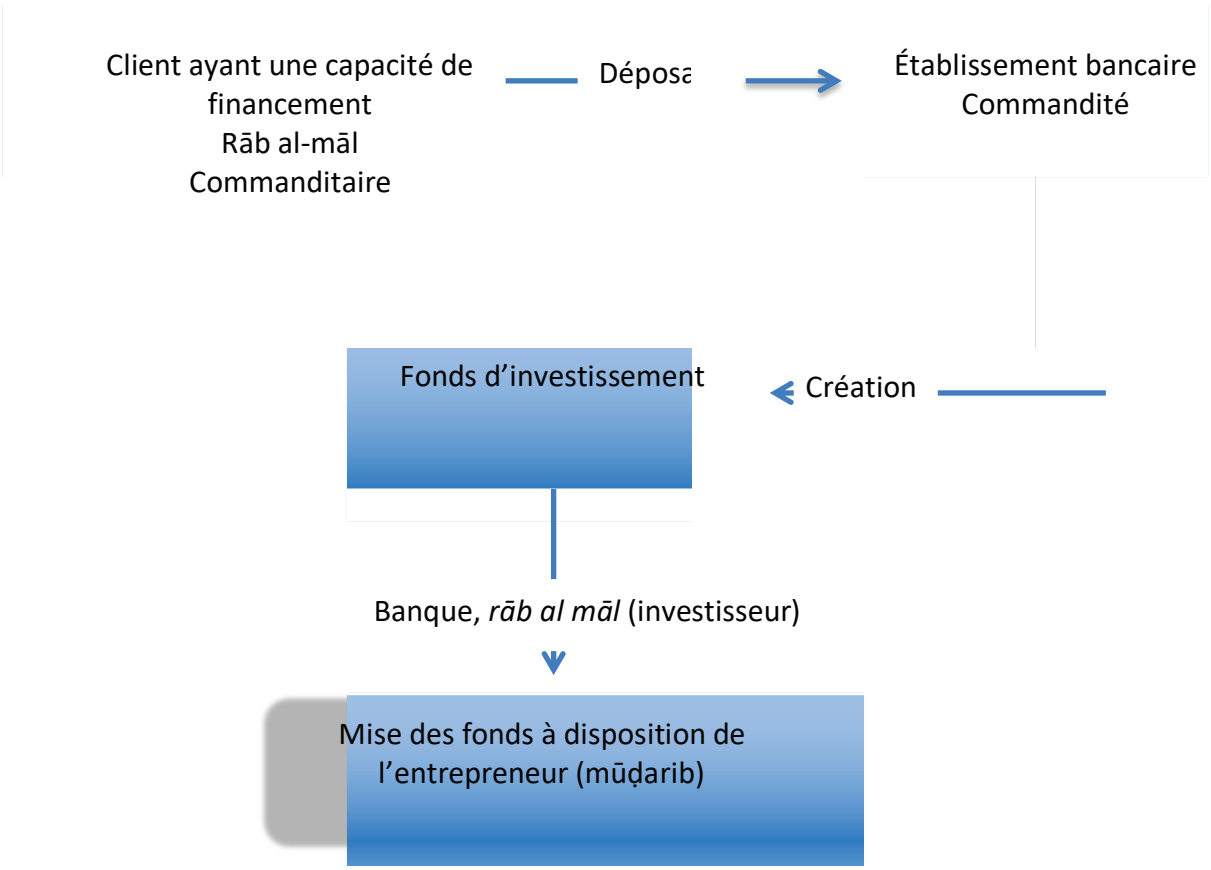
[567] Nasser HIDEUR, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *op*. *cit*., p. 16.

Le déposant est rémunéré non pas à partir d'un intérêt versé sur les dépôts mais par le partage des profits engendrés par l'investissement, après déduction charges, et selon les proportions convenues à l'avance.

- La banque se transforme à son tour en commanditaire en mettant les fonds d'investissements collectés auprès de ses clients à la disposition des entrepreneurs (*mūḍarib*) ayant un besoin de financement. La banque, jouant le rôle d'intermédiaire, assume de la sorte le second rôle d'un investisseur (*Rāb al māl*). Elle se rémunère grâce au partage des profits générés par ses clients commandités.

Les pertes éventuelles seront à la charge de la banque en sa qualité de bailleur de fonds. Quant au *mūḍarib*, il perdra la rémunération à laquelle il aurait eu droit si le projet avait généré des profits.

Figure 5 : Intermédiation bancaire : double *mūḍaraba*



On constate finalement que dans la *mūḍaraba* la banque agit comme un partenaire tenant le rôle de débouchés d'épargne, de concepteur d'investissement et de manager des fonds des clients utilisés pour financer des projets productifs à long terme : construction d'infrastructures : autoroutes, ports, logements, écoles, hôpitaux, etc.).

Mais dans le cadre d'un contrat *mūḍaraba*, les risques sont élevés, il n'y a pas de garantie de revenus : ni les déposants, ni la banque, ni l'entrepreneur ne sont assurés d'un rendement prédéterminé. C'est dire que leur rémunération dépend des résultats des investissements effectués et de la profitabilité des projets financés. En fait, toute l'opération repose sur la confiance réciproque des parties contractantes. En effet, *« La confiance constitue un pilier essentiel dans le contrat de mūḍaraba »* [568] puisque la gestion des fonds appartient au *mūḍarib* seul, la banque, bailleur de ces fonds, ne pouvant ni contrôler les décisions que le *mūḍarib* serait amené à prende, ni évaluer sa capacité à gérer le projet. Aussi un principe adopté par la doctrine soutient-il que le contrat de la *mūḍaraba* s'éteint avec le décès du *mūḍarib*.

D'après certains auteurs, *« ce schéma général de la mūḍaraba va durablement façonner le discours autour de l'idée de banque islamique et incidemment celui de la finance islamique en général »* [569].

Reste à ajouter que dans la mesure où ni le capital ni le rendement n'étant garantis, les banques islamiques hésitent à offrir ce type de financement aux porteurs de projets [570]. En outre, la *mūḍaraba* se montre d'une utilité limitée ne permettant nullement de financer des projets qui génèrent par eux mêmes des profits. En tout cas, il s'est vite révélé inadapté pour l'activité d'un système bancaire qui prétend à l'universalité, d'autant plus que de nouvelles formes d'entreprises commerciales islamiques commençaient à émerger. Il fallait donc innover et tenter de trouver « une alternative à l'alternative » que constituait la commandite.

---

[568] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op. cit.,* p. 30.

[569] Nicolas HARDY, « La finance islamique, les acteurs, les instruments », in Gérard BRAYER (dir.), La finance islamique : l'autre finance, *op. cit.,* p. 94.

[570] Salah ABERKANE, « La moudaraba, analyse compartive », op. cit., p. 26 ; Faïrouz BADAJ et Bouchra RADI « Les particularités du contrat moudaraba au regard des conflits d'agence », *op. cit.,* p. 62.

La recherche va alors se poursuivre en mobilisant les ressources doctrinales du droit islamique classique en vue d'élaborer de nouveaux concepts financiers, tout en s'efforçant de reproduire la gamme de produits et services offerte par la finance conventionnelle [571].

La réflexion aboutira à des formules financières nouvelles élargissant le champ de la finance islamique.

2. L'extension de la gamme des modes de financement participatif

Les innovations en matière de techniques de financement vont consister à utiliser d'autres types de transactions, présentant une plus grande souplesse : le contrat de *mūsharaka* et le contrat de *ṣūkūk*. Suivant ces deux modalités, la banque peut intervenir dans la gestion du projet et ne supporte plus seule les risques financiers.

Il est établi que le contrat *mūsharaka* constitue *« l'un des outils de financement le plus couramment utilisé par les banques islamiques au monde »* [572]. Il peut s'analyser comme une « jointe venture » entre une banque islamique et son client lesquels constituent ensemble une société. Les deux partenaires, tant la banque que le client, investissent dans un projet et souscrivent au capital de la société. À cet égard, on rappelle que *« la différence principale entre la mūsharaka et la mūḍaraba réside dans le fait que la première suppose que les co-investisseurs ont tous contribué monétairement aux fonds propres de la société objet de l'investissement, tandis que dans une mūḍaraba, seule une partie (ici la banque) a procédé à un apport en capital, le partenaire se contentant, quant à lui, de contribuer en industrie »* [573] . Il faut ajouter que chaque partie au contrat peut intervenir dans la gestion du projet, contrairement au *mūḍaraba* où il existe une séparation entre la gestion du projet confiée à l'entrepreneur et le bailleur de fonds, la banque, qui reste « passive ».

---

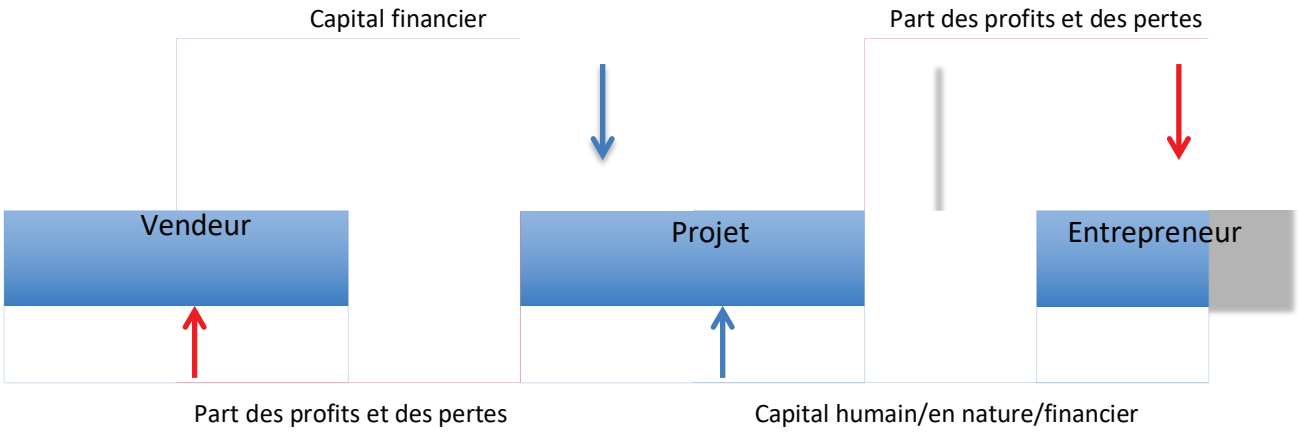
[571] Voir sur cette question le colloque international sur le thème : *L'innovation en ingénierie financière islamique*, organisé le 3 et 4 décembre 2012 à Rabat ; également Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, pp. 197 et s.

[572] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op. cit.*, p. 31 ; Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.*, p. 67.

[573] Anouar HASSOUNE, « La finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse mais fragmentée », *op. cit.*, 101.

La technique de *mūsharaka* qui trouve sa légitimité dans la *sharī'a*, se présente donc comme une prise de participation au capital d'un projet existant ou à mettre en œuvre. Dès lors, le lien qui se crée entre l'établissement bancaire et le client ne repose pas sur une relation de créancier à débiteur [574] ; il s'agit plutôt d'association entre les deux parties. De ce fait, la *mūsharaka* constitue ce que certains auteurs nomment un « partenariat actif » [575], contrairement au « partenariat passif » caractérisant la *mūḍaraba*. Et du moment que la banque et le client *« contribuent conjointement à financer le projet »* [576], les profits et les pertes sont partagés proportionnellement à leurs apports respectifs en capital. Ce principe est à mettre en relation avec la notion de capital-risque, inhérente à la finance participative [577], mais aussi à celle de l'éthique économique, caractérisant cette finance.

Figure 6 : Schéma des principes à la base de *mūsharaka*



Source : Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, p. 33.

---

[574] Malik NEKAA, « Pour une finance solidaire », *op. cit*., p. 83.

[575] Voir Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermédiation fiancière participative des banques islamiques », in *Études en économie islamique, op. cit*., p. 20 ; Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op*. *cit*., p. 29 ; Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN *«* Réglementation et contrôle des banques islamiques », *op*. *cit*., p. 17 ; Faïrouz BADAJ et Bouchara RADI, « Les particularités du contrat mūḍaraba au regard des conflits d'agence », *op. cit*., p. 61.

[576] Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermédiation financière participative des banques islamiques », *op. cit.,* p. 20 ;

[577] Paul-Olivier KLEIN, « La banque islamique face aux risques », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 8, 2015, p. 45 ; Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière : l'hypothèse d'une troisième voie islamique en débat, op. cit*., p. 66.

Bien qu'il existe plusieurs modes de financement fondés sur la *mūsharaka* [578], on distingue principalement deux modèles : l'un, connu sous le nom de « *mūsharaka tabita* » (permanente) ; l'autre, appelé « *mūsharaka mūtanaḳiṣa* » (dégressive).

- La *mūsharaka* « *tabita* » ou permanente est la forme classique de partenariat dans laquelle chaque associé verse un apport en capital lui donnant un droit de regard et de supervision sur le projet financé tout en partageant les pertes et les profits réalisés, sauf si une mauvaise gestion de l'une des parties est avérée [579]. Dans ce schéma, les parties contractantes (la banque et le client) restent solidaires jusqu'à l'expiration du terme du contrat qui, en pratique, correspond à l'achèvement du projet. Cette démarche pourrait s'expliquer par le respect du principe éthique : *« C'est au regard d'une justice distributive et d'un souci de préserver l'équivalence des prestations que sont fondées ces opérations de dans les banques islamiques où il fait expressément mention d'une participation équitable au profit et aux pertes »* [580].

- La *mūsharaka* dégressive permet à la banque de se désengager du projet en cédant sa part à ses associés au fur et à mesure de sa concrétisation. Concrètement, il est question d'un contrat par lequel la banque islamique fixe un échéancier connu d'avance des parties contractantes, lui permettant de se retirer progressivement de la société en fonction de l'avancement du projet et de sa capacité à générer profits susceptibles de garantir le remboursement de la banque d'un montant équivalent à son apport initial et à la proportion des bénéfices engrangés par les parties associées qui au final deviennent les seuls propriétaires du projet [581].

L'idée clé de la *mūsharaka* dégressive est la possibilité du partenaire de restituer graduellement à la banque sa quote-part, pour devenir l'unique propriétaire du projet.

---

[578] *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI), « Norme 12 », année 2012. Voir *Finance islamique. Les normes de l'AAOIFI*, vol. 1, éd. Eska, 2013.

[579] Geneviève CAUSSE-BROQUET, « Le sort des banques islamiques : de la difficulté de satisfaire des objectifs multiples, *op. cit.,* p. 10.

[580] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op*. *cit*., p. 32.

[581] Ahmad TAHIRI JOUTI, « Le couple risque-rentabilité dans le mdoèle bancaire islamique », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 4, 2013, p. 53 ; Voir Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit*., pp. 38-39.

La *mūsharaka* constitue une alternative aux prêts assortis d'intérêts. Il s'agit d'un contrat participatif, mettant en application le principe du partage des profits et des pertes, selon les termes convenus explicitement dans l'accord. En outre, associant travail et capital, ce mode de financement permet à chaque partie de collaborer à la gestion du projet financé et d'avoir un droit de regard sur le bon déroulement de l'opération. Cela a pour effet qu'aucune décision ne peut être retenue par l'une des parties sans en avoir l'avale de l'autre [582].

De manière générale, ce type de financement semble *« moralement supérieur à l'endettement »* ; il permet à la banque, en sa qualité d'actionnaire, de s'assurer que le capital est investi dans *« des secteurs licites et socialement responsables »* [583].

Pratiquée dans le financement à petite échelle (immobilier, création des petites et moyennes entreprises, transport, etc.), la *mūsharaka* demeure toutefois peu utilisée par les banques, en raison de l'importance des risques potentiels et de l'incertitude des profits [584].

À côté de ces techniques de financement, le droit musulman a développé une alternative aux obligations porteuses d'intérêt et qui sont appelées « *ṣūkūk* ». Il s'agit de produits financiers permettant de collecter des fonds pour prendre en charge des activités économiques conformes aux principes de la *sharī'a*. Certains spécialistes l'assimilent à des produits obligataires *« où l'intérêt devient un profit prévu »* ; d'autres les considèrent comme des *« titres participatifs négociables »* [585].

---

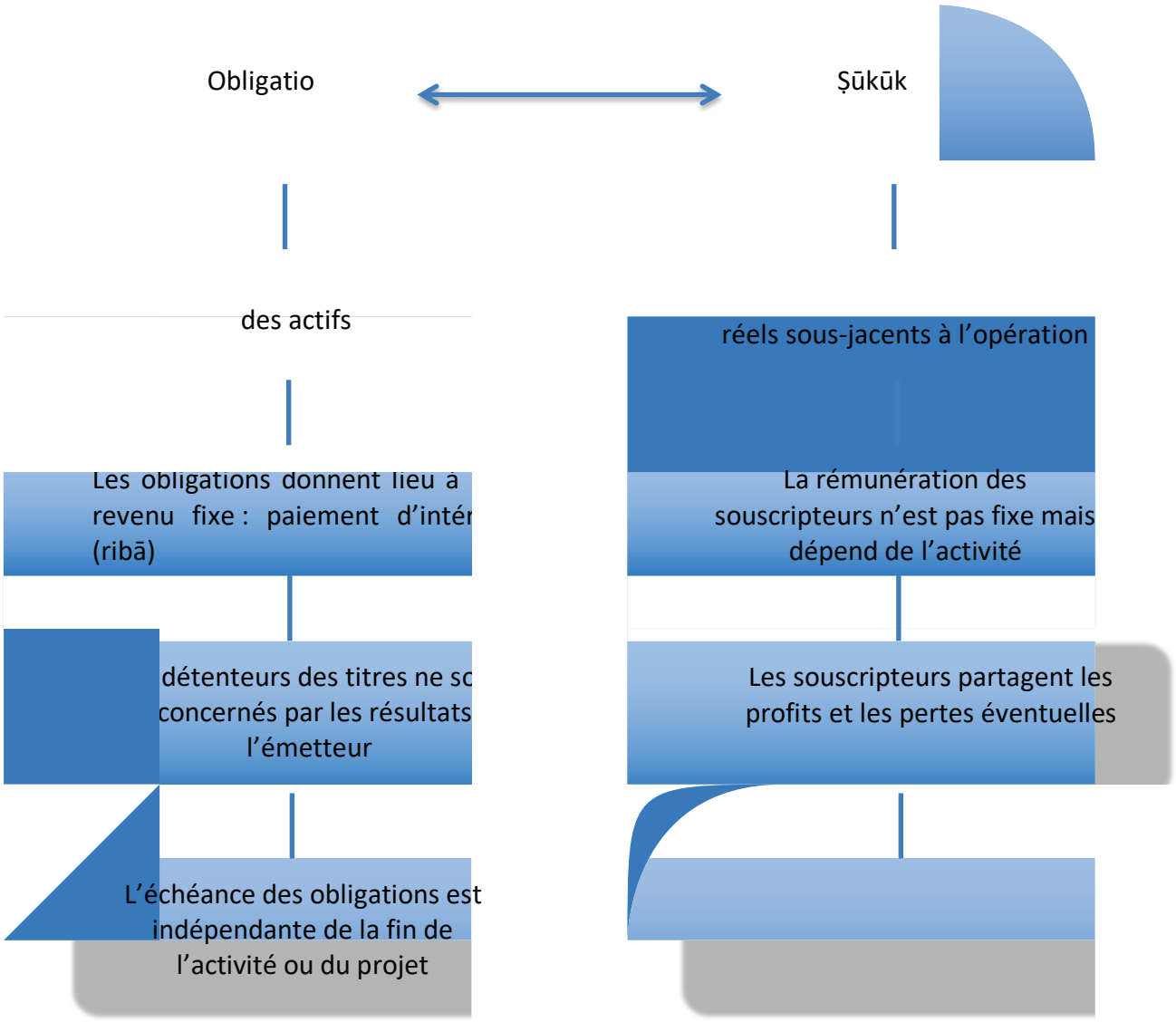
[582] Abdeslam EL MOHANDI , « Le système bancaire islamique », p. 38. Document disponibile sur : http://www.europemaroc.com/files/SYSTEME%20BANCAIRE%20ISLAMIQUE%20V1.pdf (consulté le 6 juin 2017).

[583] Voir Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit.*, p. 40.

[584] Karim CHÉRIF, « La finance islamique : analyse des produits financiers islamiques », *op. cit.,* p. 32. Pour plus de détails sur les raisons justifiant la part minime de la *mūsharaka* dans le financement des projets par les banques islamiques, voir André MARTENS, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », *op. cit.,* pp. 448-449.

[585] Voir sur ce point, Anouar HASSOUNE, « Principes de structuration des ṣūkūk », *op. cit.*, pp. 18-28 ; Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique », *op. cit*., p. 67 ; Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op*. *cit*., pp. 62-64 ; Malik NEKAA, « Pour une finance islamique solidaire », *op. cit.,* p. 84 ; Koutem TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques, op. cit.,* p. 49

Figure 7 : Schéma comparatif entre obligations et *Ṣūkūk*



slamique, n° 4, 2

Quoi qu'il en soit, les *ṣūkūk* apparaissent comme un instrument de mobilisation de l'épargne, en vue de financer des projets d'infrastructures. En pratique, leur utilisatiion vient en complément à d'autres techniques de financement conformes à la *sharī'a*, tels le *ṣūkūk al-mūsharaka, ṣūkūk al-ijarā, ṣūkūk al-istisnā*', etc.

D'un autre côté, pour les investisseurs potentiels, cherchant à placer leurs capitaux, les *ṣūkūk* permettent d'obtenir une rémunération en conformité avec la loi islamique, c'est-à-dire au lieu de recevoir des intérêts proportionnellement à leur apport, les porteurs des titres *ṣūkūk* sont payés sur les bénéfices engendrés par l'opération financière [586], c'est-à-dire en fonction de la performance (et du risque) de l'actif sous-jacent, ce qui suppose que la rémunération n'est pas garantie, comme c'est le cas pour les obligations classiques. L'origine de ce type d'allocation de revenu tient au fait que *« les ṣūkūk donnent un droit direct de propriétés sur les actifs »* [587]. Ce même droit expose l'investiseur *« aux pertes à hauteur de sa part de proprété »* [588].

Ces caractéristiques font que les *Ṣūkūk* sont des « titres participatifs » (*ṣūkūk mūsharaka*) dont la rentabilité est basée sur des actifs réels, *« générant un revenu stable et négociable conforme à la législation islamique »* [589]. Dans le même temps, la valeur des *ṣūkūk « fluctue directement en fonction des variations de valeur de l'actif sous-jacent »*. Donc, *« à la différence des détenteurs d'obligations classiques, le porteur de ṣūkūk subit à la fois les hausses et les baisses de valeur de l'actif : les profits éventuels mais aussi les risques de destruction »* [590].

Concrètement, ce mécanisme de titrisation se présente ainsi : une entité (société, banque…) possède un actif tangible (un immeuble, une marchandise…) ou un projet (constructon d'une route, par exemple). Cette entité émet des titres *ṣūkūk* sur le marché financier, une rémunération est versée aux porteurs de ces titres en fonction de la performance de l'actif ou du projet, proportionnellement à la participation de chacun d'eux [591].

---

[586] Voir Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique*. *Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises*, *op. cit.,* p. 16.

[587] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique solidaire », *op. cit.,* p. 84.

[588] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 126.

[589] Abdelkérim AMINE TOLOBA, « Les montages LBO et les ṣūkūk », *Cahiers de la finance islamique,* n° 3, *op*. *cit*., p. 62.

[590] Tarik BENGARAI et Anouar HASSOUNE, « Le premier *Sak* français », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 4, *op. cit*., p. 80.

[591] *Ibid*., p. 79.

On distingue généralement trois types d'émission de *ṣūkūk* ; ceux émis par l'État (*ṣūkūk* souverains) ceux proposés par une société ou une banque et ceux résultant des transactions de titrisation islamique. Dans tous les cas de figure, *« l'entité émettrice doit identifier les actifs à vendre aux investisseurs »* qui *« jouissent de l'usufruit de ces actifs au prorata de leur investissement et supportent le risque de crédit »* [592] lorsque celui-ci ne procède pas d'une mauvaise utilisation par le gestionnaire des *Ṣūkūk*.

De même, avant d'émettre des *ṣūkūk,* il faut vérifier que les titres émis sont adossés à des actifs tangibles, que les actifs sous-jacents et les flux qui leur sont attachés sont licites *;* il faut aussi qu'il y ait une relation directe entre le capital et le travail ; enfin, il faut garder à l'esprit que cette relation est fondée sur le principe du partage du risque, et donc des gains ou des pertes [593].

Bien qu'ils soient récents par rapport aux autres modes de financement islamique, les produits *ṣūkūk* ont connu un grand essor entre 2001 (1,2 milliard de dollars) et 2007 (35 milliards de dollars). Après avoir stagné en 2008 en raison de la crise des *subprimes,* qui a entraîné le repli des fonds vers les pays d'origine, le marché des *ṣūkūk* a été relancé en 2009, avec un volume de 7,1 milliards, pour passer un an plus tard à 13,7 milliards de dollars. Des études avaient prévu un rythme annuel de croissance du marché des *ṣūkūk* de l'ordre de 10 à 15% sur les marchés financiers mondiaux [594]. Cependant, les émissions des *ṣūkūk,* qui ont été estimées à 116,4 milliards de dollars, en 2014, ont rapidement baissé, en 2015 à 63,5 milliards [595].

Précisons ici que l'usage de ce mode de financement constitue au fond une « ruse » pour contourner l'interdiction de l'intérêt. Notons aussi que les banques islamiques se sont tournées vers d'autres formes d'opérations de financement et d'investissement à caractère commercial, c'est-à-dire n'incluant pas de mécanisme participatif.

---

[592] Abdelkérim AMINE TOLOBA, « Les montages LBO et les ṣūkūk », *op. cit.*, p. 62.

[593] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* pp. 126-127.

[594] *Standard & Poors*, publication 2010 : https://www.standardandpoors.com/en_US/web/guest (consulté le 27 octobre 2014).

[595] Cette baisse s'explique par « la suspension des émissions de la banque centrale malaisienne Negara, qui détenait à elle seule 50% du marché https://www.saphirnews.com/Finance-islamique-bilan-2015-et-perspectives-2016_a21818.html (consulté le 4 septembre 2017).

B. Les instruments de financement à caractère commercial

Ce sont des transactions financières qui, d'après Kaouther Toumi, *« ont toutes les caractéristiques d'un prêt avec intérêt mais ne le sont pas »* [596]. Concrètement, il s'agit de deux types de formules de financement ; l'un fondé sur le principe de vente à marge (A), l'autre basé sur un système de location (B)**.**

1. Les modes de financement basés sur le principe de vente à marge

Parmi les produits de financement qui peuvent être inclus dans cette catégorie, nous rencontrons *al-mūrabaḥa*, le contrat *salām* et l'*istisnā'*.

- La *mūrabaḥa* dérive du mot arabe « *ribḥ* », qui désigne le gain ou bénéfice. Elle fait partie des modes de financement les plus utilisés dans le domaine commercial. C'est un contrat d'achat suivi d'une revente majorée convenue par les deux parties [597]. Elle repose sur le verset coranique énonçant qu'*« il n'est pas interdit (…) de rechercher quelques faveurs de votre Seigneur »* [598]. Le mot « faveur » s'entend ici de manière extensive, englobant la recherche du gain licite par la pratique du commerce [599].

Au niveau de la banque, l'opération *mūrabaḥa* consiste à acquérir un bien auprès d'un tiers, suite à une promesse faite une autre partie de racheter ce bien à un prix plus élevé [600]. Une définition simple a été proposée par l'AAOIFI, envisageant la *mūrabaḥa* comme étant une *« vente d'un bien pour un prix égal au prix d'achat avec une marge définie et approuvée par les parties. Cette marge de profit peut être un pourcentage du prix de vente ou un montant fixe »* [601].

---

[596] Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit*., p. 42.

[597] Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.,* p. 20 ; IIRF, *Introduction aux techniques islamique de financement, op. cit.,* p. 22.

[598] Coran, *sūrate* 2, verset 198.

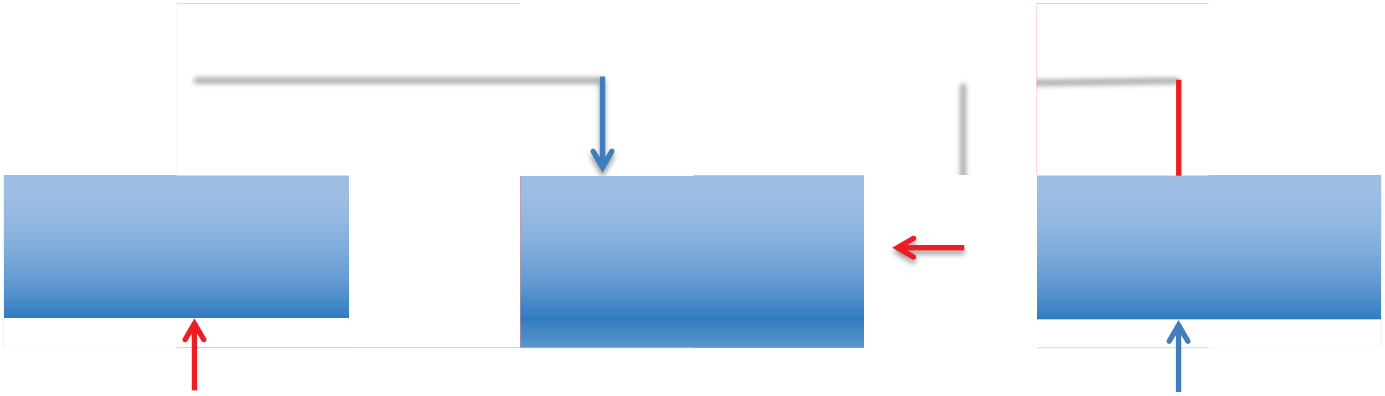
[599] Voir Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° spécial, 2015, p. 9.

[600] Munawar IQBAL et autres, *Défis au système bancaire islamique*, *op*. *cit*. p. 43 ; Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* pp. 62 et s. ; Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique », *op. cit*., p. 66.

[601] Norme 8 Standards AAOIFI.

Ainsi, l'originalité du contrat *mūrabaḥa* réside dans l'acquisition par la banque d'un surplus défini d'avance et une fois pour toute par les parties contractantes [602], donc « non révisable » à la hausse en cas de de retard de remboursement. Et en situation de *« défaillance de bonne foi du débiteur, un délai de paiement lui est accordé sans intérêt »* [603]. Autrement dit, la marge bénéficiaire de la banque ne varie pas durant toute la durée du contrat.

Figure 8 : Les principes à la base de *mūrabaḥa*



Source : François GUÉRANGER, *La finance islamique*, p. 149 ; Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, p. 35.

Il est à préciser que la marge bénéficiaire n'est pas conçue comme un intérêt, dans la mesure où elle est fondée non sur l'aspect financier mais sur le volet commercial de la transaction [604]. Cet élément intrinsèque de la *mūrabaḥa* permet de la distinguer des contrats de dette classique [605]. Notons également que le bailleur de fonds (la banque), étant propriétaire effectif du bien, assume les risques liés à sa qualité de vendeur.

---

[602] Ahmed TAHIRI JOUTI, « Le couple risque – rentabilité dans le modèle bancaire islamique », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 4, *op. cit*., p. 53.

[603] Ridha SAADALLAH, « Finance islamique et développement », *op. cit.,* p. 7.

[604] Dans ce sens, la *mūrabaḥa* constitue une sous-catégorie des *ʻūḳūd* al-m*ū*ʻawadat, fondés sur la logique d'échange commercial. Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *op. cit.,* p. 10 ; Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermédiation financière participative des banques islamiques », *op. cit.,* p. 17 ; Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religions dans les affaires, op. cit.,* p. 20.

[605] Frédéric DURAND, Sami HA OUG, « La murabaha », *RDBF*, n° 2, mars 2011, p. 1.

Classiquement, le contrat *mūrabaḥa* se présent ainsi : un investisseur souhaitant placer son capital dans un instrument financier de court/moyen terme, donc peu risqué, demande à la banque d'acheter un bien puis de le le lui revendre au comptant ou à tempérament [606]. L'acheteur a connaissance du prix d'achat initial et de la marge bénéficiaire qui revient à la banque, mais il *« ne peut intervenir directement sur le marché étant donné que les opérations se feront obligatoirement par l'intermédiation d'une banque »* [607].

Plusieurs conditions sont exigées pour garantir la conformité de la transaction aux prescriptions de la *sharī'a* :

1°- Le contrat *mūrabaḥa* implique l'existence de deux personnes physiques ou morales distinctes. Autrement dit, le vendeur et l'acheteur ne peuvent être une seule et même personne ou entité juridique, car cela reviendrait à appliquer deux ventes en une, ce qui est contraire aux règles de la *sharī'a.*

2°- L'obligation du vendeur d'informer l'acheteur du prix initial d'achat du bien, des charges supportées pour réaliser cette transaction et de la marge escomptée [608], qui peut être une somme déterminée ou un pourcentage calculé sur le prix d'acquisition. Les juristes musulmans parlent de « ventes de confiance » car le vendeur mentionne explicitement à l'acheteur le prix auquel il a lui-même acheté le bien qu'il lui revend : « J'ai acheté cet appareil à 5 000 dollars et je vous le revends à 10 000 ».

Il est convenu que *« cette mention explicite est une condition de validité de ce type de contrat »* [609].

---

[606] Il importe de noter que la *mūrabaḥa* peut consister en une transaction directe, effectuée sous forme d'une vente classique, au comptant ou à tempérament, comprenant le prix de revient assortit d'une majoration établie au préalable par les deux parties, le vendeur et l'acheteur. Voir Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit.*, p. 43.

[607] Wafa KAMMOUN MASMOUDI, akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op. cit.,* p. 52.

[608] Ahmed TAHIRI JOUTI, « Le couple risque – rentabilité dans le modèle bancaire islamique », *op. cit.*, p. 53 ; Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *op. cit.,* p. 11 ; Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique, op. cit.*, p. 7.

[609] Nicolas HARDY, « Finance islamique : les acteurs, les instruments », *op. cit.*, p. 95.

3°- Le contrat doit porter sur l'échange d'un bien (meuble ou immeuble) contre de la monnaie. La banque entre en possession d'un actif sous-jacent pour le revendre ensuite à un client. Il y a donc échange d'un actif et d'argent, à l'opposé d'un prêt qui implique un échange d'argent contre de l'argent.

3°- Le bien, objet de transaction, doit respecter les interdictions imposées par la *sharī'a* (éviter le *gharār,* le *ribā,* le *maīsir,* ainsi que les produits dits *ḥaram*). Il doit, en outre avoir une valeur, car du point de vue de la *sharī'a « les choses dites hors commerce ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat de mourabaha »* [610].

4°- Au moment de la signature du contrat, le bien doit exister (matière première, bâtiment, machine), sinon le contrat *mūrabaḥa* serait considéré comme nul, car entâché de *gharār* (incertitude). De même, le vendeur doit en être propriétaire. Cette règle repose sur le principe de l'adossement à un actif tangible : ainsi l'achat et la revente des biens doivent être réels et non virtuels. Autrement dit, *« l'actif de référence doit être un actif physique, échangeable, bien identifié et doit être conservé par le vendeur de la conclusion du contrat à son échéance. Cet actif peut donc être une matière première, un produit manufacturier, une action, etc. »* [611].

5°- Le vendeur est dans l'obligation de porter à la connaissance de l'acheteur tous les défauts éventuels du bien objet de la transaction.

Le recours des banques islamiques au contrat *mūrabaḥa* apparaît comme une opération tripartite, impliquant nécessairement un double transfert de propriété du bien, objet de transaction : le premier transfert a lieu entre la banque (financier) et le détenteur du bien vendu ; le second concerne la banque et son client, acquéreur final du bien en question. Pour rendre cette formule de financement plus adaptée à la nature de l'activité bancaire, l'AAOIFI propose l'explication suivante [612] :

---

[610] Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *op. cit.,* p. 10.

[611] Wafa KAMMOUN MASMOUDI, akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op. cit.,* p. 52 ; Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermadiation financière participative des banques islamiques », *op. cit.,* p. 17.

[612] Voir notamment la norme 8 de l'AAOIFI.

- Étant entendu que la banque n'est pas en possession de l'objet de transaction, un ordre d'achat peut être donné par l'acheteur à la banque qui se charge de l'acquérir auprès d'un courtier et de le revendre à crédit avec une marge fixée au préalable [613]. Donc, la banque *« doit être le propriétaire du bien objet de l'opération avant de le céder définitivement au client »* [614]. Prenons l'exemple d'une entreprise ayant besoin de matières premières : celle-ci peut *« s'adresser à sa banque islamique qui lui propose de financer cet achat à travers une mūrabaḥa. La banque achète les biens en question et les revend à la société avec une marge bénéficiaire (ribḥ) justifiée par l'avance des capitaux, les facilités de paiement proposées et par le risque de contrepartie, entièrement supporté par la banque »* [615].

Ce schéma représente *« une opération de vente à crédit »*, mais, comme le précise Nicolas Hardy, *« plutôt qu'une opération de crédit réalisée au moyen d'un prêt à intérêt, la banque revend le bien en ajoutant une marge commerciale qui rémunère le crédit qu'elle consent »* [616]. Il ne s'agit donc pas d'un prêt au sens classique du terme. En outre, on tient à souligner que dans cette opération, les risques sont entièrement supportés par la banque, détentrice de l'actif, et que sa rémunération sous forme de majoration du prix d'achat du bien, ne varie pas avec l'écoulement de temps, et *« ne compense pas l'utilisation de l'argent mais correspond plutôt à la rémunération du service rendu par la banque »* [617].

---

[613] Voir Ahmed TAHIRI JOUTI, « Le couple risque – rentabilité dans le modèle bancaire islamique », *op. cit.*, p. 53.

[614] Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *op. cit.,* p. 11.

[615] Wafa KAMMOUN MASMOUDI, akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op. cit.,* p. 53 ; Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ*, Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris*, *op*. *cit*. p. 34. Il importe d'ajouter que le client ayant promis d'acquérir le bien auprès de la banque peut décider, s'il n'a pas besoin de ce bien, de le revendre au comptant à une tierce personne lui permettant ainsi de disposer de liquidités immédiates pour les besoins de son projet (Thierry RAMBAUD, « La finance islamique : l'autre finance », *RIDC*, n° 3, vol. 61, 2009, p. 627). Ce procédé, appelé *Tawarrūk,* est très en vogue au Moyen-Orient, car il permet de répondre aux difficultés de trésorerie de l'entreprise

[616] Nicolas HARDY, « Finance islamique : les acteurs, les instruments », *op. cit.,* p. 96.

[617] Elyès JOUINI et Olivier PASTRE, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris, op. cit*., p. 34.

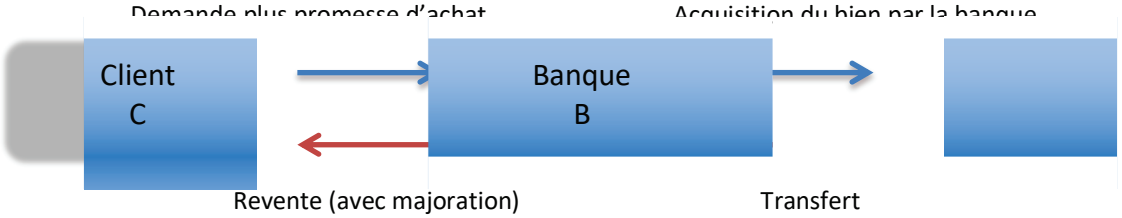
En fait, la mise en place de la l'opération *mūrabaḥa* passe par des étapes précises. Dans un premier temps, le client, « donneur d'ordre d'achat », désigne le bien qu'il veut acquérir et communique l'information à la banque islamique. Celle-ci étudie la solvabilité du client. Dans un second temps, la banque décide d'acquérir le bien en question auprès d'un marchand, après avoir négocié avec son client le prix de revente majoré et payable au comptant ou à terme. Enfin, l'exécution du contrat doit aller jusqu'à son terme, ce qui veut dire que la banque doit remettre le bien à son client moyennant le prix convenu selon les termes et les modalités des échéances annoncés dans l'accord.

Pour schématiser, on peut dire qu'il y a un acheteur final « C » qui fait la demande à une banque (acheteur initial) « B » de se procurer un bien déterminé auprès d'un marchand « A ». B achète le bien auprès de A, et le revend à « C » à un prix majoré d'une marge bénéficiaire, payable comptant ou échelonné dans le temps [618].

Le contrat *mūrabaḥa* comporte quatre phases et fait intervenir trois acteurs :

- Le client adresse une demande d'achat d'un bien par la banque ;
- Il promet à sa banque d'acheter à terme le bien en question ;
- La banque acquiert le bien d'un tiers (fournisseur) ;
- Elle revend le bien à son client.

Figure 9 : Étapes et protagonistes du contrat *mūrabaḥa*



Source : Michaël MOATÉ, p. 77.

[618] Stéphane ODDOS et Hakim LATRACHE, « Le Tawarruq, un mal nécessaire ? », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 2, 2010, p. 52.

Afin de réduire les risques relatifs au contrat de *mūrabaḥa*, l'ordre d'achat est accompagné d'une promesse du client qui s'engage à acheter le bien commandé. Pour s'assurer que le client va s'acquitter du prix convenu, la banque peut instituer un dépôt de garantie. Enfin, dans le but de dissuader les clients de mauvaise foi, des pénalités de retard de paiement sont autorisées, que la banque est tenue de verser aux œuvres de charité [619].

Ce type de financement fondé sur la *mūrabaḥa*, présente certains avantages :

- Il permet d'apporter une solution alternative au crédit à intérêt, adopté par les banques conventionnelles.

- Il a également pour avantage « *de déterminer d'avance le gain que la banque va réaliser, ce qui n'est pas le cas pour la moudaraba et la moucharaka »* [620].

- La *mūrabaḥa* tend à limiter les risques encourus par la banque islamique, puisque l'exécution du contrat se traduit par le transfert de la propriété du bien au client, qui assume seul les aléas futurs liés à la gestion de la chose acquise.

Pour le client musulman, la *mūrabaḥa* constitue un substitut au crédit classique, donc à l'intérêt assimilé au *ribā.* Elle sert, par ailleurs, à financer des besoins essentiels, notamment l'accession à la propriété. On comprend que ce mode de financement domine le paysage du crédit islamique. Il recouvre plus de 80% des activités financières des banques islamiques [621].

Toutefois, en dépit de sa poularité, certains spécialistes contestent le caractère alternatif des transactions *mūrabaḥa,* lui reprochant surtout de reproduire le contrat de dette classique : la marge bénéficiaire serait en réalité de l'intérêt déguisé [622].

---

[619] Ahmed TAHIRI JOUTI, « Le couple risque – rentabilité dans le modèle bancaire islamique », *op. cit.*, p. 54.

[620] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a et institutions financières islamiques », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française*, *op. cit*., p. 83 ; Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *op. cit.,* p. 13.

[621] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique*, *op. cit*., p. 34.

[622] Sur ce point, voir les développements de Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *op. cit.,* p. 17 ; Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit*., pp. 43-44.

Reste à dire que la *mūrabaḥa,* en tant que *« contrat de courte durée »* [623], et étant donné sa rentabilité pour la banque, a *« probablement de beaux jours devant elle »* [624], et il n'apparaît pas qu'il y ait eu un changement perceptible dans la sur-utilisation de ce mode de financement [625].

Cela étant dit, il importe de rappeler que l'intérêt des modes de financement utilisés réside dans le fait qu'ils reposent sur la règle de l'adossement à un actif réel, tangible. Or, Il existe une exception à ce principe qui apparaît à travers le contrat *Salām,* qui représente désormais l'essentiel de l'activité bancaire islamique.

Le contrat *Salām* peut être défini comme une vente avec livraison différée de la chose vendue [626]. En d'autres termes le vendeur reçoit un paiement immédiat contre une *« prestation promise »* [627], ce qui signifie que l'objet de la transaction n'existe pas au moment où elle est conclue. Ce mode de financement, qui constitue une exception à la règle générale de la simultanéité des biens échangés, repose sur le principe du « besoin » financier des individus ou des entreprises [628].

La banque islamique peut utiliser cet instrument financier en tant qu'intermédiaire. Elle va, dès lors, *« jouer un rôle dual, en assumant, successivement, celui d'acheteur et de vendeur. Ainsi, la Banque/acheteur paye au comptant l'achat, au moment de la signature du contrat et, lorsqu'elle reçoit la marchandise, elle change de rôle pour trouver un acheteur qui lui rachète sa marchandise à un prix supérieur à celui qu'elle a payé »* [629].

---

[623] Anouar HASSOUNE, « La finance islamique globale… », *op. cit.*, p. 100.

[624] Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *op. cit.,* p. 20.

[625] Munawar IQBAL et autres, *Défis au système bancaire islamique*, *op. cit.* p. 26.

[626] Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.,* p. 21 ; Centre du commerce interntional, Le système bancaire islamique, guide à l'intention des petites et moyennes entreprises, *op. cit.,* p. 7 ; Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 67.

[627] Voir Alain ABI HAIDAR, *La banque islamique*, Thèse, droit, Paris II, 1991, pp. 351-356.

[628] Voir Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 257.

[629] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a et institutions financières islamiques », *op. cit.,* p. 84.

Et pour couvrir le risque des fluctuations du marché entre le moment de l'achat et celui de la vente, la banque islamique cherche généralement à signer, au moment de la transaction avec le fournisseur de la marchandise, *« un accord de salām parallèle (salām mūwazi) »* avec cette fois-ci *« un acheteur potentiel de ces mêmes biens »*. Ainsi, nous aurons un premier contrat *salām* (long) entre la banque, le vendeur et l'acheteur, et en parallèle un autre contrat *salām* (court) avec un autre acheteur *« sur le même actif et à la même échéance »* [630]. Il convient d'ajouter que ce second *salām* n'affecte pas le premier, puisque *« si, pour une raison quelconque, le vendeur initial ne remet pas ses biens à la banque, cette dernière est tenue de livrer son client, quitte à acheter directement la marchandise en question sur le marché »* [631].

Il est souligné que cette technique de financement *« permet d'échapper aux restrictions religieuses interdisant la vente d'objets futurs ou aléatoires »* [632]. Cette dérogation est justifiée par l'application du principe de nécessité (*ḍarūra*) : dans la vente *salām*, l'objectif initial est de venir en aide aux petits agriculteurs qui ont besoin, entre deux récoltes, d'un « crédit saisonnier » et à moyen terme, ce qui relève effectivement du principe de *ḍarūra*. L'idée est la suivante : un agriculteur veut vendre une quantité de céréales avec promesse de livrer la marchandise dans un délai déterminé. La banque intervient comme acheteur et paie immédiatement l'intégralité de la somme (10 000 dollars, par exemple), pour un produit qui n'existe pas encore. Après la récolte, le producteur livre le bien à la banque, laquelle peut le revendre sur le marché à un prix majoré [633].

Aujourd', le contrat *salām* est désormais utilisé pour l'acquisition de tous les biens marchands librement accessibles et disponibles sur le marché. Il tend, en plus, à remplacer certains produits dérivés, tels les contrats à terme ou les options [634].

---

[630] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharar », op. cit.,* p. 82.

[631] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a et institutions financières islamiques », *op. cit.,* p. 84 ;

[632] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique*, *op. cit*., p. 36.

[633] Centre du commerce international*, Le système bancaire islamique*, Guide…, *op. cit*., p. 8.

[634] Voir Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit*., p. 47.

Il reste néanmoins quelques conditions à respecter pour permettre un tel contrat : il faut que le bien, objet de transaction, soit clairement défini dans ses différents aspects : qualité, quantité, prix, date et lieu de sa livraison, cela afin d'éviter *« une opération usuraire »* [635].

Par la réunion de ces conditions, il s'agit d'essayer de donner au bien, de par ses spécifications, une existence réelle. On considère toutefois que la possibilité du *gharār* (hasard) demeure importante et c'est pourquoi ce type de financement n'est pas très populaire auprès des légistes théologiens [636].

Au centre de la pratique bancaire islamique se trouve une autre variante de crédit associé à la vente, appelé *istisnā'* (ou contrat industriel). *« Cette technique permet à la banque de servir son client en sous-traitant auprès d'un tiers spécialisé »* [637]. À titre d'illustration, une société veut acheter un navire et à cet effet contacte la banque pour lui demander de financer l'opération (contrat *istisnā'*). La banque passe commande à un chantier naval. Il s'agit donc d'un second contrat d'*istisnā'* (contrat parallèle) aux termes duquel l'établissement bancaire achète le navire au constructeur (coût pour la banque) et le revend à la société qui a fait la demande avec le prix coûtant majoré d'un bénéfice. La société règle plus tard le montant dû.

Envisagé sous cet angle, ce mode de financement se rapproche du contrat *salām* en ce sens qu'il est utilisé pour financer des marchandises qui n'existent pas encore. Il s'en éloigne cependant dans la mesure où il n'exige pas le paiement intégral d'avance au moment de la signature du contrat [638]. Toutefois, la banque n'a pas besoin d'attendre la fin de l'exercice financier des entreprises financées pour calculer sa part dans les bénéfices réalisés par celles-ci [639].

---

[635] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique*, *op. cit.*, p. 36.

[636] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a et institutions financières islamiques », *op. cit.*, p. 84.

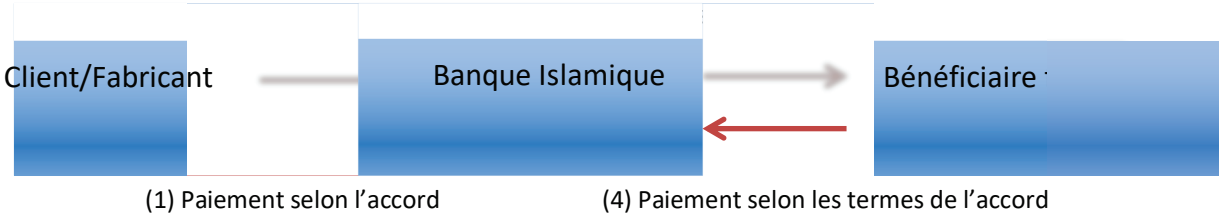
[637] Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermadiation financière participative des banques islamiques », *op. cit.,* p. 17.

[638] Centre du commerce international, Guide…, *op. cit.*, p. 9 ; Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.,* p. 59.

[639] Voir Mohammed BOUDJELAL, « Trois décennies de pratique bancaire : repenser la théorie des banques islamiques », *op., cit.,* p. 37.

En outre, l'*istisnā'* est généralement initié par un acheteur qui souhaite obtenir un bien à des spécifications précises alors que le *salām* est initié par le vendeur. Autre différence, l'*istisnā'* constitue une transaction contractuelle portant sur des biens manufacturés, sur la construction ou la fabrication de biens uniques (conformément à un cahier des charges précis) [640], alors que le *salām* est réservé à des biens marchands, déjà disponibles sur le marché [641].

Figure 10 : Schéma d'un contrat *istisnā'*



Source : Karim CHÉRIF, *La finance islamique. Analyse des produits islamiques*, p. 36.

À côté de ces techniques, dérogeant aux principes de la loi islamique, une autre solution va consister à recourir à des schémas plus proches des contrats classiques de crédit-bail ou *leasing*, il s'agit du contrat de location appelé *l'ijrarā*.

2. Les modes de financement basés sur le crédit-location (*ijarā*)

L'*ijarā* est une transaction qui peut s'apparenter à un contrat de cession-bail [642]. Selon les prescriptions de la *sharī'a*, tous les biens sont susceptibles d'être loués, à part l'argent et les biens perissables (le carburant, par exemple) [643].

---

[640] La législation fiscale français définit l'*istisnā' comme étant « un contrat de construction aux termes duquel un client demande à un tiers chargé de la construction, appelé le fabricant", de lui construire un ouvrage mobilier ou immobilier moyennant un prix payable d'avance, de manière fractionnée, à terme ou encore à tempérament. Le contrat prévoit que la propriété du bien construit est transférée au client à l'achèvement »*, Instruction du 23 juillet 2010, Bulletin officiel des impôts n° 78 du 2' août 2010.

[641] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a et institutions financières islamiques », *op. cit.*, p. 85.

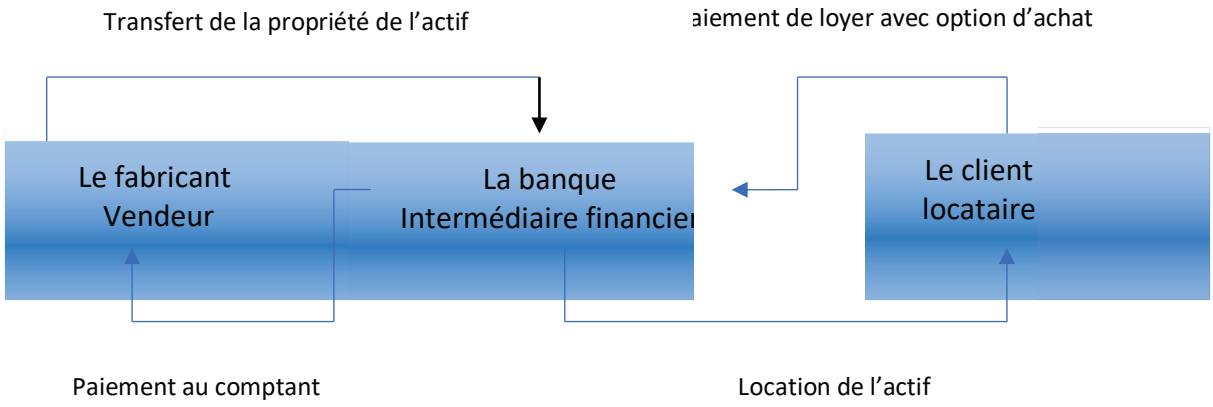
[642] Elyès JOUINI et Olivier PASTRE, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*… », op. cit.*, p. 36 ; Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 70.

[643] Voir Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit.,* p. 21 ; Centre du commerce international*, Le système bancaire islamique, Guide…, op. cit.*, p. 16.

Utilisé généralement pour des financements dans les secteurs des transports, de l'équipement et de l'immobilier, l'opération *ijarā*, permet à la banque islamique de procéder à l'achat du bien auprès d'un fournisseur pour ensuite le mettre à la disposition du client (personne physique ou morale) en contrepartie d'un loyer périodique déterminé à l'avance, qui couvre tout ou partie du prix d'achat initial du bien par la banque ainsi que sa rémunération [644].

Comme pour les autres modes de financement, le contrat *ijarā* fait intervenir trois acteurs : la banque islamique (intermédiaire), le fabricant (détenteur initial du bien) et le client (locataire).

Figure 11 : Schéma simplifié du contrat *ijarā*



Source : JOUINI et PASTRÉ, Rapport, p. 36.

Le client dispose du bien durant toute la durée du contrat, mais la banque demeure propriétaire du bien loué. Cela constitue une garantie équivalente à celle d'un crédit-bail classique. Notons que la banque ne supporte pas les risques liés à l'usage du bien loué qui ne pèsent que sur le locataire [645]. Elle n'a à sa charge que les risques du

[644] Centre du commerce international, Le système bancaire islamique, Guide…, *op. cit.*, p. 9 ; Nicolas HARDY, « Finance islamique : les acteurs, les isntruments », *op. cit.,* p. 95 ; Issouf SOUMARÉ, « La pratique de la finance islamique », op. cit., p. 66 ; Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit.*, p. 45.

[645] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique*, *op. cit.*, p. 36 ; Elyès JOUINI et Olivier PASTRE, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris… », *op. cit.*, p. 37.

propriétaire (risque de prix du marché, risque opérationnel, etc.) À l'échéance du bail, le client restitue le bien à la banque ou demande le renouvellement de la location.

Bien que le loyer soit fixé à l'avance pour toute la durée du contrat, il peut être périodiquement révisé par un expert afin d'éviter les aléas d'un marché souvent fluctuant. Les *Fūḳahā* autorise cette option pouvant donner lieu à un taux d'*ijarā* variable, à condition que les parties concernées soient constantes [646].

On reconnaît aussi à l'*ijarā* l'avantage d'être un contrat de financement de longue durée, contrairement au contrat *mūḍaraba* [647].

Précisions toutefois que le contrat d'*ijarā* se différencie du contrat de location ordinaire qui veut que le locataire soit tenu de s'aquiter des loyers alors même que le bien loué soit rendu impropre à l'usage. Dans le contrat d'*ijarā*, un tel cas de figure exonère le client de son obligation de verser les loyers [648].

De même, le contrat d'*ijarā*, contrairement à un contrat crédit-bail, ne peut prévoir le versement d'intérêts de retard dus par le locataire qui ne paierait pas le loyer dans les délais convenus. Cela irait à l'encontre du principe d'interdiction du *ribā, « mais aussi parce que la philosophie musulmane réprouve toute provision dans un contrat financier qui pénalise un débiteur de bonne foi déjà en difficulté »* [649].

Il convient de noter que, comme dans le cadre d'une transaction conventionelle, le droit musulman distingue entre le « crédit-bail de financement » et le « crédit-bail d'exploitation ». Dans le premier cas, la location peut se transformer en vente, si le locataire désire l'acquisition du bien, alors que dans le second cas, aucun engagement de transfert de propriété n'est autorisé.

En fait, différents types d'*ijarā* sont envisagés :

---

[646] Voir sur ce point Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marhé et « gharar »…*, *op. cit.,* pp. 88-89.

[647] Anouar HASSOUNE, « La finance islamique globale… », *op. cit.*, p. 100 ; Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique*, *op. cit.*, p. 67.

[648] Le bailleur de fonds peut toutefois faire jouer son assurance.

[649] Elyès JOUINI et Olivier PASTRE, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris, op. cit.*, p. 36.

- Contrat d'*ijarā* simple ou classique. Dans ce cas, la banque acquiert elle-même le bien (terrains, équipements, immeubles...) et le loue au client moyennant une rémunération détérminée d'avance durant une période convenue [650]. Autrement dit, il n'est pas besoin de faire intervenir une tierce partie au contrat, la banque n'est pas obligée d'acheter la chose à un fournisseur pour la louer au client [651]. En fin du contrat, le locataire rend le bien à la banque.

- *Ijarā mūntahiya bi istimlak* (location aboutissant au transfert de propriété). Dans cette situation, les contrats de location et de vente existent dans le même accord, et de ce fait, la propriété du bien loué est transmise automatiquement au preneur, dès le versement de la dernière échéance *« sans avoir besoin de conclure un nouveau contrat pour tel transfert »* [652] et *« sans devoir pour cela verser davantage d'argent »* [653]. Il semble que ce type de transaction ne diffère pas de façon fondamentale de son équivalent en finance classique. On souligne à cet égard que *« la véritable différence se fait au niveau de l'application des règles de la sharī'a concernant les biens loués »* [654]. Reste toutefois à observer que la location-vente permet à la banque de s'assurer du transfert automatique de propriété du bien au preneur, contrairement au crédit-bail où la banque court le risque de garder le bien à défaut d'exercice de l'option d'achat par le locataire.

- Une autre forme d'*ijarā* contient l'option d'achat qui, comme le *leasing*, donne au locataire la possibilité d'acquérir la propriété des biens qu'il peut lever pendant la durée du contrat. Mais à l'opposé du *leasing*, le client n'est pas contraint d'acheter les biens financés par l'*ijarā*.

---

[650] Voir Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermadiation financière participative des banques islamiques », *op. cit.,* p. 17.

[651] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique*, *op. cit*., p. 37.

[652] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, op. cit., p. 86.

[653] Centre du commerce international*,* Le système bancaire islamique, Guide…, *op. cit*., p. 17.

[654] Abdel Maoula CHAAR, « Chari'a et institutions financières islamiques », *op. cit*., p. 85

- Une quatrième variété d'*ijarā* consiste dans une transaction associant dans un montage contractuel complexe un bail et une vente, c'est *l'ijarā wa-iḳtina*' [655]. Dans ce cas, lors de la signature de l'accord, le client fait une promesse d'acquérir la chose louée au terme du contrat de location. À cet effet, il verse pérodiquement le prix du loyer à la banque, en plus d'une partie du prix total du bien loué. *« Ces montants complémentaires successifs sont placés dans un compte d'investissements, ce qui permettra au locataire le rachat du bien en fin de contrat. Les profits générés par les montants déposés sur le compte sont au bénéfice du client »* [656].

À la différence du contrat de location-vente traditionnelle, le client du contrat d'*ijarā wa-iḳtina* se doit d'acheter le bien loué en fin de contrat. Ce type de contrat présente une garantie pour la banque qui détient un droit de propriété sur le bien mis en location et qui l'autorise, *« en cas de défaillance du locataire, à reprendre le bien et à s'opposer à toute revendication des tiers sur le matériel qui n'est jamais entré dans le patrimoine du locataire »* [657].

Par ailleurs, d'après Malek Abou Hamdan, ce type de contrat, fondé sur la vente d'usufruit, aurait permis aux juristes contemporains d'inclure d'autres produits dans le cadre de l'*ijarā,* comme, par exemple, les *ṣūkūk.* Selon l'auteur, *« l'argument de fond derrière cette opinion est que si la propriété matérielle peut être transférée, la vente de titres représentant cette propriété ne devrait pas donner lieu aux formes interdites de vente de dettes contre des dettes" »* [658]. Il faut rappeler que le droit islamique n'interdit pas la titrisation des contrats, mais impose des conditions de validité.

Ainsi, pour être autorisée, la cession des titres doit aboutir à un transfert de la propriété matérielle des biens et des droits et obligations qui lui sont attachés. Cela fait dire à certains auteurs que *« dans le cas du crédit-bail, la société peut titriser la créance sans pour autant perdre la propriété de l'actif sous-jacent. Dans une ijara, la*

---

[655] Pour plus de développements sur cette notion, voir IIRF, *Introduction aux techniques islamiques de financement, op. cit.* pp. 131 et s.

[656] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 70.

[657] Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique*, *op. cit*., p. 37.

[658] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marhé et « gharar »…, op. cit.,* p. 88.

créance et l'actif étant indissociables, toute opération de titrisation doit donc porter sur les deux » [659].

Il se dégage de cet aperçu une lecture très ouverte de la *sharī'a* ayant permis l'élaboration de techniques de financement innovantes pour répondre aux nécessités de la finance islamique. Reste que ces techniques se structurent globalement autour de deux catégories : des techniques de prise de participation basées sur le principe de partage des pertes et des profits (*mūsharaka*, *mūḍaraba*) et des techniques de financement à caractère commercial (*mūrabaḥa*, *istisnā'*, *salām* et *ijarā*).

Dans tous les cas de figure, l'intermédiation bancaire islamique, à la différence d'une banque conventionnelle, présente deux grands aspects spécifiques :

- La rémunération de la banque et du client se fait sur la base d'un taux de rendement généré par les actifs financés et non pas sur la base d'un taux d'intérêt prédéterminé.

- Souvent, la banque occupe le statut de partenaire et de bailleur de fonds ; elle intervient dans le financement des projets à la fois en accordant du crédit et en participant aux pertes et profits engendrés par les actifs financés.

- Le crédit islamique a la propriété fondamentale d'être toujours adossé à un actif réel et tangible ; il conserve ainsi un lien direct avec l'économie réelle.

Le respect de ces principes, intégrés au mode de financement, semble différencier la banque islamique de la banque classique. On peut penser qu'en définitive l'action des établissements financiers islamiques constitue une tentative de conciliation entre, d'une part, les exigences professionnelles de pratiques bancaires consacrées et, d'autre part, les impératifs du respect des principes fondamentaux de la *sharī'a* en la matière [660]. Toutefois, les choses ne se présentent pas de façon aussi simple et si, théoriquement, la finance islamique peut se prévaloir de certaines qualités liées à l'éthique, des difficultés subsistent du point de vue pratique.

---

[659] Elyès JOUINI et Olivier PASTRE, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris, op. cit*., p. 37.

[660] Voir Nasser HIDEUR, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *op. cit.,* p. 17.

§ 2. Les points faibles de la finance islamique

La finance islamique a fonctionné de manière presque confidentielle. Au départ, les banques islamiques étaient en effet de toutes petites structures familiales qui ont pris l'habitude d'agir de manière isolée et discrète. Mais depuis que cette finance a connu un certain essor, elle s'est trouvée confrontée à un doublement des difficultés par rapport à la finance classique (A) qui pourrait, dans une certaine limite, expliquer sa difficile intégration par l'Occident (B).

A. Le doublement des difficultés vécues par les banques islamiques

Nous avons montré que la banque islamique repose sur des exigences relevant à la fois des règles financières classiques et des normes religieuses. Or, il est établi que l'interférence de la religion consitue le point de différence caractérisant la finance islamique par rapport à la finance classique [661]. Elle expliquerait, par ailleurs, qu'à côté des risques ordinaires, propres à toutes les banques, existe de risques spécifiques aux institutions financières islamiques [662].

1. Les risques bancaires ordinaires

Le concept de risque a toujours fait partie intégrante de l'activité financière. Sur ce plan, les banques islamiques, évoluant dans un contexte régional et international où la concurrence s'intensifie de plus en plus, et en raison de leur jeune âge [663], doivent faire face, de manière aiguë, à trois risques types : le risque de crédit, le risque de liquidité et le risque de marché.

a) Le risque de crédit

Le risque de crédit ou risque de contrepartie fait référence à la défaillace éventuelle de l'emprunteur vis-à-vis de son créancier, laquelle se traduit par une perte correspondant au non-recouverement partiel ou total des fonds prêtés. *« Ce risque est*

---

[661] Voir notamment Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit.*, p. 52.

[662] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit.*, p. 44.

[663] Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires*, *op. cit.,* p. 26.

au cœur de l'activité bancaire qui résulte de sa fonction d'intermédiaire financier » [664]. En effet, le principe d'une banque, en tant que bailleurs de fonds, est d'accorder des crédits à ses clients (particuliers ou entreprises), et de ce fait, la probabilité de s'exposer au défaut de remboursement du débiteur ou qu'il ne puisse remplir ses obligations à l'échéance pévue, existe, d'où la nécessité pour la banque de prendre des garanties pour se prémunir contre un tel risque.

Les banques islamiques utilisent des contrats de financement où elles apparaissent à la fois comme créanciers et partenaires. Du coup, leurs droits en tant que financiers, sont soumis au respect de leurs obligations en tant que vendeur (contrats m*ūrabaḥa* et *salām*), loueur (contrat *ijarā*), acheteur/vendeur (contrat *istisnā*'), et entrepreneur ou investisseur (contrats *mūsh*araka et *mūḍaraba*).

Toutes ces opérations comportent des risques pouvant affecter le crédit consenti par la banque islamique. Nous en retiendrons principalement l'interdiction de fixer des taux d'intérêt, permettant à la banque islamique de rééchelonner la dette de son débieur sur la base d'une marge renégociée plus élevée [665], ou d'appliquer des frais supplémentaires, en fonction de la conjoncture économique. Cette réserve pourrait encourager les clients de mauvaise foi à se déclarer défaillant [666]. La banque peut recourir à des garanties pour se prémunir contre ce risque (caution, hypothèque, etc.)

Le risque de crédit pourrait se manifester aussi par le retard de remboursement (contrats m*ūrabaḥa*, *ijarā*), ou par le retard de livraison du bien financé (contrats salam, *istisnā*'). Afin de se protéger contre ce risque, la banque est autorisée à prélever des pénalités de retard, mais elle doit les attribuer à des œuvres de charité [667].

D'après une étude faite par la BID en 2002, relative à la perception du risque par les institutions financières islamiques, le risque de marge (autrement le risque du taux

---

[664] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit*., p. 48.

[665] Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique : op. cit.,* p. 113 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, *op. cit.,* p. 180.

[666] Voir Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit.*, p. 55.

[667] Voir *infra*, pp. 308-311.

d'intérêt) vient en premier [668]. C'est pourquoi, la banque se doit de mener une gestion appropriée de ce risque, s'appuyant, notamment, sur une sélection consenscieuse des contreparties. À cet égard, les agences de notation et les banques proposent un certain nombre de critères qu'il faut prendre en compte dans l'évaluation des débiteurs potentiels. Les plus intéressants, écrit karim Chérif, sont : *« le système légal du pays de la contrepartie, la taille de l'entreprise, le système de contrôle interne mis en place par l'établissement, l'utilisation par la banque de dérivés de crédit à des fins de couverture, le rating interne ou externe et enfin la solvabilité de la contrepartie en étudiant de plus près la solvabilité de demandeurs de crédits »* [669].

En raison de la nature particulière des produits commercialisés par la banque islamique et de la diversité des intervenants (banque, client, fournisseur des biens) dans les différentes transactions, le risque de crédit (marge bénéficiaire) va s'amplifier dans la mesure où il va s'imbriquer au risque de marché (variation du taux de référence, fluctuation des prix. Notons ici que cette transformation, connue sous l'expression d'« enchevêtrement des risques », est considérée comme inhérente aux banques islamiques [670].

Toujours est-il que pour atténuer le risque de crédit, *l'Islamic Financial Service Board* (IFSB) a fait des recommandations visant les *« institutions n'offrant que des services financiers islamiques »* [671]. Nous reprenons ici les propositions essentielles, telles qu'elles sont traduites et exposées par Karim Chérif [672] :

---

[668] IIRF, Banque Islamique de Développement, « La gestion des risques : l'analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique ». Jeddah.2002, p. 67.

[669] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit*., p. 51.

[670] Moussa DIOP, *L'analyse des produits financiers islamiques et la gestion des risques. Cas de la Moucharaka et de la Mourabaha*, Master 2, Monnaie, finance et banque, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2013 ; Khoutem BEN JEDIDIA DAOUD, « L'intermédiation financière participative des banques islamiques », *op. cit*., p. 24 ; Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit*., p. 44 ; Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit*., p. 63.

[671] *Guiding Principles of Risk Management for Institutions (other than Insurance Institutions) offering only Islamic Financial Services Guideline to IFI de l'IFSB*, Communication, décembre 2005. Document disponible sur le site https://ifsb.org/standard/ifsb1.pdf (consulté le 10 octobre 2018).

[672] Ces propositions sont citées par Karim Chérif dans son étude sur la finance islamique, pp. 51-52.

Crédit risque : considérations pratiques

22 : *« En raison des particularités de chaque instrument financier, le risque de crédit doit être analysé pour chacun d'eux. Ceci facilitera la mise en place d'un système de contrôle interne et de gestion des risques »*.

« La majorité des juridictions interdit l'application de pénalités en cas de défaut, sauf en cas de mauvaise gestion délibérée de la part du cocontractant, ce qui augmente la probabilité de défaut. De plus, l'amende prélevée ne peut être au bénéfice de la banque mais doit être versée à une œuvre caritative ou au fond Zakat ce qui a pour conséquence d'augmenter le coût de la perte en cas de défaut ».

23 : *« Chaque IFI est censée mettre en place un système de gestion des risques permettant l'identification, la mesure, le suivi, le reporting et le contrôle du risque de crédit »*.

24 : *« Les IIFS doivent considérer le risque de crédit de manière holistique et s'assurer que la gestion du risque de crédit prenne part à une approche intégrée de la gestion de l'ensemble des risques financiers. Étant donné la nature des instruments financiers islamiques, les sources des risques de crédits peuvent être les mêmes que les risques de marché ou opérationnel. Par exemple, dans un contrat Salam (voir ch.2.2), un changement des variables affectant le risque de marché comme le prix des matières premières ou un climat désavantageux peut devenir des déterminants clés influençant le risque de crédit »* [673].

Principes :

30 : *« Les IIFS mettent en place des procédures définissant les contreparties éligibles (retail/consommateur, entreprise ou État), la nature des financements approuvés ainsi que le type d'instruments appropriés. Elles doivent obtenir suffisamment d'informations pour permettre une évaluation complète du profil de risque de la contrepartie avant l'octroi du financement »* [674].

---

[673] IFSB, *Guiding Principles, op. cit.,* p. 7.

[674] *Ibid*., p. 8.

31 : *« Les IIFS doivent mettre en place une politique de due diligence 44 permettant l'évaluation des contreparties, en particulier pour les transactions impliquant : d'une part, des partenariats incluant de multiples modes de financements.L'IIFS doit mettre en place des processus de contrôle lors d'opérations avec des particuliers ou des États afin de répondre à des objectifs spécifiques financiers conçu pour résoudre les problèmes d'adéquation avec la Shari'a, les problèmes légaux et les problèmes fiscaux des clients. D'autre part, une solvabilité qui pourrait être influencé par des facteurs externes : lorsque de graves risques sont présents dans des produits de participations, particulièrement dans le cas des financements Mudaraba, d'autres contrôles et évaluations seront portées sur la finalité économique du projet, la capacité d'exploitation ainsi l'évaluation des cash flow prévisionnels. La stratégie de diminution du risque doit être aussi précise que possible »* [675].

Pour terminer sur ce point, notons que le risque de crédit est, plus ou moins, atténué par le principe d'adossement du contrat de financement à un actif réel. En effet, à la différence des banques classiques, le mécanisme d'adossement offre à la banque islamique un outil de contrôle du risque de crédit, dans la mesure où elle exige la matérialité des transactions financées, évitant de la sorte le risque de concentration d'actifs bancaires fictifs [676].

Au demeurant, la banque islamique peut recourir à des méthodes traditionnelles d'atténuation du risque de crédit, comme, par exemple, la constitution de réserves et provisions, ou encore le natissement, une technique autorisée par la *sharī'a*, du moment qu'il ne porte pas sur des créances, des produits périssables ou sur des contrats financiers à base d'intérêt.

Comme dans le système bancaire conventionnel, en plus du risque de crédit, la banque islamique peut se trouver confrontée au risque de liquidité. Cette question est, cependant, sensiblement plus complexe pour les instiutions financières islamiques.

---

[675] IFSB, *Guiding Principles, op. cit.,* p. 8.

[676] Voir Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit.*, p. 55.

b) Le risque de liquidité

Le risque de liquidité est une menace pour toute institution bancaire. Ce risque peut être lié à la non-disponibilité des ressources pour combler un passif ; il peut aussi provenir d'un excédent trop élevé de liquidité. Quoi qu'il en soit, la banque doit répondre à deux exigences : liquidité et rentabilité : d'une part, les fonds déposés à la banque constituent constituent ses sources de profit, d'autre part la banque doit être prête à restituer les dépôts à ses clients à n'importe quel moment [677]. Ainsi, s'il est commun de dire qu'une banque peut être solvable sans pour autant disposer de liquidité, son statut de mandataire-dépositaire *« exige la mise à disposition des fonds sous forme de liquidité afin de répondre à ses obligations principales. Dans le cadre de sa mission de mandataire, il sera tenu d'exécuter les ordres venant du mandant, alors que dans celle de dépositaire il a une obligation de restitution »* [678] ; il doit rendre la chose objet de dépôt sans aucune contrepartie de la part du client.

On mesure donc l'importance du risque de liquidité, lequel est *« intimement lié à la problématique de gestion actif-passif »* [679]. Il existe plusieurs sources d'incertitudes qui favorisent l'exposition des banques aux problèmes de liquidité :

- Tout d'abord, il peut y avoir une baisse imprévue du flux de trésorerie net d'une banque quand celle-ci se trouve dans l'incapacité de mobiliser des fonds nécessaires à des coûts raisonnables, ou de vendre ses actifs [680]. Il s'agit de l'un des risques les plus graves pour une banque puisque celle-ci ne peut plus honorer ses engagements. Cela est encore plus décisif pour les banques islamiques qui, en raison de leur création récente, sont peu structurées et doivent faire face à des problèmes de réglementation, d'infrastructures, d'homogénéité et d'instruments de financement adaptés [681].

---

[677] Voir *infra*, pp. 331 et s.

[678] Mballo THIAM, *De la religion à la banque*, *op. cit.,* p. 318.

[679] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, riques de marché et « Gharār »…, op. cit.,* p. 110.

[680] Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN, *«* Réglementation et contrôle des banques islamiques », *op. cit.*, p. 73 ; Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 143.

[681] Voir Yahia ABDUL-RAHMAN, « Islamic instruments for managing liquidity », *International Journal of Islamic Financial Services*, vol. 1 n° 1, 1999, voir http://www.kantakji.com/media/1945/art3.pdf (consulté le 25 octobre 2014) ; Anjum IQBAL, « Liquidity risk management : A comparative study

- Ensuite, la majorité des banques islamiques dépend largement des comptes courants, qui peuvent être retirés à tout moment. De tels retraits peuvent avoir lieu pour un certain nombre de raisons : insuffisance des rendements sur ces comptes, le non-respect de la *sharī'a*, une crise systémique [682] et parfois une simple circulation de *« rumeurs sur la performance de la banque »* [683]. Le danger pour la banque est alors de ne pas pouvoir supporter *« une demande massive de retraits »* [684], d'autant plus que l'arrivée de nouveaux clients demeure incertaine.

- Enfin, la *sharī'a* interdit la vente des dettes [685] lesquelles constituent une part non-négligeable des actifs d'une banque. Notons à cet égard, que la finance islamique a plutôt tendance à encourager des investissements liés aux actions négligeant ceux assimilés à la dette. Or, nous dit Laurent Weill, *« les premiers sont par nature plus risqués en termes de rendement »* [686].

D'autres facteurs interviennent dans l'augmentation du risque de liquidité des banques islamiques. Ainsi, en s'abstenant de pratiquer l'intérêt de retard, la banque *« se prive d'une ressource simple et facile »* [687].

En outre, le fait que la banque islamique consacre des ressources conséquentes à des œuvres charitables et à la zakāt (aumône) la prive de fonds qui peuvent s'avérer utiles en cas de difficultés passagères [688].

---

between conventional and Islamic banks of Pakistan », *Global Journal of Business Research,* vol. marsh 2012, pp. 55-64. Texte disponible sur https://globaljournals.org/GJMBR_Volume12/6-Liquidity-Risk-Management.pdf (consulté le 25 octobre 2014).

[682] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit*., p. 56.

[683] Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN, *«* Réglementation et contrôle des banques islamiques », *op*. *cit*., p. 29.

[684] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op*. *cit.,* p. 129.

[685] Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des operations de credit islamique, op. cit*., p. 65 ; Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, riques de marché et « Gharār »…, op. cit.,* p. 468.

[686] Laurent WEILL, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? », *op. cit.,* p. 24

[687] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op*. *cit.,* p. 127.

[688] *Idem*.

À cela s'ajoute le fait que, jusqu'à présent, l'un des inconvénients de la banque islamique est cette tendance à centraliser ses avoirs et investissements dans des lieux géographiquement limitées et dans certaines activités et produits très ciblés dits *ḥalal*. Or, la diversification des produits financiers et des actifs est l'un des moyens les plus sûrs de prévenir les risques de liquidités.

De plus, il est établi que la finance islamique ne peut pas être liée, du moins théoriquement, à l'utilisation de garanties pour réduire le risque de crédit du bailleur de fonds. Certes, cette absene de sûreté est compensée par le partage des pertes et des profits mais l'application de ce principe aboutit également à rendre les banques islamiques moins stables. Ainsi, *« face à une situation de non-remboursement massif des emprunteurs, la banque islamique ne pourra pas réduire ses pertes par la récupération d'actifs obtenus en garantie »* [689]. Cette situation peut entraîner un manque de liquidités. Bien plus, elle peut avoir un effet négatif sur la qualité des actifs de la banque [690].

Il est à noter également que la plupart des crédits alloués par la banque islamique sont à court terme. Or, il existe une règle valable pour toutes les banques qui est la forte variation entre le financement des actifs à court terme et le financement des actifs à long terme, ce que l'on nomme le « risque de transformation » qui peut mettre une banque à court de liquidités, en raison du décalage entre resssources et emplois. Ce risque, lié à la gestion actif-passif (GAP), pèse davantage sur les banques islamiques qui ne peuvent recourir aux marchés financiers en empruntant avec intérêt, étant donné que l'idée même d'intérêt est interdite par la *sharī'a*.

Reste à ajouter deux indications permettant de nuancer le degré d'exposition de la finance islamique au risque de liquidité :

---

[689] Laurent WEILL, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? », *op. cit.,* p. 23.

[690] Voir sur ce point, Saiful Azhar ROSLY, Mohammad Ashadi-Mohd AINI, « Risk-return analysis of Islamic banks' investment deposits and shareholders' fund », *Managerial Finance*, vol. 34, n° 10, 2008, pp. 695-707.

https://www.isfin.net/sites/isfin.com/files/risk-return_analysis_of_islamic_banks_investment_deposits_and_shareholders_fund.pdf (consulté le 25 octobre 2014).

- L'un des éléments déterminants du défaut de paiement est sans doute l'échéance de la facilité de crédit. Dans cette perspective, il est convenu que *« les actifs d'échéance à long terme sont assignés d'un coefficient de risque plus élevé que ceux qui ont une échéance à court terme »* [691]. Or, les banques islamiques accordent essentiellement des financements à court terme pour la plupart des opérations et par conséquent les risques qu'elles encourent sont relativement bas.

- Il semble que le risque de liquidité que rencontrent les banques islamiques reste bas ; cette situation résulterait du haut niveau de trésorerie des banques [692]. Notons toutefois qu'il s'agit là d'une « arme à double tranchant », car si ce niveau de trésorerie met les banques à l'abri des problèmes de liquidités, il les a aussi incitées à ne pas diversifier les moyens de placements des produits conformes à la *sharī'a*.

La banque islamique, comme la banque conventionnelle, est confrontée à un autre risque, celui lié au marché.

c) Les risques de marché

De manière générale, les risques du marché tiennent aux variations de taux d'intérêt, des cours de change de devises et des valeurs immobilières [693], au niveau d'inflation et aux fluctuations des prix des matières premières, des marchandises et des actions [694]. Les sources du risque de marché sont donc multiples et variées [695].

---

[691] Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN, *«* Réglementation et contrôle des banques islamiques », *op. cit.*, p. 70.

[692] On considère que dans les banques islamiques, *« le ratio de liquidités est de 25%, alors qu'il est de 5% dans les banques classiques »*. Cette comparaison *« prouve la capacité de résistance des banques islamiques »*. Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit*. p. 231. Selon d'autres études, les banques islamiques détiendraient 40% de plus de liquidité, en comparaison avec les banques conventionnelles. Voir Mansoor KHAN, Ishaq BHATTI, "Development in Islamic banking: a financial risk- allocation approach", *The Journal of Risk Finance*, 9, 2008, pp. 40-51.

[693] IFSB, *Guiding principles op. cit.*, p. 21.

[694] Ioannis AKKI IDIS, KHANDELWAL Sunil Kumar, *Financial risk management for Islamic Banking and Finance*, Hampshire : Palgrave MacMillan, 2008 (http://armanib.com/fa/wp-content/uploads/Palgrave-Macmillan-Finance-and-Capital-Markets-Series-Ioannis-Akkizidis-Sunil-Kumar-Khandelwal-Financial-risk-management-for-Islamic-banking-and.pdf) (consulté le 25 octobre 2014).

[695] Voir Louis ESCH, Robert KIEFFER et Thierry LÓPE , *Asset & risk management : la finance orientée "risques",* Bruxelles, éd. De Boeck, 2003, p. 29.

Toutes les banques sont exposées à ces types de risques. Mais alors que les banques classiques essayent de les gérer en utilisant des instruments de financement à terme et des contrats à option et d'échange, les banques islamiques se heurtent au fait que les légistes théologiens ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la licéité de ces moyens juridiques. Cela a réduit la possibilité d'élaborer des substituts compatibles avec la *sharī'a* pour les techniques conventionnelles de gestion des risques [696].

Notons que les risques liés aux taux d'intérêt sont les plus logiques et les plus importants risques du marché que rencontrent généralement les institutions financières conventionnelles, étant donné que le prêt à intérêt est à la base de leurs activités d'intermédiation. Pour n'importe quelle banque, il est essentiel de se couvrir contre le risque de taux.

Or, étant établi que les banques islamiques prohibent l'intérêt, on peut suggérer qu'elles sont à l'abri de ce risque. Cette supposition doit néanmoins être nuancée, dans la mesure où les banques islamiques peuvent indirectement rencontrer ce risque à travers la marge bénéficiaire de la vente différée (contrat *salām*) et les transactions basées sur le crédit bail ou *leasing* (contrat d'*ijarā*) [697]. En effet, puisque les banques islamiques sont généralement amenées à utiliser dans leurs opérations financières le LIBOR (*London Interbank Offered Rate*) comme référence du marché monétaire, pour fixer la marge bénéficiaire (équivalent au taux d'intérêt) de leurs produits, elle est logiquement exposée aux risques de changement du taux officiel indiqué. Ainsi, une hausse de ce dernier devrait sytématiquement entraîner une hausse de la marge bénéficiaire, ce qui a pour conséquence une augmentation des profits distribués aux détenteurs des comptes d'investissement, et ce afin de concurrencer les banques conventionnelles. Or, ceci n'est pas envisageable, notamment pour les modes de financement largement utilisés par la banque islamique comme le contrat *salām* et la *mūrabaḥa*le où la marge bénéficiaire est convenue à l'avance, et une fois pour toute,

---

[696] Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN , « Réglementation et contrôle des banques islamiques », *op. cit.,* p. 73.

[697] *Ibid*., p. 72 ; voir aussi Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op. cit.*, pp. 36-37 ; Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique, op. cit.,* pp. 87-88.

entre la banque et son client ; donc elle ne peut être réajustée ou modifiée en fonction des variations des taux de référence de marché [698]. L'effet immédiat de cette restriction est que le revenu net des banques islamiques aura diminué d'une période à l'autre.

Pour parer à cette difficulté, la banque islamique, à qui il est interdit d'utiliser le taux d'intérêt, peut toutefois recourir à des mécanismes de réajustement de la valeur de l'argent prêté. D'après la BID, les institutions financières islamiques, bien qu'elles déterminent une marge bénéficiaire fixe au moment de la signature d'un contrat, elles peuvent la réévaluer périodiquemnt, ce qui permet d'atténuer le risque de fluctuation des taux d'intérêt [699]. Ainsi, dans le contrat de bail *ijarā*, les banques se couvrent généralement en insérant des clauses prévoyant un réajustement régulier du prix de l'actif (re-tarification ou *re-pricing*) en indexant les loyers sur les variations des taux [700].

En général, ces clauses d'indexation sont acceptées par le comité de la *sharī'a* qui les considère comme conformes à l'esprit de justice contractuelle contenue dans les enseignements religieux de l'Islam.

De même, pour le contrat *mūḍaraba*, la banque va mettre en place un fonds de réserve pour ajuster sa rémunération en fonction de l'évolution de la valeur du bien.

Précisons également que les banques islamiques sont très sensibles aux variations des prix, plus particulièrement au risque de prix de l'actif adossé à l'opération de financement, en vertu de l'exigence de la matérialité du bien. Ce risque se manifeste de la manière suivante : la banque, en raison de sa forte implication dans les transactions qu'elle effectue, est appelée à stocker différentes marchandises avant de pouvoir les revendre, ce qui, entre-temps, peut entraîner une dévalorisation de l'actif. Cette remarque s'applique également aux titres échangés : les fluctuations des taux de marché peuvent, là aussi, entraîner une perte de la valeur des obligations en question.

---

[698] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit*., p. 58 ; Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit.*, pp. 58-59.

[699] Banque islamique de développement (BID), *La gestion des risques, op. cit*., p. 153.

[700] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.,* p. 128.

Enfin, il importe de rappeler un autre type de risque appelé « risque comercial translaté », dû à la concurrence entre banques islamiques et banques classiques. Il surgit lorsque les banques islamiques n'arrivent pas à réaliser un rendement suffisant dans leur gestion des comptes d'investissement participatifs [701]. Les clients auront alors tendance à retirer leurs fonds au profit des banques traditionnelles [702].

Toutes ces considérations liées au risque de marché se ramènent, au risque du taux de rendement. En effet, les variations des taux et des prix de marché peuvent affecter la rentabilité des instruments islamiques, impliquant par là-même des manques à gagner et des écarts actifs-passifs (*Cash Flow*) [703]. Une étude montre que le taux de rendement est envisagé par les institutions financières islamiques comme le risque le plus important [704].

L'enseignement à retenir à ce stade est que les interdictions assignées à la banque islamique dans un monde financier tourné vers le rendement et l'efficacité semblent ôter au banquier l'élément-clé de son métier et dresser une barrière infranchissable pour développer une activité bancaire classique [705], d'autant plus qu'à côté des risques habituels, existe un ensemble de risques additionnels, propres à la finance islamique.

2. Les contraintes additionnelles spécifiques

Aux risques ordinaires inhérents aux banques en général s'ajoutent des risques spécifiques aux banques islamiques [706]. Il s'agit, en premier lieu du manque de cadres et de juristes formés à la *sharī'a*. C'est donc un problème de formation que doit affronter la finance islamique auquel se joint le risque d'une autre nature que constitue l'absence d'un marché monétaire digne de ce nom.

---

[701] IFSB, *Guiding principles, op. cit.,* p. 23.

[702] Karim CHÉRIF, « La finance islamique… », *op. cit.,* p. 44.

[703] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, riques de marché et « Gharār »…, op. cit.,* p. 111.

[704] Tariqullah KHAN et Habib AHMED, ''Risk Management : An analyisis of issues in islamic financial industry", Occasional Papers 91, Islamic Developement Bank et Islamic Research and Training Institute (IRTI), 2001.

[705] Voir Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Les principes de la finance islamique : présentation et illustration », *RDBF*, n° 2, mars 2011, pp. 24-26.

[706] Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires, op. cit*., p. 26.

a) Le manque de cadres qualifiés

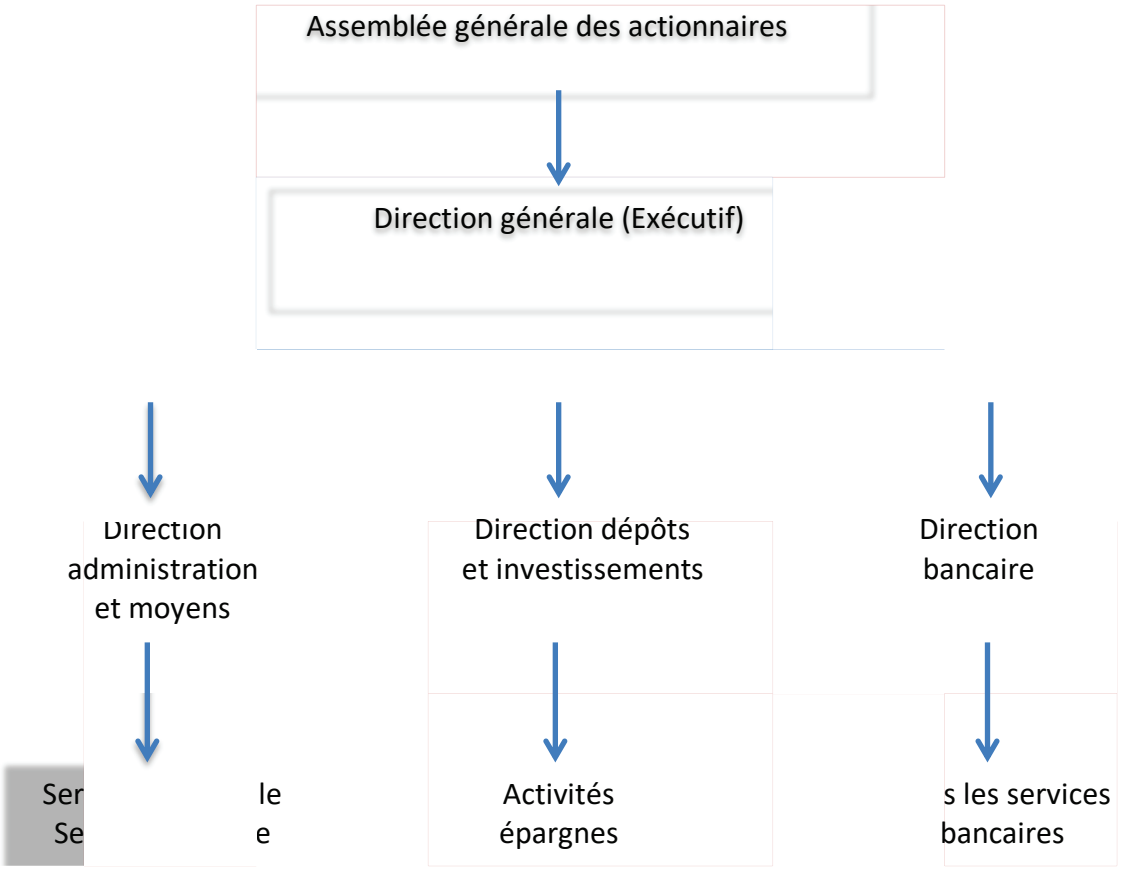
Dans toute institution bancaire, quelles que soient sa taille et son importance, on distingue dans un ordre hiérarchique, un centre de responsabilité et des centres opérationnels.

Les centres de responsabilité constituent des lieux de décision. Quant aux centres opérationnels, ils ont pour fonction la production, c'est-à-dire la mise en œuvre d'activités dites courantes (dépôt, moyens de paiement), l'ouverture de guichets, les opérations financières (achat/vente de titres, placement) et les organes de gestion administrative des comptes [707].

Pour donner un aperçu général de la structure bancaire islamique, l'Association Internationale des Banques Islamiques (AIBI) a proposé un organigramme-type d'une banque dite islamique :

[707] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.,* p. 112.

Figure 12 : Organigramme type d'une banque islamique [708]



Source : Organigramme conçu par l'auteur

Au sommet, se situe l'Assemblée générale des actionnaires qui désigne son Conseil d'administration pour une période définie par les statuts de la banque.

Le Conseil désigne à son tour les membres de la direction générale (l'exécutif).

La direction générale se divise en trois sections : direction administration et moyens, direction dépôts et investissements et direction bancaire.

La direction administration et moyens comprend la branche comptable, la branche juridique et la branche informatique.

S'agissant de la direction dépôts et investissements, elle contient les participations directes ou indirectes et l'épargne.

---

[708] Cet organigramme peut évoluer en fonction du volume de l'activité de chaque branche.

Au sein de la direction bancaire, nous trouvons tous les services bancaires, y compris l'activité caritative développée par les banques islamiques.

L'Assemblée générale décide seule de la désignation des membres du Conseil d'administration, sauf que, pour être dirigeant d'une banque islamique, il faut réunir certaines conditions, dont notamment le fait d'être de religion musulmane et de connaître les tenants et les aboutissants de la finance islamique. C'est bien ce qui semble se dégager de la proposition de l'AIBI pour qui *« Le gouverneur doit être musulman acquis au principe de la finance islamique, capable d'élever ce principe au niveau d'un acte de foi et lutter pour sa réalisation (...) Il doit être un homme politique avant d'être un homme d'action. Point n'est besoin pour lui d'être un spécialiste dans le domaine bancaire »* [709].

Il faut en outre détenir des actions au sein de la Banque. La durée du mandat est fixée en général pour trois ans.

Reste à signaler que les banques islamiques sont souvent des structures familiales très anciennes comme le groupe *Dar Al Maal Al Islami Trust ou la Blom Bank*. Même pour les banques à dimension internationale, les membres de la famille font généralement partie du Conseil d'administration.

Aussi, pour garantir la transparence et une une « bonne gouvernance », les banques islamiques ont créé de nombreux comités : comité des risques, comité des rémunérations, comité *sharī'a* … [710]. Cependant, comme il a été dit précédemment, le processus de standardisation des produits bancaires islamiques est à ses débuts et, de ce fait, *« le personnel des banques islamique ne dispose pas de référence pour rédiger les contrats ou pour gérer les conflits qui se présentent »* [711].

---

[709] Cité par Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 114 ; voir aussi Rachid ALATMI, *La banque islamique*, Mémoire, Droit des affaires, Université Mohamed 5, Salé (Maroc), 2007.

[710] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 114.

[711] Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit*., pp. 60-61.

Par souci de transparence, il est recommandé de mettre en œuvre au sein de la banque une éthique au niveau du comportement (*sūlūkiat*) et de l'organisation, et ce afin de faire coïncider les deux logiques : économique et spirituelle. Or, cela dépend d'un facteur essentiel : la disponibilité de personnels qualifiés. Sur ce point, il est courant de soutenir que la finance islamique souffre d'une insuffisance du capital humain qui constitue l'un des principaux freins à son développement [712].

Ce constat s'applique avec d'autant plus de force que cette finance exige un savoir-faire religieux en plus des connaissances en matière financière. Il se pose donc la question de la formation des légistes (*fūḳahā'*) pour leur permettre de s'acclimater au monde de la finance. C'est là un problème particulièrement difficile. En effet, d'après certains auteurs, le besoin de personnels dans les banques islamiques serait de 30.000 à 40.000 par an [713]. Cette carence peut se révéler extrêmement préjudiciable, si l'on tient compte de la complexité économique et juridique des opérations de financement islamique et du nombre de plus en plus élevé des transactions réalisées.

En tout cas, pour une finance qui ambitionne de jouer un rôle d'avant-garde dans un système financier international tourné vers l'éthique, la *« carence en matière de capital humain pourrait sembler presque caricaturale »* [714]. Alors que le nombre d'institutions financières islamiques connaît un accroissement rapide, les spécialistes en la matière seraient peu nombreux. D'après certaines études, il y aurait *« moins de 100, dont les 12 plus renommés siègent dans les comités de la sharī'a des grandes institutions financières islamiques »* [715]. On peut expliquer cette situation par le fait que la finance islamique, malgré son expansion, continue de s'adresser surtout à des pays musulmans, généralement pourvus d'une législation encadrant l'activité bancaire islamique.

---

[712] Kaouther TOUMI, « L'impact des comptes d'investissement participatif sur le ratio prudentiel des banques islamiques », *Cahiers de la finance islamique*, n° 2, décembre 2010, p. 43.

[713] Abdel Maoula CHAAR et Roger OURSET, « *Formation et conceptualisation de la finance islamique », in La finance islamique à la française, op. cit.,* p. 273.

[714] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit.*, p. 69.

[715] *Idem*.

Toutefois, prenant en compte l'ampleur du manque de personnels spécialisés, des formations en matière de finance islamique sont dispensées par des universités, comme l'Université Al Azhar du Caire, l'Université eitouna en Tunisie qui délivrent des diplômes spécialisés : Master *Ḥadīth Science*, Master *Sharī'a and Law* [716]. Il convient aussi de citer l'École Supérieure des Affaires de Beyrouth qui, en une décennie d'existence, est devenue un centre réputé au Moyen-Orient en matière d'enseignement de la finance islamique, avec notamment des formations et des parcours de dimension internationale, validés par des diplômes agréés [717].

Attentive aux besoins de la finance en termes de formation et de recherche, l'École a créé *Al-Multaqa*, *Fondation internationale pour la recherche sur la Finance Islamique* en tant que lieu de dialogue et d'échanges entre des professeurs-chercheurs et professionnels de diverses nationalités. On peut aussi reprendre l'exemple de la finance Islamique au Maroc qui a connu quelques innovations, avec notamment la création de *Dar Assafaa*, première structure de « financements alternatifs, » issue d'une « collaboration internationale entre les cabinets *Al Maali lslamic Finance* (Dubaï), *Optima Finance Consulting* (Casablanca) et la *London Business Academy » [718]*. Cette nouvelle structure compte parmi ses activités l'institution d'un diplôme ayant pour vocation de former les compétences nécessaires au développement des services et produits financiers conformes à la loi islamique dans le pays [719].

Cette énumération n'est pas exhaustive. Toujours est-il que ces initiatives de formation sont cruciales pour répondre à la demande de juristes peu habitués à la finance islamique [720]. Notons que ces actions ne se limitent pas aux pays islamiques ; elles se sont étendues à l'Europe, comme l'atteste l'École de Management de

---

[716] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 118.

[717] *Ibid*., p. 173.

[718] *Idem*.

[719] *Banque Assafa*, http://www.darassafaa.com

[720] Reste à souligner que la spécificité de la finance islamique, fait que la majorité des logiciels informatique disponibles sur le marché, n'est pas encore très adaptée aux banques islamiques, ce qui constitue un nouveau handicap à leur expansion. Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques, op. cit.*, p. 61.

Strasbourg qui dispense des formations dans les domaines de la gestion de la finance islamique : achat, audit, marketing, management, ressources humaines, etc. [721]. Il est souligné que *« la mission de cette École est de former des managers responsables et ouverts sur le monde, capables de s'adapter aux nouveaux défis du management de la mondialisation de l'économie. Elle s'appuie sur trois valeurs fondatrices : le développement durable, l'éthique et la diversité (…) »* [722]. On ne doit pas non plus négliger la contribution de l'Université Paris-Dauphine avec la mise en place d'un diplôme de Master intitulé « *Principes et Pratiques de la finance islamique* ». Depuis 2002 une chaire « *Éthique et Normes de la finance* » a été créée à Harvard, en partenariat avec l'Université Panthéon-Sorbonne et l'Université du roi Adbulazziz de Djeddah (Arabie Saoudite).

Ces formations ont pour objet de faire connaître la finance islamique et de concilier les principes du droit musulman avec la finance classique.

Il est important de préciser que ces offres de formation universitaires doivent être avalisées par les autorités religieuses. C'est là une spécificité de la finance islamique.

Une autre spécificité de cette finance tient au mode de présentation d'une recherche comme, par exemple, un article. Selon la tradition occidentale, la recherche universitaire doit être scientifique, c'est-à-dire rationnelle et objective. Or, toute étude et toute investigation en droit financier islamique nécessite au préalable une validation théologique : l'auteur commence par apporter des commentaires fondés sur des citations tirées du Coran ou de la *Sūnnā*. Son interprétation et par la suite soumise à l'avis du Comité de la *sharī'a*. Cette façon de procéder réduit le champ de manœuvre du chercheur et rend difficile la propagation de l'étude hors de son cercle d'origine [723].

---

[721] Voir *Finance éthique et finance islamique,* Actes du séminaire, École de Management Strasbourg, 11 février 2009.

[722] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 172.

[723] Pour éviter cette difficulté, l'*Islamic Finance Qualification* (IFQ) a mis en place une certification de type anglo-saxon. Ce type de qualification permet de structurer la profession de financier islamique et de légitimer ses activités. Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 175.

Il convient maintenant d'ajouter que ces formations n'ont pas pour finalité de former des juristes-théologiens mais seulement de permettre aux financiers et juristes de s'habituer aux particularités techniques de la finance islamique. Il est vrai que pour un juriste cherchant à se familiariser avec les arcanes de ma *sharī'a*, il faut cumuler des formations théologique, juridique et financière, ce qui n'est pas une chose aisée [724]. C'est pourquoi, aujourd'hui, les jurisconsultes compétents et reconnus, en mesure de siéger dans un comité de conformité éthique pour statuer sur des produits financiers, notamment dans les pays occidentaux, sont peu nombreux, voire inexistants. Eu égard à la carence manifeste en capital humain qualifié et à double compétence financière et islamique (*fīḳh al*-mū'amālat *et uṣūl al-fiḳh*), les perspectives de développement des banques restent limitées. Leur essor butte, tout d'abord, sur la nature hétérogène de la finance islamique, aboutissant à des opérations bancaires *« souvent élaborées sur mesure »* [725], en fonction des régions, des pays et des banques. Il doit ensuite faire face à la faible maîtrise financière par les comités de la *sharī'a*, *« eux-mêmes freinés dans leur élan par la faible actualisation de la jurisprudence, datant de plusieurs siècles »* [726] et faisant objet de *« controverses perpétuelles »* entre les disciples des quatre écoles de pensée (*ḥānafite*, *malikite*, *shafi'īte*, *ḥānbalite*) [727].

Sur un autre plan, on sait que les produits financiers doivent être validés par les comités de la *sharī'a* [728] dont la compétence doit couvrir, à la fois, le droit islamique et le droit laïc. Or, cette question n'est pas sans poser des problèmes, en raison de la pluralité des interprétations pouvant émaner de ces organes.

On sait que le comité a pour tâche de veiller à l'intégrité et à la conformité des transactions islamiques, en relevant la violation des principes de la *sharī'a* et en

---

[724] Jilali MAA OU , « La réception de la finance islamique en France, entre résistance idéologique et défaut méthodologique », *Revue Banque*, 2013, p. 73.

[725] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit.*, p. 66.

[726] Khalil LABNIOURI, « L'innovation en ingénierie financière islamique », *op. cit.,* p. 7.

[727] *Idem*.

[728] Voir Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit.*, pp. 64 et s.

décidant de ce qui est licite ou pas. Il s'agit de la légitimation éthique et religieuse des décisions de vente ou d'achat de produits, de prêts octroyés ou d'investissement. Ces décisions prennent la forme de l'émission d'avis (*fatwa*), validant la conformité islamique de l'activité financière [729]. Mais, selon certains spécialistes de la finance islamique, étant donné que les membres de ce comité *« ne sont pas très versés dans les concepts modernes de gestion des risques »* [730], cela pourrait *« avoir comme effet de priver les banques islamiques d'user de concepts et systèmes authentiques de gestion des risques qui ne sont pas nécessairement incompatibles avec la sharī'a »* [731].

Cependant, le problème de taille reste la pluralité interprétative entraînant parfois l'absence du consensus des comités de conformité éthique. Ainsi, un cas d'espèce peut être qualifié d'illicite par un comité, et de licite par un autre avis, ce qui constituerait une entrave à l'essor de la finance islamique et entraînerait des coûts plus élevés des produits financiers.

À ce niveau, plusieurs interrogations s'imposent :

Est-il possible qu'un comité de la *sharī'a* vienne infirmer un avis émis par un comité précédent, poussant une banque à requalifier un produit déjà sur le marché ?

Si les comités de la *sharī'a* peuvent diverger sur la qualification d'un produit, comment concevoir des normes standards en matière de conformité islamique ?

Quelle est la réalité et l'étendue de ces divergences interprétatives ?

Pour répondre à ces interrogations, Abdelkader Bessedik rappelle que *« selon le rite musulman applicable dans tel ou tel pays, les règles islamiques peuvent varier et la licéité de telle ou telle opération sera admise ou non selon le degré d'orthodoxie de la norme musulmane retenu par le rite »* [732].

---

[729] Isabelle RIASSETTO, « Le contenu du guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.*, p. 99.

[730] Umer CHAPRA et Tariquallah KHAN, *Réglementation et contrôle des banques islamiques*, *op. cit.*, p. 74.

[731] *Idem*.

[732] Voir Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 115.

Il est vrai que les juristes-théologiens sont profondément imprégnés par la doctrine de leurs écoles résepctives, conduisant à des prises de position et à des interprétations spécifiques, rendant ainsi difficile toute convergence interprétative.

On comprend dès lors l'inquiétude de certains spécialistes du fait que la diversité des écoles, des rites et des doctrines de la tradition musulmane, puissent conduire à un pluralisme interprétatif jugé comme un obstacle majeur à la progression de la finance islamique dans les pays européens [733].

Ainsi, à titre d'illustration, notons que certains jurisconsultes ne permettent pas aux banques islamiques d'entreprendre *l'ijarā* qui aboutit à la propriété. Or, ce type de transaction pratiquée par la plupart des banques islamiques, est approuvé par un certain nombre de juristes. *« Ce conflit de points de vue peut être une grande source de risque concernant le contrat ijarā puisqu'il n'y a pas de base standard pour le règlement des litiges »* [734]. On peut tenir le même raisonnement à propos de certains produits dérivés, comme les *ṣūkūk*, les *swaps*, ou encore les options, qui malgré le fait qu'ils ne soient pas conformes au principe de la *sharī'a,* vu qu'ils sont entâchés de gharar (incertitude), ils sont pourtant pratiqués par les banques islamiques.

Au demeurant, la divergence des avis des comités de la *sharī'a* peut décourager les actions innovantes des banques. À ce sujet, retenons la déclaration de Taki Usmani [735], secrétaire général de l'AAOIFI qui, en 2007, soutenait que 85% des *ṣūkūk* (obligations) sur le marché sont non compatibles avec les règles religieuses. Cette affirmation a ébranlé *« la confiance des clients »* et a calmé *« les ardeurs d'innovation des ingénieurs financiers islamiques »* [736].

---

[733] Mballo THIAM, *De la religion à la banque…*, *op. cit.,* pp. 299 et s.

[734] Umer CHAPRA et Tariquallah KHAN, *Réglementation et contrôle des banques islamiques*, *op. cit*., p. 72.

[735] Jurisconsulte musulman de grande notoriété et un des plus éminents spécialistes du droit bancaire islamique, conseiller en matière de *sharī'a* à la Cour suprême du Pakistan pendant vingt ans et ancien membre du comité de supervision islamique du *Dow Jones Islamic Market Index.*

[736] Khalil LABNIOURI, « L'innovation en ingénierie financière islamique », *op. cit.,* p. 8 ; Stéphane ODDOS et Hakim LATRACHE, « Le Tawarruq, un mal nécessaire ? », *op. cit.,* p. 51.

Pour remédier à ces lacunes, des normes de *sharī'a* minimales pour chaque type de produit sont nécessaires [737]. Encore faut-il trouver des solutions à un autre risque que constitue en finance islamique la presque inexistence d'un marché monétaire.

b) L'absence d'un marché monétaire

Lorsqu'on essaie de cerner la finance islamique, la première chose qui vient à l'esprit est de constater que même si l'expansion des banques contribue à favoriser l'accès au financement pour un certain nombre de clients, l'effet semble être limité et de fait les conséquences en termes de développement sont restreintes. D'autant plus que pour la banque islamique, la difficulté réside dans sa taille qui est sans doute croissante mais qui est loin de rivaliser avec la banque classique.

En effet, la plupart des banques islamiques se présentent largement sous forme d'entités familiales. Or, *« la puissance du système bancaire ne résulte pas d'institutions individuelles mais de toutes les banques prises ensemble »* [738]. Cette situation fait que les possibilités d'emprunter sur un marché interbancaire où existeraient des produits en accord avec les principes de la *sharī'a* sont très réduites. Plus explicitement, l'évolution des actifs financiers que les banques islamiques pourraient détenir et échanger entre elles reste à concrétiser. C'est ainsi que l'essentiel des transactions interbancaires actuelles sont basées sur le principe du partage des profits et des pertes (les 3P). Il existe aussi quelques cas rares de contrats murabaha entre les banques islamiques et les banques conventionnelles portant sur des matières premières [739]. Eu égard à ce constat, il est permis de parler d'absence d'un marché monétaire islamique.

Cela pose un sérieux problème lorsqu'on sait que la finance islamique ne peut se développer en dehors du système actuel des marchés financiers, faute d'un marché monétaire qui lui serait exclusivement consacré. Toutes les études abondent dans ce sens en soulignant au passage que la quasi-inexistence d'un marché monétaire plus ou

---

[737] Munawar IQBAL et al., *Défis au système bancaire islamique, op. cit*., p. 37.

[738] *Idem*., p. 41.

[739] Islamic Financial Services Board (IFSB). « Technical note on issues in strengthening liquidity management of institutions offering islamic financial services : the development of islamic money markets », IFSB Technical note, Kuala Lumpur, IFSB. 2008, p. 1.

moins homogène constitue un des obstacles majeurs à l'essor des banques islamiques, celles-ci se trouvant obligées de garder une liquidité *« plus élevée que celle que les banques classiques maintiennent normalement. Ceci à un effet négatif sur leur profitabilité et leur compétitivité »* [740].

L'IFSB énumère deux raisons principales expliquant l'absence d'un marché monétaire efficient : La première raison consiste à souligner que des transactions comme la *mūḍaraba* et le *mūrabaḥa*, qui constituent pourtant les instruments du marché les plus utilisés, ne sont pas « très liquides » et cela n'encourage donc pas l'émergence d'un marché secondaire. La deuxième raison tient à l'utilisation des contrat *ṣūkūk* destinée à dynamiser le marché monétaire islamique, mais qui demeure largement insuffisante [741]. À partir de là, on convient que *« la spécificité des actifs conformes à la charia les rend difficilement négociables »* [742], ce qui explique, du reste, l'absence d'un marché interbancaire internationale pouvant permettre aux banques islamiques de se refinancer rapidement.

C'est dans ce cadre qu'il faut situer certaines tentatives visant à remédier aux effets induits par l'inexistence d'un marché monétaire.

Il en est ainsi de l'initiative conjointe de la Banque islamique de développement (BID), de l'Administration des *Services Financiers Off Shore* Labuan (LOFSA) de Malaisie et de l'Autorité Monétaire du Bahreïn (OMB) d'établir un marché interbancaire dédié à la finance islamique [743]. À cet effet, un protocole d'accord a été ratifié par les trois organismes à Kuala Lumpur (Malaisie), le 21 octobre 1999. Dans le prolongement de cet accord, un groupe de suivi réuni à Jeddah (Arabie Saoudite) les 24-25 juin 2000 avait décidé de créer un Comité de gestion des liquidités (CGL) pour le marché interbancaire afin d'étendre son domaine aux capitaux islamiques internationaux. Aux

---

[740] Umer CHAPRA et Tariquallah KHAN, *Réglementation et contrôle des banques islamiques, op. cit.*, p. 88.

[741] IFSB, « Technical note on issues in strengthening liquidity management of institutions offering islamic financial services…», *op. cit*., p. 1.

[742] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit*., p. 57.

[743] Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique, op. cit*., 113 ; Umer CHAPRA et Tariquallah KHAN, *Réglementation et contrôle des banques islamiques, op. cit.*, p. 104.

yeux de certains spécialistes, *« ces développements ont d'importantes incidences sur le système financier islamique parmi lesquelles la mise en place d'une certaine forme de facilité de prêteur du dernier ressort pour les banques islamiques »* [744].

On sait que les actifs des banques islamiques sont essentiellement à court terme, en raison notamment de l'importance du contrat de la *mūrabaḥa* par rapport aux autres modes de financement. Ceci peut devenir un handicap.

La vie bancaire démontre en effet que la disponibilité en ressources financières à long terme, c'est-à-dire en capital-risque est susceptible de participer à la prospérité des banques. Dans le cadre conventionnel, cette disponibilité est fournie par d'autres institutions telles que les marchés boursiers. Pour cette raison, les actions des banques doivent s'articuler avec l'activité majeure sur le marché financier. S'agissant de la finance islamique, la difficulté provient du fait que, dans la plupart des pays musulmans, le domaine principal pour les banques islamiques, à savoir des marchés boursiers bien ancrés, n'existe pas vraiment. De même qu'il n'existe pas un marché secondaire leur permettant la liquidation rapide des titres sur la base de contrats de gré-à-gré [745]. Dans le même ordre d'idées, des auteurs font remarquer que le nombre des *« institutions spécialisées de participation et autres organismes qui fournissent traditionnellement du capital-actions à travers la bourse, c'est-à-dire les fonds de retraire, les fonds mutuels et les compagnies d'assurance »* [746], reste assez caricatural.

De ce qui précède, on constate que les institutions bancaires islamiques font face à des risques de nature unique dûs aux produits commercialisés et à leur mode de fonctionnement [747].

Cela étant dit, ce qui frappe lorsqu'on étudie la finance islamique, c'est sa difficulté à s'affirmer dans les pays occidentaux.

---

[744] Umer CHAPRA et Tariquallah KHAN, *Réglementation et contrôle des banques islamiques, op. cit.*, p. 104.

[745] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : Analyse des produits financiers islamiques, op. cit.*, p. 57.

[746] Munawar IQBAL et al., *Défis au système bancaire islamique*, *op. cit.*, p. 38.

[747] Voir tableau résumant les différents risques rencontrés par les banques islamiques, annexe 2.

B. La difficile intégration de la finance islamique par l'Occident

La finance islamique a connu une rapide progression à travers le monde. Mais il reste un long chemin à faire pour l'adapter au système actuel. Il faut rappeler à ce titre que pendant des années, la finance islamique a fonctionné de manière confidentielle. Au départ, elle concernait de toutes petites structures familiales qui ont pris l'habitude d'agir de manière isolée, discrète voire opaque, ce qui pose aujourd'hui un problème de gouvernance bancaire qui peut être l'un des freins à leur expansion, notamment en Occident, d'autant plus que la finance islamique ne peut prospérer sans un rapprochement avec le secteur financier conventionnel.

1. La question problématique de la gouvernance bancaire

Le terme gouvernance est ancien [748]. Réapparu vers la fin de la décennie 1990 [749], différents courants de pensée et différents milieux intellectuels en ont fait leur cheval de bataille. Ce qui explique que le concept « gouvernance » soit chargé de plusieurs significations et se prête désormais à de multiples usages, avec cependant des constantes : une « bonne gestion », responsabilité et imputabilité, transparence et équité [750].

Appliquée à la finance islamique, la gouvernance se heurterait à deux difficultés majeures : la première serait un problème de transparence ; la seconde consisterait dans le lien supposé entre finance islamique et terrorisme. Les deux problèmes ayant d'ailleurs un lien de cause à effet.

---

[748] Selon Campbell, le mot a ses origines en France. Au XIII^{e} siècle, le terme apparaît dans la langue française comme équivalant à gouvernement, puis comme terme de droit (1478). Cependant, dans le contexte récent de la mondialisation, l'utilisation de ce concept a des origines assez différentes car il sera repris du terme anglophone *governability* utilisé au milieu des années 1970. En effet, comme instrument de gestion sociale et politique, le terme sera introduit dans le Rapport de la Commission Trilatérale de mai 1975 qui portait sur la *Governability of Democracies* et était appliqué à l'Europe, aux États-Unis, et au Japon (Bonnie Campbell, « La gouvernance : un concept apolitique », *in* Séminaire d'été du Haut Conseil de la Coopération Internationale, Dourdan, France, mardi 29 août 2000).

[749] Le mot sera vulgarisé à partir de 1989, sous le nom de « bonne gouvernance » véhiculée par les grandes institutions internationales d'aide au développement, la Banque mondiale et le FMI plus particulièrement. Il résume les critères qui doivent présider à la bonne administration publique, posés comme conditions préalables et nécessaires pour l'obtention de prêts par les pays en développement.

[750] Pour un aperçu sur les différents aspects de la notion de « gouvernance » ; voir la *Revue internationale des sciences sociales*, « La gouvernance », UNESCO/Erès, n° 155, mars 1998 ; Guy HERMET *et al.*, *La Gouvernance, un concept et ses applications*, Paris, éd. Karthala, 2005.

a) Le problème de la transparence

Il est vrai que la question de la transparence n'est pas propre à la finance islamique mais il semble que l'absence de transparence y soit plus manifeste et appelle à une réflexion particulière. Certes, nous dit-on : *« les publications sur la finance Islamique « pullulent », et, occasionnellement, passionnent le public, mais, en réalité, on connaît encore relativement mal l'industrie financière islamique et il est toujours très difficile de chiffrer avec précision ce phénomène »* [751].

Ce manque d'information serait à l'origine de nombreux problèmes auxquels pourraient être confrontées les institutions financières islamiques en matière de transparence (méfiance des investisseurs, hésitation des banques conventionnelles à ouvrir des guichets d'actifs conformes à la *sharī'a*, etc.).

Notons que la transparence des banques s'effectue à travers la disponibilité de renseignements exacts et complets à propos *« des variables financières importantes et autres facteurs institutionnels et administratifs qui ont une influence sur la solidité de la banque »* [752]. Cela est décisif non seulement pour sauvegarder les intérêts des clients et autres parties intéressées mais également pour la stabilité de la banque elle-même.

Pour une transparence effective, toutes les activités bancaires doivent faire l'objet d'une réglementation stricte et d'ordre public [753]. Un contrôle interne combiné à un contrôle d'audit externe renforce le bon fonctionnement du système bancaire. En théorie, la finance islamique s'inscrit dans ce schéma juridique, cependant elle doit intégrer de nombreuses contraintes dérivant de l'application et du respect de la *sharī'a* : opération comptable et placement des fonds, produits licites (*ḥalal*), partage des profits et des pertes (PPP).

---

[751] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit.,* p. 66.

[752] Umer CHAPRA et Tariquallah KHAN, *Réglementation et contrôle des banques islamiques, op. cit.*, p. 77.

[753] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 4.

Il est indiscutable que la seule référence à l'éthique revendiquée par la finance islamique peut paraître trop vague pour satisfaire à l'exigence d'une information précise des investisseurs et des épargnants. En effet, la clientèle cherche aussi la transparence en ce sens qu'elle tient à vérifier que l'activité est licite (*ḥalal*), et de ce fait à contrôler les fonds déposés auprès de l'établissement bancaire. Cette exigence est légitime, car elle participe en finance dite éthique, de l'information des clients. Ces derniers doivent en effet avoir la possibilité de connaître immédiatement si le fonds en question est un fonds islamique et non pas un fonds conventionnel. Dès lors, il convient que les indications sincères et pertinentes relatives à la dimension religieuse du fond figurent dans le document d'information.

Le principe de « bonne gouvernance » devient vital lorsqu'on connaît la nature de partage des pertes et profits propre aux modes de financement islamique : les clients (déposants et investisseurs) ont besoin de contrôler les affaires de la banque et par là même à favoriser plus de discipline. Dans cette perspective, *« Il (…) nécessaire, de renforcer la transparence et la comparabilité entre banques à travers des révélations appropriées concernant la qualité du capital, les normes de comptabilité, l'exposition aux risques et la suffisance de capital… »* [754].

Le manque de transparence est aggravé par l'absence d'harmonisation spatiale dans des pays musulmans, qui ne forment pas un bloc économique homogène. Cela a eu pour effet, sur le plan comptable notamment, l'inexistence de normes partagées par les institutions financières islamiques. En effet, la majorité des études montrent que ces institutions adoptent soit les standards nationaux ou internationaux ou encore les normes comptables spécifiques conçues par certaines institutions supranationales comme celles élaborées par le « Bureau international des normes comptables », plus connu sous son nom anglais *International Accounting Standards Board* (l'IASB) [755].

---

[754] Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN, *Réglementation et contrôle des banques islamiques », Banque Islamique de Développement (BID), op. cit.*, p. 77.

[755] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit.*, pp. 65-66.

Le traitement comptable des produits financiers islamiques peut donc diverger énormément d'un établissement bancaire à l'autre, rendant ainsi impossible toute comparaison ou agrégation des données recueillies. À titre d'illustration et pour ne citer qu'un cas, les comptes d'investissements, qui forment l'une des principales mannes financières pour les banques islamiques, se distinguent par leur statut très ambigu. Ainsi, certaines banques les intègrent dans leur état financier, d'autres les considèrent simplement comme actifs sous gestion et les inscrivent hors bilan. Or, ceci est susceptible de donner *« une image très différente de la situation financière et des risques d'établissements qui, a priori, ont des profils similaires »* [756].

Ce problème est devenu de plus en plus pesant, à mesure que la croissance des activités conformes à la *sharī'a* s'est accélérée. Aussi le besoin d'établir des lignes directrices claires pour la réglementation et le contrôle des banques islamiques est-il apparu de plus en plus comme une nécessité impérieuse et c'est dans ce cadre qu'il faut rappeler la « Conférence sur le Contrôle du Système Bancaire Islamique » tenue à Bahreïn en février 2000 par la BID, le FMI, l'Agence Monétaire du Bahreïn (AMB) et l'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les Institutions Financières Islamiques (OCAIFI). À l'issue de cette réunion a été créé en 2002 le Conseil des Services Financiers Islamiques (CSFI), chargé de poser des standards en matière de gestion des risques, de réglementation et de surveillance permettant la stabilité et la solidité du système financier islamique dans son ensemble.

Dans le même esprit, des guides pratiques ont été établis, rappelant les principes qui doivent être retenus en matière d'information, de réglementation et de contrôle. On peut citer à ce titre le « Guide pour la rédaction des documents commerciaux et la commercialisation des OPCVM » (Organismes de placements collectifs en valeurs mobilières), publié par l'Autorité des marchés financiers (AMF) [757] le 27 octobre 2010

---

[756] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit.,* p. 65.

[757] L'AMF comprend *« un collège, une commission de sanction et, le cas échéant, une commission spécialisée et de commission consultatives »* (Art. L. 621-2 du Code monétaire et financier). Elle détient un pouvoir de réglementation, de contrôle, de sanction et de médiation. Sa mission est pratiquement orientée vers la supervision des marchés financiers et à ce titre, elle lui incombe d'informer l'ensemble

énumérant l'obligation d'apporter des informations qui ne soient pas erronées, de communiquer l'état de performance de la banque, les indices financiers et les indices de stratégie, les conflits d'intérêts potentiels, les règles de commercialisation des fonds, l'état des lieux des investissements adossés, etc. [758].

Suivant la même optique, il importe de faire référence au Guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'Association Luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) publié le 11 décembre 2012 prônant une politique transparente d'investissement, et en conformité avec les principes de la *sharī'a*.

À ce titre, le Guide, prenant à son compte les critères extra-financiers, rappelle l'interdiction *« des investissements dans des actifs ou titres de créance comportant un intérêt et, si tel est le cas, l'assurance que ces actifs seront conservés dans des compte non rémunérés, l'interdiction des dérivés et ventes à découvert, la prohibition des investissements en activités illicites (ḥaram) (jeu, alcool, production ou vente des produits issus du porc, tabac, armement, etc.), ainsi que la description de la procédure applicable à la vente des actifs devenus non-conformes »* [759]. Cette ouverture aux concepts de la finance islamique comporte aussi des développements relatifs au Comité de la *sharī'a* dont il est spécifié que sa structure doit être décrite de manière détaillée et explicite (nomination, rôle, compétence, fonctionnement, rémunération etc. Il est précisé aussi la nécessité de fournir des informations relatives « *aux méthodes d'évaluation applicables aux actifs islamiques »* [760].

---

des acteurs du marché avant tout investissement, sur les risques éventuels et les modalités de les prévenir. Son champ d'action est cependant plus large puisqu'il lui appartient de réguler les marchés européens pour maintenir la stabilité financière et la mise en œuvre des convergences des normes nationale. Voir Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Séparation et régulation des activités bancaires, Une avancée du droit », *JCP*, éd. Générale, 2013, p. 925 ; Bertrand BRÉHIER et Frida MÉKOUI, « *Réflexions sur la loi de séparation et de régulation des activités bancaires : quelles conséquences pour la structure des banques, l'organisation des marchés et la supervision* », Bulletin Joly Bourse (BJB), 2013, p. 422 ; Thierry BONNEAU et France DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Paris, Économica, 2010, p. 359.

[758] Document modifié à plusieurs reprises : le 7 décembre 2012 ; le 8 janvier 2015 ; le 23 juillet 2015 ; le 26 mars 2016 et le 12 janvier 2017. Disponible sur le site e l'AMF, www.amf.france.org.

[759] Isabelle RIASSETTO, « Le contenu du guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op*. *cit*., p. 104.

[760] *Idem*.

Il résulte de ce qui précède que les produits islamiques sont spécifiques, obéissant à des dispositions comptables et financières particulières [761]. Mais la finance islamique devait s'adapter pour assurer les règles relatives à la gouvernance financière et pour pouvoir commercialiser ses produits en respectant les standards comptables et financiers internationaux ainsi que les exigences de la *sharī'a*. Dans cette perspective, l'élaboration de guides pratiques devait contribuer de manière à assurer d'une part *« une visibilité renforcée »* de l'industrie financière islamique, et d'autre part *« une plus grande acceptation des investissements islamiques »* [762]. Reste à ajouter que ces initiatives ne peuvent avoir qu'un effet très limité, étant donné que les institutions à l'origine des propositions tiennent un rôle purement consultatif et que, de ce fait, l'application de leurs normes reste facultative. Pourtant, il faut bien améliorer la confiance des usagers de la finance islamique et par là même dissiper cette idée dominante établissant une relation entre la finance islamique avec le terrorisme [763].

b) L'implication supposée dans le financement au terrorisme

Il existe un déficit d'image de la finance islamique assimilée à l'islamisme, et donc au terrorisme [764]. La question terroriste a toujours fourni l'axe d'une politique commune visant à son élimination, objectif que poursuit la communauté internationale, car l'on considère que les actes terroristes ne portant pas seulement atteinte au droit interne de l'État où ils sont commis, mais, du fait qu'ils sont devenus transnationaux, affectent le droit international lui-même et le monde entier [765].

---

[761] Voir Chouk IED et Jean-Jacques PLUCHART, « La gouvernance de la banque islamique », Communication, Université de Picardie – CRIISEA, février 2006. Document disponible sur le site : https://ribh.files.wordpress.com/2008/01/la-gouvernance-de-la-banque-islamique.pdf (consulté le 11 avril 2018).

[762] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 64.

[763] Cette opinion est soutenue par Yassine ESSID dans son ouvrage : *La face cachée de l'islamisation : La banque islamique*, L'aube, 2016.

[764] Jilali MAA OU , « La réception de la finance islamique en France, entre résistance idéologique et défaut méthodologique », *Revue Banque*, 2013, p. 72 ; Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 24 ; Marie-Hélène DOUCERET, *Le Takāfūl en France demain : fiction ou réalité*, Thèse, École nationale d'assurance, 2010, p. 67.

[765] Adriano MENDY, *La lutte contre le terrorisme en droit international*, thèse de doctorat, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2010.

Une approche générale du terrorisme a été définie par la résolution 40/61 [766] de l'Assemblée générale de l'ONU du 9 décembre 1985, condamnant *« sans équivoque comme criminel tous les actes, méthodes et pratiques de terrorisme où qu'ils se produisent et quels que soient les auteurs »* [767]. De son côté, le Conseil de sécurité, saisi de situations dans lesquelles des États ou des groupes privés étaient impliqués dans la préparation ou la perpétration d'actes de terrorisme, a adopté des résolutions établissant un lien entre le terrorisme et la « menace contre la paix et la sécurité internationales ». Après les attentas du 11 septembre sur le sol américain [768], le Conseil de sécurité adopte, à l'unanimité, la résolution 1368 dans laquelle il considère *« tout acte de terrorisme international comme une menace contre la paix et la sécurité internationales »* [769].

On ne doit pas négliger le caractère émotionnel, politique, idéologique que recèle la référence au terrorisme. Il arrive en effet que l'on confonde définition et jugement de valeur [770]. Cette remarque pourrait s'appliquer à la finance islamique qui nourrit la polémique et conduit souvent à un imaginaire collectif amalgamant islam et violence. En effet, les termes « islam » et « islamique » suscitent dans le monde occidental des associations parfois négatives. De nombreux glissements sémantiques et confusions sont constatés ici et là entre les adjectifs « islamique » et « islamiste » [771], conduisant de fait à des associations inévitables entre Islam et terrorisme et par ricochet entre terrorisme et finance islamique.

---

[766] A/Res/40/61/ du 9 décembre 1985.

[767] Serge REGOURD « Raids anti-terroristes et développements récents des atteintes illicites au principe de non-intervention », *AFDI*, 1986, p. 81.

[768] Brigitte STERN, « Le contexte juridique de "l'après" 11 septembre 2001 », *in* Karine BANNELIER et autres (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, pp. 3-32.

[769] S/RES/1368 adoptée le 12 septembre 2001, §1. Quelques jours plus tard, le Conseil récidive dans la généralisation de la qualification en proclamant que *« tout acte de terrorisme international constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales ».* Résolution 1373 du 28 septembre 2001, 3e considérant du préambule.

[770] Voir Gilbert GUILLAUME, « Terrorisme et droit international », *RCADI*, 1989, III, vol. 215, p. 295.

[771] Ibrahim eyyad CEKICI, « Finance islamique en France : Problème de forme ou de fond(s), », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 2, *op. cit*., p. 3.

Cette dégradation de l'image à un coût : si une banque conventionnelle décidait d'élargir son offre aux produits conformes à la *sharī'a*, celle-ci ternirait sa réputation. Ainsi, les banques, soucieuses de leur réputation, préfèrent perdre des clients acquis ou potentiels au lieu de se positionner sur le marché des produits financiers islamiques. C'est donc un véritable problème de transparence que doit affronter la banque islamique souvent soupçonnée de blanchiment d'argent. Un système est en cause, la *ḥawala*. Ainsi, *« qu'il s'agisse des ouvrages d'universitaires ou des rapports des divers organismes qui luttent contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, il existe une constante. Le système de la hawala est toujours décrié comme un système de blanchiment et de noircissement de l'argent »* [772].

Précisons que la *ḥawala*, littéralement, transfert, constitue du point de vue légal l'équivalent d'un titre de créance. Elle permet de s'acquiter d'une dette sur les ordres de l'acheteur sur la base d'un simple document. Plus concrètement, ce mécanisme autorise un *« débiteur de transférer à un tiers qui est lui-même son débiteur, la charge de régler la dette dans les mains de son créancier »* [773]. La responsabilité du paiement incombe en dernier ressort à un tiers [774].

Le terme *ḥawala* correspond à la lettre de crédit qui veut qu'un banquier accrédite son client auprès d'un de ses confrères pour lui permettre de retirer des fonds dans une autre banque [775]. Elle fut très répandue dans l'empire musulman [776] et fut utilisée historiquement au-delà du droit islamique : elle permit des activités bancaires par les négociants juifs mais aussi par les marchands musulmans [777].

---

[772] Ibrahim eyyad CEKICI, « Douter de la finance islamique : le cas du financement du terrorisme », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 2, *op. cit*., p. 24 ; François LUDOVIC, Pascal CHAIGNEAU et Marc CHESNAY, *Criminalité financière, comment le blanchiment de l'argent et le financement du terrorisme sont devenus une menace pour les entreprises et les marchés financiers*, éd. de l'Organisation, 2002, p. 113, Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse », *op. cit.,* p. 20.

[773] Yves BERNARD et Jean-Claude COLLI, *Dictionnaire économique et financier*, Seuil, 1989, p. 1412.

[774] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 128 ; Ali TOUSSI, *La banque dans le système financier islamique*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 58.

[775] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, *op. cit*., p. 153.

[776] Noël COULSON, *Histoire du droit islamique*, *op. cit.,* p. 39.

[777] Hacène BENMANSOUR, *L'islam et le ribā, pour une nouvelle approche du taux d'intérêt*, Paris, Dialogues éditions, 1990, p. 70.

Les banques islamiques utilisent aujourd'hui ce système qui permet aux banques de fournir à leurs clientèles un moyen de paiement, notamment dans les pays du sud faiblement bancarisés, et entre ces pays et ceux du Nord. Ces transferts sont organisés par des organismes conventionnels, dont le plus connu est *Western Union* présent dans toutes les villes de la planète. D'autres institutions spécialisées le font aussi, ainsi que certaines institutions de microfinance, lorsqu'elles sont autorisées à le faire. Là encore, la *ḥawala* est une réponse pratique au fonctionnement de la microfinance [778].

Cependant, les experts ont du mal à pénétrer ce secteur [779], d'où parfois quelques généralités : « *les moyens d'échange, les valeurs refuges, l'anonymat, la possibilité d'empilage sont des éléments qui attirent les blanchisseurs* » [780]. Le GAFI, plus explicite, cite comme instruments de blanchiment, le trust, les prête-noms, les sociétés écran et la *hawala* [781]. Donc, la *ḥawala* est présentée comme un moyen de blanchiment de l'argent. Pour certains auteurs, *« il s'avère réaliste d'affirmer que des doutes existent sur le caractère terroriste" de la finance islamique, notamment via le système dit de Hawala" »* [782].

La *ḥawala* peut en effet prendre la forme d'un instrument puissant de transfert informel de fonds [783]. Ce genre de système semble connaître un certain succès. Il permet notamment aux travailleurs expatriés de transférer des fonds sans trace de

---

[778] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 251.

[779] Mohammed EL QORCHI, « Hawala : comment fonctionne ce système informel de transfert de fonds ? », *Finances et Développement*, décembre 2002, pp. 31-33.

[780] François LUDOVIC, et al., *Criminalité financière, op. cit.,* p. 104.

[781] http://www.djindexes.com/islamic/index.cfm?go=overview Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, Rapport 1999-2000, 3 février 2001, p. 6 et 7 (consulté le 26 octobre 2014).

[782] Ibrahim eyyad CEKICI, « Douter de la finance islamique : le cas du financement du terrorisme », *op. cit.,* p. 22.

[783] Selon certains auteurs, le financement *hawala* serait une pratique très ancienne et correspond au transfert informel des fonds. Il serait apparu *« en Chine et sur le sous-continent indien en des temps reculés dans l'optique de protéger les marchands qui étaient trop souvent attaqués par des brigands sur la fameuse Route de la Soie… (Il) porte différents noms selon les régions où il est pratiqué : de fei'chien en Chine - littéralement argent qui vole" - à hundi en Inde, en passant par padala aux Philippines, hui kuan à Hong-Kong ou encore phei kwan en Thailande »*. Christophe KUN , « Les systèmes informels de transfert des fonds : l'hydre des financements hawala », *Infolabo*, p. 1. Document disponible sur le site : https://www.infoguerre.fr/fichiers/transferts_fonds_hawala.pdf (consulté le 26 octobre 2014).

papier, ni même de flux correspondants d'argent au niveau transfrontalier [784]. L'opération de transfert se déroule suivant le schéma suivant : une personne « A » travaillant dans un pays étranger veut envoyer de l'argent à une personne « B » restée au pays d'origine. Pour cela, il va remettre la somme en question à un opérateur (le *ḥawaladar*) situé dans le pays d'accueil. Ce dernier donnera l'ordre à son correspondant « C » (un autre *ḥawaladar*) basé dans le pays d'origine de remettre les fonds à la personne « B » (récipiendaire). Les fonds seront remis en monnaie locale. Ce schéma peut devenir très complexe dans le cas du financement du terrorisme. En effet, il peut être démultiplié par la présence d'un grand nombre de courtiers. Chacun remplissant sa tâche d'intermédiaire, et à la fin du parcours, les fonds seront remis à leurs destinataires. Il est mentionné que *« Dubaï est généralement citée comme étant la chambre de compensation des transferts informels de sociétés telles que Western Union »* [785]. Cependant, on distingue la *« ḥawala* blanche » de la « *ḥawala* noire » : *« blanche pour les transferts légaux de fonds et noirs pour les transferts illégaux, et donc logiquement non islamiques. Dans le cas de la ḥawala noire, les capitaux seront dissouts dans des montages complexes ayant recours à des structures opaques »* [786]. Ce constat avait donné lieu à des critiques allant jusqu'à considérer la finance islamique comme une forme de *« Jihad financier »* [787].

Depuis les événements du 11 septembre 2001, les législations de nombreux pays ont été durcies pour marquer la provenance et la destination des fonds [788]. Cette idée est soutenue par certaines institutions islamiques comme la BID ou l'AAOIFI.

---

[784] Michel RUIMY, *La finance islamique*, *op. cit.,* p. 43 ; voir aussi « Les transactions hawala, vieille pratique financière », *Le Monde*, 11 septembre 2002.

[785] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, *op. cit.*, p. 169.

[786] Ibrahim eyyad CEKICI, « Douter de la finance islamique… », *op. cit.,* p. 25.

[787] Cette déclaration a été faite par Taqi Usmani, alors qu'il était membre du comité de supervision islamique du *Dow Jones islamic Market Indexes* (www.fahmedeen.org/books/islamandmodernism.pdf).

[788] Le principe est de prévenir et maîtriser les risques dus aux circuits de blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. À ce titre, il a été créé à l'échelle internationale l'Office central de répression de la grande délinquance financière (OCRGDF) et la Cellule de Renseignement financier (CRF). Voir sur ce point, aussi Éric VERNIER, Charlotte GAUDIN, « La coopération judiciaire en matière de lutte anti-blanchiment existe-t-elle ? », *Banque et Droit*, septembre-octobre 2008, p. 3 ; voir aussi

Il en est de même du Guide de l'ALFI, comportant certains développements en la matière. Ainsi, il est précisé qu'en cas de purification des revenus, les dons octroyés doivent être filtrés afin de vérifier que les normes de transparence sont appliquées. Dans le but de limiter les risques, les organismes de bienfaisance bénéficiaires doivent être nommés dans le prospectus du fonds [789]. De plus, avant tout versement, l'identité des bénéficiaires doit être confirmée conformément aux circulaires de la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) : *« Identification et déclaration des relations d'affaires avec les milieux terroristes »* [790].

En principe, l'agent de transfert n'est pas obligé de vérifier la conformité de l'argent issu des souscriptions avec les règles de la *sharī'a*. Cependant, si le promoteur décide d'abandonner l'idée de la purification et la *zakāt* à l'investisseur, ledit agent doit fournir à ce dernier toutes les informations nécessaires.

Reste à ajouter que la finance islamique ne saurait être vue, en elle-même, comme une finance entretenant des liens avec l'illégalité ou avec le monde du terrorisme. Des auteurs avaient tenté de rectifier cet amalgame en indiquant que « *la méconnaissance du sujet – de la finance islamique – permet certaines confusions autrement plus troublantes que la précédente. Ainsi est-on parfois confronté à un amalgame entre, d'une part, la Finance Islamique et, d'autre part, l'intégrisme religieux et le financement du terrorisme. Or, rien, ni dans la théorie, ni dans la pratique, ne permet d'établir un lien quelconque entre ces deux phénomènes* ». Toujours selon les mêmes auteurs, « *le développement d'institutions financières réglementées, capables de capter cette épargne informelle, pourrait, au contraire, aider à réduire le détournement de fonds à des fins terroristes* » [791].

Chantal CUTAJAR, « La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme », Dossier, *Revue de Droit bancaire* et financier, n° 3, mai 2009.

[789] Isabelle RIASSETTO, « Le contenu du guide de bonnes pratiques *des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI)* », *op. cit.*, p. 94.

[790]http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Lois_reglements/Circulaires/Blanchiment_terrorisme/cssf10_492.pdf (consulté le 8 novembre 2014).

[791] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, *op. cit.,* pp. 17-18.

Autrement dit, le recours à la finance islamique rendrait plus facile la lutte contre les formes de criminalité, étant donné que les fonds investis sont subordonnés aux normes légales réglementant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Or, le blanchiment d'argent comme le financement du terrorisme s'appuie généralement sur des mécanismes occultes opérant « hors circuits bancaires, islamiques ou non ».

Par ailleurs, sur le plan strictement théorique, il y aurait une opposition de principe entre l'esprit de la finance Islamique et les finalités des activités terroristes. La Finance Islamique contient un large éventail d'activités conformes à la *sharī'a* qui présuppose de l'éthique et de la transparence. Donc, bien éloigné de la nébuleuse du financement des activités terroristes.

Le rapprochement avec la finance conventionnelle peut contribuer à écarter le doute.

2. L'indispensable rapprochement avec le secteur financier classique

Le respect des principes de la *sharī'a* n'empêche pas d'ajouter des éléments à la réglementation existante, parfois même en contournant certaines obligations, et ce afin de s'adapter et de se conformer aux normes des pays d'accueil.

a) La finance islamique obligée de contourner la *sharī'a*

Une lecture synthétique des préceptes de la *sharī'a* permet d'établir une certaine hiérarchie des normes :

- Le fondamental (*Assassiyā*), c'est-à-dire tout ce dont l'être humain ne peut se passer sans mettre en péril son intégrité spirituelle ;

- Le nécessaire (*Ḍarūryā*), en l'occurrence tout ce dont l'absence engendre une contrainte majeure pour la réalisation de la personne humaine ;

- Le complémentaire (*Taḥsiniāt*), à savoir tout ce qui participe à l'épanouissement de l'homme [792].

[792] Voir Nasser HIDEUR, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *op. cit.*, p. 13.

La référence à cette hiérarchie permet de nuancer la distinction du licite et de l'illicite. Sans revenir sur ce qui est illicite, le Coran admet que si un acte *ḥaram* a été commis par nécessité (*ḍarūra*) et que cette nécessité a produit un comportement approprié, la loi peut se trouver neutralisée et la personne n'est pas blâmable.

Le principe de nécessité repose en effet sur l'idée que Dieu a voulu *« libérer le croyant du poids des épreuves qui pèsent sur lui »* [793]. Ainsi, il est écrit que *« Dieu veut la facilité pour vous, il ne veut pas, pour vous, la contrainte »* [794] , ou encore : *« Nous n'imposons à chaque homme que ce qu'il peut porter »* [795].

Comme l'a souligné le théologien ḥānbalite, Ibn Taymiyya, *« Il convient de ne pas oublier que Dieu n'impose à aucune créature des tâches au-dessus de ses forces »* [796]. Il faut en déduire qu'une personne, confrontée à une nécessité impérieuse, mettant en jeu un intérêt vital, peut s'affranchir d'un interdit divin [797].

La nécessité est donc complétée par l'idée de l'intérêt général (*maṣlaḥa mūrsala).*

Le recours à ces procédés permet à la finance islamique d'acclimater ses produits pour les rendre licites. Citons à ce titre quelques exemples :

Prenons d'abord le cas des opérations sur *futures* largement pratiquées par la finance classique : celles-ci consistent à convenir au moment de la transaction du prix et de la quantité d'un sous-jacent dont le règlement et la livraison seront effectués à une date ultérieure. À première vue, ce type d'accord est prohibé par la finance islamique dans la mesure où il s'agit d'échange de produits à partir d'une opération fictive, c'est-à-dire qui en réalité n'a pas encore eu lieu [798].

---

[793] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 49.

[794] Coran, *sūrate* 2, verset 185.

[795] Coran, *sūrate* 33, verset 62.

[796] Cité par Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, *op*. *cit*., p. 38.

[797] Charles RAYMOND, *Le droit musulman*, *op*. *cit*., pp. 25-26. Pour Joseph SCHACHT, l'utilisation de ces formules *« permettent à des gens qui, sans cela, sous la pression des circonstances, auraient agi contre les dispositions de la loi sacrée, de parvenir au résultat désiré tout en se conformant réellement à la lettre de la loi »*, *Introduction au droit musulman*, *op*. *cit*., p. 71.

[798] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme… op. cit*., p. 47 ; wafa KAMMOUN MASMOUDI et akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op. cit.,* p. 59 ;

Il se peut même que la livraison immédiate soit impossible, lorsque l'actif sous-jacent est un produit artificiel (obligations, actions). Le droit islamique considère alors que ce type de transaction consiste à échanger deux dettes (*baī' al-dīn-bi-al-dīn*) [799], ce qui est est illicite, à moins que les dettes échangées aient la même valeur [800]. C'est dire que la possibilité de réduire ou d'augmenter la somme due est prohibée, sauf si celle-ci n'est pas imposée et ne résulte donc pas d'un engagement contractuel [801].

De manière générale, le principe est que la vente à terme d'un bien que l'on ne possède pas est proscrite, car cela relève du *gharār*. Pourtant, l'ingénierie financière islamique a imaginé des instruments juridiques assez subtils visant à contourner l'interdiction, comme l'atteste les opérations de type *futures*, ou encore le recours au contrat *bai-istisnā'*, *« contrat d'entreprise, qui permet de s'affranchir de l'obligation de livrer ou de payer au moment de la conclusion de la transaction ainsi que de celle de fixer le prix à des conditions de marché »* [802]. C'est également le cas avec le contrat *salām* permettant d'obtenir immédiatement une rémunération pour un produit qui sera livrée ultérieurement [803]. Ces dérogations reposent sur l'idée que le bien, objet de la transaction, sera raisonnablement disponible le jour de la livraison. Elles ont été consenties aux financiers et aux entrepreneurs pour le bien de la collectivité (*maṣlaḥa*) car cela est censé favoriser l'activité économique, en particulier celle portant sur des produits dérivés. Pour autant, la majorité des écoles théologiques éprouve des réticences face à ces techniques. Seule l'école *ḥanéfite* accepte ces exceptions pour peu qu'elles ne favorisent pas la spéculation.

---

[799] Le « *dīn* » est le terme qui en Islam désigne la dette, ou plus précisément la dette d'argent. Voir à ce sujet Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit*., p. 170.

[800] Taqî ad-Dîn Ahmad IBN TAYMIYYA, *Epître sur le sens de l'analogie*, Beyrouth, Liban, Les éditions Al Bouraq, 1996, p. 46 : *« Il n'est pas interdit de vendre une créance contre une autre créance mais à condition que le délai et la valeur soient les mêmes »*.

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

[802] François GUÉRANGER, *La finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, *op*., *cit*., p. 165.

[803] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement à la lumière du droit français, op. cit.,* 115 ; voir aussi Wafa KAMMOUN MASMOUDI et akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op. cit*., p. 59 ; Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la charia islamiya dans l'arbitrage international », *op. cit*., p. 108.

Toujours dans le même ordre d'idées, l'assurance apparaît comme un contrat-type des opérations sur *futures*. Ce type de transaction est en principe *ḥaram* (illicite), dans la mesure où il repose sur l'aléa et se rapproche de ce fait du jeu et du hasard (*maīsir)* prohibé par le droit musulman. Pourtant, certains auteurs soutiennent le principe de la licéité des contrats d'assurance en affirmant que la *sharī'a* n'a pas déterminé les contrats licites, et que la loi musulmane a autorisé tout contrat né de la nécessité (*ḍarūra*) à moins qu'il ne soit incompatible avec le régime contractuel légitime et ses conditions requises [804].

Au fond, la finance islamique se heurte à des questions d'une importance cruciale lorsqu'il s'agit d'opérations sur *futures*. On sait que la prise de risque en vue de réaliser un intérêt constitue un moteur de l'activité bancaire. En effet, la banque finance un risque rémunéré par l'obtention d'un intérêt. Dans ce cadre, parmi les instruments financiers utilisés figurent l'échange des flux financiers ou *swaps*. Il s'agit de contrats par lesquels deux parties *« s'engagent à échanger des flux financiers à une date future selon des modalités fixées à l'avance »* [805], donc à des dates ultérieures. On conçoit que ce procédé où le hasard tient une place importante dans la transaction, ne peut être admis par la finance islamique [806].

Toutefois, pour contourner cette contrainte, les légistes évoquent le « degré de l'ignorance » (*jahalā*), lequel conduit au hasard, lequel mène au jeu et à la spéculation (*maīsir*) et donc à l'interdit. Ainsi, on peut lire en ce sens : *« la cause de la divergence est la question de savoir si le degré de connaissance que donne la description, par rapport à la connaissance fournie par le sens, constitue une incertitude qui influe sur la chose vendue au point qu'il y a un aléa considérable ou bien qu'elle n'influe pas sur cette chose et il y a alors un aléa toléré parce que d'importance minime »* [807].

---

[804] Pour plus de détails sur ce point, voir deuxième partie, chapitre 2, section 2.

[805] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 141 ; vi BODIE et Robert MERTON, *Finance*, Paris, éd. Persson Education France, 2000, p. 320.

[806] Voir Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *op. cit.*, p. 14 ; Wafa KAMMOUN MASMOUDI et akaria RHADBANE, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *op. cit.,* p. 59.

[807] Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit*., p. 63.

Un autre instrument pratiqué par la finance conventionnelle est controversé au regard du droit islamique financier : il s'agit d'opérations sur options (*khyarat*) qui permet à une partie au contrat de confirmer ou non une transaction à un certain prix et dans un délai déterminé [808].

Certains juristes musulmans soutiennent l'idée qu'une option est une promesse (*wa'd*) d'achat ou de vente [809] et, par ricochet, le droit d'exercer une option ne peut faire l'objet d'un contrat, ce qui pose donc la question de la licéité des produits échangés [810]. En outre, les arguments de spéculation (*maīsir*) de jeu (*gharār*) et de l'ignorance sont au cœur de l'opposition contre l'utilisation des options financières [811]. D'autres, en revanche, incluent toutes sortes de surplus (*manfa'a*) dans la notion d'objet du contrat. Or l'acquision d'une option permet à son propriétaire de bénéficier d'un droit sans obligation, ce qui rend ainsi l'opération licite. L'achat d'options serait d'autant plus conforme à la *sharī'a* qu'elle repose sur le *khiyar* (choix) définit comme le « droit » d'annuler (*ḥaḳ al-faskh*) ou de confirmer (*ḥaḳ al-imḍa'*) unilatéralement un contrat après sa signature, dans un délai déterminé [812]. L'esprit qui gouverne l'idée de *khiyar* est avant tout la protection de la justice contractuelle C'est le point de vue de François Guéranger, pour qui *« l'objectif, d'ordre éthique, est de maintenir l'équilibre des transactions et d'éviter que la partie la plus faible soit lésée »* [813].

---

[808] François GUÉRANGER, *La finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p. 166.

[809] Mohyedine Adnan HAJJAR, « Regards sur le financement islamique d'après les finalités de la chaira », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 9, 2015, p. 19 ; Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique, Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises, op. cit.*, p. 20.

[810] La position de la jurisprudence islamique contemporaine vis-à-vis des options financières, comme pour la majorité des produits dérivés, est pour l'interdiction. Voir sur ce point, Jan SMOLARSKI et al., « permissibility and use of options for hedging purposes in Islamic Finance », *Thunderbird International Business Review*, vol. 48, n° 3, mai-juin 2006, pp. 425-443 ; Mohamed Talal LAHLOU, « Nécessité de récupération et de transfert de marchandises, quels impacts sur les marchés ? », op. cit., p. 51-52.

[811] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique, op. cit.* pp. 337-340 ; voir aussi Nevi DANILA et Agatha E. JEFFERS, « Derivatives : An Islamic perspectives », *Journal of International Finance and Economics*, vol. 9, n° 3, 2009, pp. 83-90.

[812] Ces droits sont convenus par les parties contractantes, mais ils peuvent aussi résulter de la loi. Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit.,* p. 380.

[813] François GUÉRANGER, *La finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p. 54.

Il convient toutefois de préciser qu'en finance islamique il n'existe pas du contrat équivalent à l'option en vigueur dans la finance conventionnelle [814]. Le contrat de *bai al-'arbūn*, type d'achat avec dépôt de garantie sous forme de versement d'arrhes, s'en approche néanmoins [815] : l'acheteur qui s'engage dans un futur contrat de vente, dépose une somme d'argent, qu'il pourrait perdre s'il ne poursuit pas l'achat. À l'inverse, s'il décide d'exécuter le contrat, cette somme (*'arbūn*) serait déduite du montant total du prix de vente [816].

Dans une certaine mesure, la technique de *'arbūn* présente des similitudes avec l'option d'achat, bien que, dans le premier cas, le dépôt de garantie sera laissé au vendeur quel que soit le choix ultérieur de l'acheteur.

De même, contrairement à l'option, le produit de la transaction reste en possession du vendeur pendant la durée du contrat, la vente à découvert étant prohibé par la *sharī'a*. Pour l'illustration, adoptons cet exemple : dans un contrat de type *mūrabaḥa,* un investisseur disposant d'une somme de 100.000 euros veut acheter des actions sur le marché financier. Pour ce faire, il va consacrer 80.000 dans un placement sans risque, par exemple un contrat *mūrabaḥa* rémunérant l'investissement à hauteur de 5%, ce qui permet de protéger le capital sur une période donnée. Les 20.000 restants sont destinés, dans le cadre d'un *'arbūn,* à être versés comme garantie pour l'achat du panier d'actions valant 100.000. Si, à l'échéance convenue, les actions ont chuté, l'investisseur peut se retirer en abandonnant son dépôt de garantie (20.000). Si au contraire, les actions ont pris de la valeur, par exemple 10%, alors il peut aller au terme de la transaction en versant le reliquat de 80.000 et céder les titres au prix 110.000 réalisant ainsi une plus-value de 10.000.

---

[814] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit.,* pp. 402 et s.

[815] Voir Agnès BENASSY-QUERE, Laurence BOONE et Virginie COUDERT, *Les taux d'intérêt*, Paris, éd. La Découverte, 2003, pp. 86 et s.

[816] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 85 ; François GUÉRANGER, *La finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p. 166 ; Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique. Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises, op. cit.*, p. 21.

Cet exemple a pour seul intérêt d'illustrer l'utilisation concomitante d'un contrat de *mūrabaḥa* et d'un contrat d'*'arbūn* pour contourner l'interdiction d'une opération sur *futures*. Contournement que seule l'école *ḥānbalite* semble tolérer [817]. En effet, la majorité des écoles du *fīḳh* interdisent cette pratique, assimilée au gharar [818], alors même qu'elle est largement répandue au sein des banques islamiques [819].

En tout cas, pour couvrir les risques financiers, les banques utilisent fréquemment les options contractuelles comme l'option de stipulation ou encore l'option de choix, adaptés plus particulièrement aux opérations de marché et aux pensions.

- L'option de stipulation dite *khiyar al-sharṭ d*onne le droit à chacune des parties de confirmer ou non le contrat pendant une période qui ne peut excéder trois jours [820], selon l'opinion dominante [821]. Notons que ce droit ne peut être ni acheté ni vendu en tant qu'actif détaché de l'ensemble de l'accord [822].

L'option de stipulation peut être insérée dans tout contrat impliquant un échange, par nature, annulable à tout instant et sans raison particulière [823]. On peut utiliser cette option dans le cas des contrats *mūrabaḥa*, l'*ijarā*, l'*istijrar* :

---

[817] Les autres rites islamiques interdisent cette pratique assimilée au *gharār*, donc au hasard et à l'incertitude. Voir sur cette question Siddiq AL AMMEEN AL-DHAREER, « Al-gharār in contracts and its effects on contemporary transactions », Jeddah, IRTI, 1997 disponible sur le site :

http://ierc.sbu.ac.ir/File/Book/Al%20Gharār%20in%20Contracts%20and%20Its%20Effect%20on%20Contemporary%20Transaction_46904.pdf (consulté le 25 octobre 2014).

[818] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 85.

[819] *Idem*.

[820] Pour sa part, l'école malékite estime qu'il n'y a pas de limitation au délai, et que celui-ci peut être déterminé en fonction des usages et des coutumes du pays. Voir Yvon Linant De BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, AHESS, 1967, § 391.

[821] Joseph SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, *op. cit.,* p. 130 ; Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.* p. 388 ; voir aussi François GUÉRANGER, *La finance islamique. Une finance éthique*, *op. cit.*, p. 57 ; Khalil LABNIOURI, « L'innovation en ingénierie financière islamique », *op. cit.,* p. 29.

[822] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit.,* p. 380.

[823] Par cette notion de *khiyar al shart*, les juristes classiques semblent admettre une dérogation au principe du droit musulman selon lequel le contrat est obligatoire dès sa conclusion. Ils se sont appuyés pour cela à un *ḥadīth* attribué au Prophète disant : *« si tu vends ou achètes déclare, au moment de la vente, sans te tromper : je me réserve l'option (khiya) »*, cité par Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 87.

Dans le contrat de *mūrabaḥa*, l'insitution bancaire, à la demande de son client, acquiert un bien auprès d'un fournisseur qu'il revend au client en question. Ce dernier, dans l'intervalle, peut, de manière unilatérale, changer d'avis et ne plus acheter le bien et, dans ce cas, l'acte sera réputé n'avoir jamais existé [824]. Du coup, la banque risque de devoir garder le bien, objet du contrat. Pour couvrir ce risque de défaut d'achat, la banque peut inclure une option de stipulation dans l'accord avec le fournisseur, mettant fin à l'opération si le client de la banque se retire de la transaction. Le risque est de ce fait supporté par le fournisseur qui peut, alors, augmenter son prix initial de vente pour se couvrir [825].

Dans les contrats d'*ijarā* (crédit-bail), pour se prémunir conttre le risque de marché, le propriétaire peut assortir la transaction d'options lui permettant de rompre unilatéralement le contrat si, au fil du temps, l'évolution générale des loyers diffère de manière considérable par rapport au loyer d'origine. Selon certains auteurs, *« cette condition potestative assure dès lors l'équité dans le contrat, principe fondateur du fiqh al-muamalat »* [826].

Les contrats d'*istijrar* ont pour objectif de financer la circulation du capital des entreprises sur une base régulière, sachant que dans ce type de contrat, le prix n'est pas fixé à l'avance. Dans ces conditions, le risque de marché peut être couvert par l'option de stipulation reconnaissant à l'une ou l'autre des parties la faculté d'exécuter la transaction *« au prix moyen d'une fourchette prédéfinie ou au prix d'une des extrémités de la fourchette et choisi à un certain moment avant l'échéance »* [827].

L'option de stipulation (dite aussi « option contractuelle »), avec droit de rescision (*khiyar al-sharṭ*), est acceptée par toutes les écoles juridiques. Elle peut être analysée

---

[824] Muhammad Mustafa SHALABI, *al Madkhal fil fiḳh al islami* (*Introduction au droit islamique*) Beyrouth, éd. Dar al-Jami'Iyyah, 10è éd, 1985, p. 594.

[825] Cette technique peut être utilisée par un acheteur ou un vendeur à terme : l'option est intégrée au prix convenu du bien. Elle peut aussi porter sur l'évolution du prix du produit pour se prémunir contre le risque de marché. François GUÉRANGER, *La finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p. 168.

[826] Paul-Olivier KLEIN, « Les sukuk optionnels : sukuk à remboursement anticipé, convertibles et échangeables », *Les Cahiers de la finance islamique,* n° 7, 2014, p. 111.

[827] François GUÉRANGER, *La finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p. 169.

comme une conséquence de l'intérêt constant du droit musulman dans l'équivalence des prestations. En laissant aux parties un laps de temps pour décider, le droit musulman permet de s'assurer de la conformité des engagements avec la réalité de l'objet du contrat.

- À côté de cette possibilité conventionnelle, le droit musulman classique propose une autre technique appelée option de choix (*Khiyar a-ta'yin*), qui consiste, dans un délai prédéterminé, à choisir entre plusieurs biens. Cette option peut être exercée à tout moment par l'acheteur ou par le vendeur [828] et a pour objectif de diminuer le risque résultant d'une information insuffisante.

L'option de choix, généralement pratiquée en matière de biens et de matériaux dans le cadre des contrats de *mūrabaḥa* peut combiner une option *khiyar al- sharṭ* et une option *khiyar a-ta'yin* : le client, ayant stipuler son droit de choisir entre plusieurs biens, il risque moins un défaut de paiement vis-à-vis de la banque.

Il est à noter que l'option de choix est considérée comme *« particulièrement utile dans la gestion de portefeuille puisqu'elle permet à l'investisseur de choisir entre plusieurs compartiments d'un même fonds »* [829].

- Le droit islamique permet aussi d'autres techniques de financement comme la pension (*baīʿ bil-wafa*). Il s'agit d'un contrat mixte comprenant une vente (*baīʿ*) et une mise en gage (*rāhn*). Les parties contractantes s'accordent à échanger un actif contre une somme d'argent pour une durée convenue à l'avance et à l'issue de laquelle le bien en question retourne à son détenteur d'origine dès qu'il termine de rembourser totalement le prix. Cette technique peut être comparée à une aliénation fiduciaire, si l'on se fie à la définition suivant laquelle la fiducie constitue un *« contrat par lequel l'acquéreur apparent d'un bien s'engage à le restituer à l'aliénateur lorsque celui-ci aura rempli les obligations qu'il a envers lui »* [830].

---

[828] Khalil LABNIOURI, « L'innovation en ingénierie financière islamique », *op. cit.,* p. 29 ; Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit.,* p. 80.

[829] Cet instrument financier peut également être utilisé dans les contrats d'*ijarā* où plusieurs structures de loyers confèrent au preneur le choix ou non de prendre possession du bien.

[830] Voir Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction du Doyen Cornu PUF, 1987.

Dans le cadre de ce contrat, l'acheteur, en tant que bénéficiiaire de l'usufruit de l'objet, ne peut céder cet objet à une tierce partie [831]. L'accord reconnaît, en outre, aux deux parties la faculté de révoquer unilatéralement le contrat à tout instant [832].

Reste à ajouter qu'au regard du droit islamique, la licéité des instruments financiers peut être appréciée, d'une manière globale, en invoquant l'intérêt général (*maṣlaḥa*). En fait, il existe une hiérarchie des normes en droit islamique et la notion d'intérêt général cède le pas devant les règles issues de sources plus importantes (Coran, *Sūnnā*, *ijma*') : ainsi, le bénéfice apporté par ces produits financiers pour la communauté ne peut compenser les risques de *ribā*, *gharār* ou *maisi*r ; d'autre part, si le droit tolère une faible dose de *gharār*, il proscrit rigoureusement le *ribā* et le *maīsir*. C'est là l'obstacle principal posé par le droit islamique aux produits dérivés, par exemple. Cependant, comme il a été signalé précédemment, le droit musulman se caractérise par le principe de nécessité (*ḍarūra*) qui *« sert de soupape dans l'interprétation du Coran »* [833] ; il se distingue également par le recours à des techniques de raisonnement assez typiques, les *ḥiyal* ou ruses entendues au sens d'expédients juridiques [834]. Il s'agit là d'une pratique ancienne, menée par des *fūḳahā*, visant à combler le vide de la *Sūnnā*. Ces derniers ont eu recours au raisonnement rationnel, *ijtihād* (effort) et *ḳiyāṣ* (analogie) et furent appelés à cette occasion les « gens de la raison » (*ahl al ra'y*) [835]. Ils furent particulièrement impliqués dans l'élaboration des *ḥiyal* [836], attestant de la sorte le travail d'adaptation du droit islamique à la réalité du moment et à l'absence de

---

[831] François GUÉRANGER, *La finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p. 170.

[832] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit.,* p. 380.

[833] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.*, p. 148

[834] Patrick BLIN, *Islam éthique et capitalisme, op. cit.*, p. 66 ; Yomna DAOUD et Aïda KAMMOUN, « Financement bancaire islamique dans le contexte de la crise financière », *Les Cahiers de la finance islamique, n° 7, op. cit.*, p. 24.

[835] Pour plus de détails sur ce point, voir *supra*, pp. 53 et s.

[836] Notamment, l'école *ḥānafite* s'est particulièrement investie dans le développement des *ḥiyal,* alors que d'autres écoles les ont critiqués, ce qui montre clairement les divergences des opinions des théologiens lorsqu'il s'agit d'appliquer les principes du droit musulman. Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 49.

sources bien établies [837]. Il s'agit dès lors de faire *« usage de moyens juridiques à des fins extra-juridiques, qui ne pourraient être atteintes directement sans contrevenir à la sharī'a »* [838]. Nous sommes là en présence d'un d'échappatoire très important dans la mesure où il permet à des personnes soumises à la pression des circonstances, d'éviter certaines interdictions, sans pour autant violer réellement la lettre de la loi.

C'est pourquoi Rafik Chehata définit les *ḥiyal* comme étant des « *actes simulés auxquels ne s'appliquent pas les règles applicables aux actes réels (…) facilités grâce à la conception spéciale de la notion de simulation et à la théorie générale de la preuve en droit musulman* » [839]. Autrement dit, la ruse, dans le droit musulman, n'a pas une connotation péjorative ; elle ne signifie pas tromperie, mais plutôt la mise en œuvre de de méthodes de raisonnement élaborées pour adapter la loi islamique à des nécessités pratiques. À cet égard, certains savants, afin de légitimer l'intérêt (*ribā*), ont eu recours à la notion de surplus, qu'ils qualifient de *ribā al-faḍl* [840] considéré de leur point de vue comme une nécessité, donc licite [841]. Ils ajoutent toutefois que la licéité d'*al-faḍl* (surplus) ne peut opérer que lorsque l'échange se fait simultanément.

Le recours aux fictions juridiques (*ḥiyal*), bien qu'il soit très critiqué, est largement pratiqué par les institutions financières islamiques. D'après Patrick Blin, *« 80 à 90% des instruments utilisés par les banques islamiques reposent sur des bubterfuges »* [842], ce qui autorise à soutenir que les *ḥiyal « forment une partie du droit commercial »* [843].

---

[837] Dès les origines, l'utilisation des subterfuges juridiques pour déroger aux règles immuables issues du Coran et de la *Sūnnā*, a sans doute fait de la réflexion sur le droit islamique *« un terrain propice au développement de la fiction et de l'abstraction »*, Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 18.

[838] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 49.

[839] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, op. cit.,* p. 56.

[840] On entend par *ribā al faḍl « tout échange de deux biens de la même nature avec des quantités différentes telle par exemple la vente d'un dinar contre deux »* (Ahmed TAHIRI JOUTI, « Le couple risque-rentabilité dans le mdoèle bancaire islamique », *op. cit.,* p. 46). Ce procédé est en principe interdit par la *sharī'a*.

[841] Voir notamment Rachid RÉDA, *Rissalat Al Rib'avWaa al Moamalat Fil Islam*, p. 15. Cité in Hassan Abdallah AL AMIN, « Statut légal (Hokm) des transactions avec intérêt », *op. cit*., p. 21.

[842] Patrick BLIN, *Islam éthique et capitalisme, op. cit*., p. 66.

[843] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 49.

Reste à ajouter que la pratique des *ḥiyal* permet aux parties intéressées, lors d'une transaction, de s'entendre mutuellement pour aboutir à un montage contractuel (*mūrabāḥa*, *ṣūkūk*, *istisnā'*, *salām*, etc.) ne risquant pas d'être sanctionné par les théologiens. Donc, le principe de précaution domine les *hyals* [844]. D'ailleurs, tout *ḥiyal* doit être au service du bien-être de la collectivité et validé par les comités du contrôle de la *sharī'a* afin de prévenir toute dérive dans l'utilisation de cette technique bien connue du droit musulman [845].

De ce qui précède, il semble que le principe de nécessité permet de répondre aux besoins contemporains de l'ingénierie financière islamique. Il s'agit là d'un processus d'adaptation bien connu dans le *fīḳh* et qui n'a jamais été véritablement interrompu. Cependant, son rythme s'est considérablement accéléré pour permettre à la finance islamique de se conformer aux normes des pays non-musulmans, souvent au dépend de sa dimension de finance éthique alternative.

b) La finance islamique contrainte de se conformer aux normes des pays hôtes

En Occident, le religieux est séparé de la vie sociale et politique qui reste marquée par la laïcité, concept totalement étranger pour un musulman. En fait, nous sommes en présence de deux cultures diamétralement différentes où le monde occidental et le monde musulman semblent former deux blocs hétérogènes éloignés l'un de l'autre [846].

Sur le plan juridique notamment, la communauté musulmane se distingue par le caractère religieux de ses règles qui lui imprime une certaine spécificité. En tout cas, le

---

[844] Joseph SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, *op. cit.,* p. 172.

[845] Il existe à propos de cette technique une littérature abondante, bien que principalement issue de l'école *ḥānbalite*. Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 81-85 ; Noël COULSON, *Histoire du droit islamique*, *op. cit.,* p. 136 ; ; Yvon LINANT DE BELLEFONDS, « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman », *Revue international de droit comparé,* n° 3, 1958 pp. 510-521 (disponible sur le site https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc_0035-3337_1958_num_10_3_12681.pdf (consulté le 8 novembre 2014).

[846] Dans certains discours, cédant aux simplifications et aux raccourcis historiques, on retrouve même l'opposition entre l'Occident chrétien et l'Orient musulman. Ainsi, par exemple, Samuel HUNTINGTON, selon une vision apocalyptique, prévoit un « choc des civilisations » opposant principalement le monde occidental chrétien au monde musulman. *Le Choc des civilisations*, trad. de l'anglais Paris, éd. Odile Jacob, 2007.

croyant tend à ordonner tous les actes de sa vie courante aux préceptes coraniques et à la *Sūnnā* [847]. Cette conception montre la différence avec le droit occidental où la règle juridique est séparée de la règle morale ou religieuse. Dès lors qu'elle est imprégnée du sacré, la règle de droit se saisit avant tout de ce qui est licite (*ḥalal*) et de ce qui est illicite (*ḥaram*). Or, cette distinction fondamentale n'est pas une affaire de juristes ou d'un calcul rationnel ; elle relève de la *« souveraineté des autorités religieuses »* [848] dont la fonction est d'interpréter et préciser un contenu préétabli. On comprend que l'on puisse affirmer qu'en droit musulman, la raison est subordonnée aux textes sacrés et non l'inverse comme semble être le cas en droit occidental [849]. Ce postulat a pu servir d'argument à certains auteurs qui, abordant le choix prôné par la *sharī'a* du partage des risques et profits, soutiennent que la mentalité musulmane est réfractaire au risque et que « *cette hostilité n'est pas seulement morale, mais aussi inscrite dans la loi* » [850].

De là résulterait une absence de l'esprit d'entreprise justifiée par la soumission du musulman à Dieu qui seul peut créer, *« aucune créature ne pourrait participer à une telle efficience »* [851]. Ce point de vue n'est pas partagé par d'autres auteurs pour qui l'islam, depuis le IX[e] siècle, se caractérise par une éthique et un esprit capitaliste dans la mesure où cette religion est née dans un milieu où le commerce caravanier et l'agropastoralisme étaient des activités courantes [852]. *« Il n'y aurait ainsi pas d'incompatibilité entre la rationalité individuelle d'un entrepreneur et sa foi en la religion musulmane »* [853].

---

[847] Sélim JAHEL, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, thèse, Paris II, Panthéon-Assas, 2012, p. 7.

[848] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.*, p. 146.

[849] Yahia BEN ACHOUR, *Le rôle des civilisations dans l'ordre international*, Bruxelles, éd. Bruylant 2003, p. 289.

[850] Jacques AUSTRUY, *« Vocation économique de l'Islam », op. cit.,* pp. 160-161.

[851] Jacques AUSTRUY, *L'islam face au développement*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 44.

[852] Bruno ÉTIENNE, *Islam, les questions qui fâchent*, Paris, Bayard, 2003.

[853] Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière op. cit.*, p. 38.

Dans le même sens, on estime qu'une transaction financière fondée sur le partage des pertes et profits ne s'oppose pas à une gestion rationnelle. Bien au contraire, ce principe tend à favoriser *« une véritable intégration du facteur risque dans la gestion des projets et de l'investissement, donc une rationalité plus grande par une meilleure allocation des ressources »* [854].

Par ailleurs, nous avons eu l'occasion de démontrer que le respect des préceptes religieux n'interdit pas l'effort (*ijtihād*) en vue d'adapter le droit islamique aux situations nouvelles [855]. Le principe évoqué à cet égard est celui de réforme (*Iṣlāḥ*) qui est une notion présente dans le Coran : *« je n'ai nullement l'intention de faire ce que je vous déconseille. Je ne veux que la Réforme (Islāḥ) autant que je le puis. Et ma réussite ne dépend que d'Allah »* [856].

À cela, il convient de rappeler que, dans les pays musulmans, la codification du droit a, d'une certaine manière, rapproché les normes juridiques islamiques du droit moderne dont ils se sont largement inspirés [857]. Il en découle une coexistence d'un droit national qui peut être qualifié de rationnel avec le droit religieux [858]. Il reste toutefois à ajouter que la juridicité effective du droit musulman hors de son territoire dépend à la fois de la reconnaissance par le droit du pays d'accueil (*Lex Fori*) et de sa conformité à un ensemble de règles qui gouvernent les transactions contractuelles au-delà des frontières (*lex Mercatoria*) [859]. Or, s'agissant de notre propos, il importe que la finance islamique soit conforme au droit occidental.

---

[854] *Idem*. Voir aussi Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et finance en Islam*, *op. cit.,* p. 65.

[855] Voir *supra*, pp. 48 et 55.

[856] Coran, *sūrate* 11, verset 88.

[857] Léon BUSKENS et Baudouin DUPRET, « L'invention du droit musulman » : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique », 23 octobre 2012. Texte en ligne sur le site : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00743741/document (consulté le 14 avril 2015).

[858] Voir Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman, op. cit*. pp. 164 et 198.

[859] La *Lex Mercantoria* peut être définie comme un ensemble de normes transcendant les frontières d'un État. Elle comprend des principes généraux de droit unanimement reconnus et confirmés par la jurisprudence (équité, bonne foi, interdiction de la corruption, respect du droit acquis, etc.), des coutumes et usages du commerce international (autonomie de la volonté, stabilité du contrat, vice de consentement…). Voir Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 53 ; Catherine THIBIERGE, *« Le droit souple, réflexions sur les textures du droit »*, *RTD. civ*., 2003, p. 599.

À ce niveau, on peut apporter cette remarque préliminaire : la pensée occidentale est fondée sur le principe de rationalité, et de ce fait l'économie et la finance ne sont pas gouvernées par la morale ou la religion, mais elles restent néanmoins marquées par certains principes moralisants, parmi lesquels se trouvent le principe de bonne foi, le respect de la parole donnée, l'équilibre dans les contrats, l'égalité entre les parties contractantes, l'interdiction de l'abus, de la corruption et de la fraude. Il arrive même que certaines pratiques comme l'usure soient sanctionnées pénalement [860]. Cette indication a pour intérêt de montrer qu'il n'existe pas de droit positif « pur », qui serait dépourvu de « fondements moraux » [861].

Notons par ailleurs que le financement des projets relatifs au développement durable [862] illustre souvent une volonté de plus en plus manifeste de consacrer les fonds collectés à des activités préservant certaines valeurs humaines : protection de la santé, de l'éducation, la sauvegarde de la nature, etc. Selon certains auteurs, *« cette évolution est de nature à banaliser le modèle islamique qui à sa manière promeut des valeurs humaines supérieures… »* [863].

Cela étant, en droit musulman la morale religieuse semble prédominante. Ainsi, s'agissant par exemple du contrat, tous les éléments qui concourent à sa formation se trouvent dans le Coran, ce qui permet de dire que « *Le droit musulman est un droit contractuel. Le terme de contrat (ʻaḳd) est coranique. Les conditions (shurūṭ) de tout contrat reposent sur la justice distributive (ʻadl), qui se mesure sur la balance à deux*

---

[860] Voir, par exemple, concernant la législation française, l'article L. 313-3 du Code monétaire et financier relatif au taux d'intérêt (2017).

[861] Notamment Georges Ripert qui, dans l'un de ses ouvrages, avait fait remarquer que la morale était « la sève » qui nourrissait le droit des obligations. Voir, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J. réimpression 2013.

[862] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 338. Dans la perspective de développement durable, il est question *« de produire plus, au service du plus grand nombre, de mieux répartir les richesses et de lutter contre la pauvreté, tout en préservant la nature […] on y retrouve de plus, dans chacune de ses dimensions, économique, sociale et environnementale, une exigence transversale de solidarité entre les générations »,* Elizabeth FORGET, « Le développement durable dans la finance éthique et la finance islamique », in *Finance islamique : regard(s) sur une finance alternative*, recueil d'articles d'experts internationaux, éd. Mazars, juin 2011, pp. 151-155.

[863] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations du financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 23.

plateaux (mizān). Tous ces termes sont dans le Coran. L'égalité des conditions imposées aux contractants est donc le fondement de la validité d'un contrat, selon la Loi religieuse. En particulier, là où il y a un risque (khaṭār), il doit être partagé » [864].

Cette imprégnation religieuse autorise à affirmer que le droit musulman paraît assez rigide au regard de la liberté contractuelle, ce qui peut soulever deux problèmes importants :

- Le premier a trait à l'insécurité juridique [865], dans la mesure où le contrat est toujours contrôlé du point de vue de la morale religieuse qui n'est pas souvent précise ni cohérente puisqu'elle dépend du prestige du jurisconsulte qui l'examine et de son appartenance à telle ou telle école théologique.

- Le second problème porte sur le principe de l'autonomie de la volonté inhérente au droit des contrats. Il s'agit pour les parties contractantes de soumettre le contrat au régime juridique qu'ils ont choisi d'un commun accord [866]. Or, en droit musulman, la volonté consiste uniquement à prendre connaissance des prescriptions divines et donc à mettre en application des dispositions déjà établies dans le Coran et la *Sūnnā* [867]. Ainsi, à titre d'indication, pour l'orthodoxie musulmane, il faut être vigilant quant à la réalité du bien échangé au moment de la conclusion d'un contrat. Autrement dit, tout accord doit porter sur un actif tangible.

Il faut à présent se demander quel est l'impact de ces caractéristiques du droit musulman sur les normes des pays accueillant la finance islamique. Sur ce plan, toute activité bancaire doit se conformer à la réglementation locale qui peut être très contraignante. Cette conformité relève de la régulation prudentielle qui consiste à mettre en place un ensemble de normes applicables à toutes les banques. À ce propos,

---

[864] Roger ARNALDE , « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques », *Archives de philosophie du droit. Droit et religion,* 1993, pp. 83-91. Texte disponible in http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/7.pdf (consulté le 27 novembre 2014).

[865] François GUÉRANGER, *Finance éthique, op. cit.*, pp. 217 et 220.

[866] Voir Jean Christophe POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Économica, 1992.

[867] Olivier CAYLA et de Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques,* Dalloz, 2008, p. 534. Pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, pp. 275-282.

notons que dans la plupart des pays occidentaux la régulation prudentielle s'oriente vers la mise en place d'un cadre législatif global. Rappelons à cet égard le Comité de Bâle créé en 1974 par les gouverneurs des banques centrales des pays du « G 10 ». Ce comité a pour mission de renforcer le contrôle des activités bancaires et d'améliorer la sécurité du système financier en établissant des normes prudentielles standard (Bâle I, 1988). Au fil des ans, il est devenu une référence internationalement reconnue [868] établissant un certain nombre d'exigences visant à couvrir le maximum de risques : lutte contre la fraude, transparence, information, ratio minimum de fonds propres des banques (Bâle II, 2004 et Bâle III, 2010) [869]. On convient cependant que ces accords, mettant surtout l'accent sur un encadrement technique, n'auraient pas pris en compte les risques résultant des divergences d'interprétation des règles qui régissent le fonctionnement et l'organisations de la finance islamique [870]. C'est à ce titre que le *Conseil des Services Financiers Islamiques* a mis en place des standards nourris par des ajustements des accords de Bâle [871] dans le but de forger une approche prenant en compte les spécificités des institutions financières islamiques et les caractéristiques des produits compatibles avec la *sharī'a* [872].

---

[868] Estelle BRACK, *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes : vers un modèle commun ?* Paris, L'Harmattan, 2012, p. 75 ; voir aussi Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations du financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 87.

[869] Voir Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 321.

[870] Dina ABDEL MONEIM, Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit., p. 211. Adel HAR I, « *Les banques islamiques à l'heure des exigences règlementaires* », First conference on risk management in Islamic finance, organisée conjointement par Université Paris Dauphine et ARROW Financial Consulting, janvier 2010, p. 5.

[871] Aujourd'hui la question d'un « Bâle IV » est dans les esprits, puisque les mesures portées par les autorités prudentielles dans le cadre de « Bâle III » n'ont pas immunisé le secteur financier : crise financière, dette de la Grèce et crise de l'euro. Voir Jean- Bernard CAEN, « Prospective : Vers Bâle IV, une réglementation simplifiée », *Revue Banque*, n° 758 mars 2013, p. 2 ; « Vers Bâle IV ? Les banques dans l'incertitude », *Revue Banque*, mars 2016. Document sur : (http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/bale-iv-quoi-parle-t (consulté, oct. 2014) ; voir aussi « De Bâle 3 à « Bâle 4 » : chronique d'une saga réglementaire », Finance et Stratégie, 8//8/2017, document disponible sur le site : http://finance.sia-partners.com/20170808/de-bale-1-bale-4-chronique-dune-saga-reglementaire-0 (consulté le 6 octobre 2018).

[872] Kaouther TOUMI, « *L'impact des comptes d'investissement participatifs sur le ratio prudentiel des banques islamiques* », *Les Cahiers de la finance islamique* n° 2, p. 39 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 194.

Au niveau européen, le 11 mai 2011, la *Commission de surveillance du secteur financier* (*CSSF*) a posé sa doctrine administrative formulée dans une disposition à valeur infra-réglementaire sur *les Organismes de placement collectif (OPC) et la finance islamique*. La Commission n'a établi *« aucune ligne directrice contraignante sur le fonctionnement d'un fonds islamique »* [873]. Son rôle consiste seulement à vérifier le respect des règles d'ordre public intéressant les fonds d'investissement. En tant qu'autorité de marché financier, exerçant son activité dans un milieu où le droit n'est pas confessionnel, son pouvoir de contrôle ne s'étend pas à la dimension religieuse qui serait ajoutée à la dimension conventionnelle [874]. Elle précise dans ce sens qu'« *en tant qu'institution laïque d'une part et en l'absence des capacités d'appréciation spécifiques des préceptes de la Sharia d'autre part, il ne revient pas à la CSSF de porter un jugement de fond sur la conformité de la politique d'investissement d'un OPC sharia" par rapport aux enseignements de la sharia* » [875]. Il faut en déduire l'absence d'interdiction de prendre en considération des instructions religieuses en matière contractuelle appliquée plus particulièrement à la sphère financière. Au demeurant, une telle interdiction serait contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui aux termes de son paragraphe 2 affirme : *« La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique ou la protection des droits et libertés d'autrui »*. Aussi est-il concevable de dire que la liberté contractuelle induit ainsi l'exercice de la liberté de religion à travers la création de fonds d'investissement islamiques. Selon un auteur,

---

[873] Isabelle RIASSETTO, « Le contenu du Guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (*ALFI*) », *op*. *cit*., p. 92.

[874] *Ibid*., p. 96. Voir aussi du même auteur, « Les fonds éthiques et sociétés commerciales », *in Mélanges en l'honneur de D. Schmidt*, Joly, 2005, p. 299 ; « Les fonds islamiques », *Revue de droit bancaire et financier*, mai-juin 2011, étude 18, p. 43 ; « Les fonds d'investissement confessionnels », in Francis MESSNER et Pierre-Henri PRÉLOT (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2013, n° 2571.

[875] CSSF, « Les OPC et la finance islamique », 11 mai 2011 ; « Finance Islamique, La finance islamique sur la place de Luxembourg », également le communiqué du 26 janvier 2011, sur les « règles applicables aux *ṣūkūk* », in http://www.cssf.lu/fr/finance- islamique/ (consulté le 9 octobre 2014).

« Dans une société libre, c'est le contrat qui régit les relations interpersonnelles, et la loi n'est là que pour s'assurer que le contrat est conforme aux droits fondamentaux de la personne humaine. Imaginer des formes nouvelles de placements, purement volontaires, ne nous semble pas mettre en péril les libertés fondamentales » [876]. La liberté contractuelle ne signifie pas pour autant substitution d'une dimension religieuse des fonds à la dimension traditionnelle, mais simplement complémentarité des deux aspects. Dans cette limite, il est possible de créer toutes sortes de fonds d'investissement islamiques : fonds capital-risque, fonds *ṣūkūk*, fonds actions, fonds fonds *mūrabaḥa*, fonds *ijarā*… [877].

Reste à ajouter que les prescriptions religieuses doivent être clairement inscrites dans la transation contractuelle, dans la mesure où *« les obligations engendrées par les contrats de droit étatique sont par nature neutres »* [878]. Par ailleurs, il est impératif de souligner que l'introduction des recommandations religieuses dans l'accord ne fait pas du fonds islamique un fonds subordonné à la *sharī'a*. Il demeure soumis au droit étatique, même si certains de ses composants sont conformes à la loi islamique : prohibition de l'intérêt (*ribā*) ; activités illicites (*ḥaram*) ; spéculation, hasard (*maīsir*), et incertitude (*gharār*), etc.

Peut-on rencontrer la même approche dans le cas spécifique de la France ? La question semble légitime lorsqu'on connaît l'importance que joue dans ce pays le principe de laïcité. En effet, dans l'idée républicaine, la laïcité tient une place de choix. Tant de travaux ont abordé la question [879], aussi, nous allons juste rappeler que la laïcité est le produit d'une lente évolution, dominée par la volonté de soustraire les institutions temporelles au pouvoir de l'Église. La laïcité est donc un processus, elle a une histoire, et cette histoire est indissociable de celle de l'État moderne, c'est-à-dire

---

[876] Jean-Yves NAUDET, « *Faut-il craindre la finance islamique en France* ? » février 2010. Disponible sur : http://www.un mondelibre.org/node/956 (consulté le 9 octobre 2014).

[877] Isabelle RIASSETTO, « Le contenu du Guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (*ALFI*) », *op. cit.*, p. 93.

[878] *Idem*.

[879] Voir Marcel GAUCHET, *La Religion dans les démocraties. Parcours de la laïcité*, Paris, éd. Gallimard, 1998 ; Henri PENÃ-RUI , *Qu'est-ce que la laïcité* ? Paris, Gallimard, 2004.

cette figure du pouvoir politique se distinguant nettement de la société et qui vient ébranler l'Ancien Régime et la religion. Cette évolution sera consacrée par la loi du 9 décembre 1905 instituant la séparation de l'Église et de l'État (article 2). Ainsi, c'est au prix de luttes multiséculaires que s'est forgé le *« pacte laïque »*, selon la formule habituelle. Aujourd'hui, il constitue l'un des piliers de l'ordre juridique français. Gardons toutefois à l'esprit que la laïcité n'instaure en rien la fin du religieux, ne l'annonce pas davantage, mais en garantit l'autonomie, tout en cessant d'en faire une norme sociale et politique. S'agissant de notre propos, cette dernière remarque peut expliquer que, selon certains spécialistes, la finance islamique, sous réserve de respect de l'ordre public, ne s'oppose pas au droit français et au principe de laïcité [880]. Car, comme le précise Abdel Moneim, *« Dans sa dimension positive de respect de toutes les croyances, la laïcité permet en effet la prise en considération de ces fonds en ce qu'ils constituent des manifestations d'une croyance religieuse et la dimension négative de neutralité" ne s'oppose pas plus à la création et à l'agrément de ces fonds, car ce corollaire de la laïcité ne concerne que la sphère publique et non la sphère privée, dont relève le droit des affaire*s » [881].

Les exigences de l'ordre moral islamique et la régulation financière conventionnelle peuvent donc coexister à la condition que les premières s'inscrivent nécessairement dans le cadre de la seconde « *sans s'en trouver altérées »* [882]. Cependant, il faut bien admettre que la compatibilité possible de l'esprit du droit français avec des dogmes religieux ne suffit pas pour assurer une réception paisible de la finance islamique dans un environnement où la laïcité traverse tout le système juridique.

---

[880] Guillaume TABOURIN, « *Le point de vue du superviseur* », *in La finance islamique, l'autre finance*, Table ronde du 19 juin 2008, éd. Société de législation comparée, 2009, p. 111 ; Isabelle RIASSETTO, « Le "faith-based", un concept en droit des affaires », *in* Erik Le DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires,* Paris, LGDJ, 2010*,* p. 27 et s. ; « *Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ?* » *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, mai-juin 2013, n° 28, pp. 98 et s. ; Gilles SAINT-MARC, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique », *Revue Banque*, n° 703, juin 2008, pp. 60-63.

[881] Dina ABDEL MONEIM, Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit., p. 54.

[882] *Ibid.,* p. 55 ; voir aussi Dossier « *ISR : va-t-il devenir la norme ?* », février 2013, p. 66.

Une interrogation majeure peut en effet faire surface : l'acceptation de règles religieuses menace-t-elle le droit français ? Il semble que ce n'est pas le cas, dans la mesure où l'accueil de cette finance n'implique aucune révision substantielle du droit français [883]. Bien qu'il existe des différences de sources et de nature entre ces deux systèmes juridiques, il est établi que tout rapport contractuel, quel qu'il soit, doit se soumettre au droit positif applicable, sinon, le contrat serait considéré comme nul ou inexistant [884]. De plus, aux yeux de la *sharī'a*, il n'existe pas de condition *sine qua non* de choisir le droit islamique comme le droit effectivement applicable au contrat mais ce dernier ne doit pas, non plus, heurter les préceptes fondamentaux de la *sharī'a* [885].

La finance islamique cherchant à s'implanter à l'étranger appelle parfois la mise en place d'un contrat à caractère international. Or, il faut rappeler à cet égard que le droit français consacre le principe d'autonomie de la volonté [886]. De ce fait, les parties peuvent faire référence dans leur contrat à un droit non-étatique ou à une convention internationale. Il n'en reste pas moins que le fait de considérer la *sharī'a* comme une « loi » peut donner lieu à des oppositions [887], notamment en raison de l'absence de sa codification et de ses différentes interprétatons par les écoles religieuses. Pourtant, certains auteurs estiment qu'il est plausible de reconnaître aux règles de la *sharī'a* realtives au contrat, un caractère normatif susceptible de lier ses destinataires [888]. À

---

[883] Omar Yahyaoui ROCHDAHOU, *« La réception de la finance islamique en France », Revue banque*, n° 759, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », 26 mars 2013, p. 72 ; Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, Enjeux et opportunités de développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit*., p. 102.

[884] Jean-Marc MOULIN, « La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? », in Alain COURET et Catherine MALECKI (dir.), *Défis actuels du droit financier*, Joly éditions, 2010, p. 503.

[885] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 382.

[886] La valeur obligatoire du contrat résulte de l'autonomie de la volonté des contractants laquelle repose sur la règle *Pacta sunt servanda*, locution latine signifiant que les parties sont liées par le contrat qu'elles viennent de conclure et à ce titre elles ne sauraient déroger aux obligations issues de cette convention. Pour plus de détails sur cette question, voir la seconde partie, chapitre 1, section 2.

[887] Pour plus de développements sur ce point, voir *infra*, pp. 381-389.

[888] Georges AFFAKI, « *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif* », *in* Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *op*. *cit*., p. 152 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français,* op. cit., p. 383.

l'appui de cet argument, on peut citer le *Règlement de Rome I* du 17 juin 2008 [889], suggérant que les contractants sont libres de choisir le droit qui leur semble le plus approprié pour l'appliquer à leur relation contractuelle [890].

Notons que le premier texte de droit français visant expressément la finance islamique a vu le jour avec l'adoption par l'Autorité des marchés financiers (AMF), le 17 juillet 2007, une note intitulée : *Critères extra-financiers de sélection de titres : cas des OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique* » [891].

C'est probablement l'essor du marché de la finance islamique qui a conduit l'AMF à préciser les normes applicables pour deux types de produits : les OPCVM (organisme de placements collectif en valeurs mobilières) [892] et les *Ṣūkūk* (titres obligataires) [893]. Ces produits financiers doivent se conformer obligatoirement aux principes essentiels de la finance islamique : interdiction du *ribā* (intérêt), de *gharār* (incertitude) et de *maīsir* (spéculation) ainsi que tout ce qui est considéré comme *ḥaram* (secteurs illicites, alcool, porc, etc.). À ces interdictions s'ajoutent l'obligation de partage des profits et des pertes et la règle d'adossement à un actif tangible.

L'AMF autorise ces produits à utiliser des critères extra-financiers mettant en avant la conformité à la la *sharī'a* pour sélectionner les actifs objets de transaction, à condition qu'ils respectent un certain nombre de dispositions législatives et réglementaires [894].

---

[889] Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 22.

[890] Pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, pp. 384-389.

[891] Document disponible sur disponible sur https://ribh.files.wordpress.com/2008/02/criteres-extra-financiers-de-selection-de-titres-opcvm-conformes-a-la-sharī'a.pdf. (Consulté le 16 janvier 2014).

[892] L'article 1er de la loi n° 706 du 9 décembre 2005, définit l'OPCVM comme *« l'organisme qui a pour objet exclusif le placement collectif en valeurs mobilières des capitaux recueillis auprès du public à condition que ce placement soit conforme au principe de la répartition des risques »*. S'agissant de son régime juridique, l'OPCVM peut revêtir *« soit une forme statutaire, il s'agit laors de constituer une société d'investissement à capital variable »* ; *« soit la forme contractuelle »*et dans ce cas, *« il s'agit de constituer un fonds de placement géré par une société de gestion »*, Fady NAMMOUR, *Droit bancaire, op. cit.,* p. 26.

[893] Note de l'AMF du 17 juillet 2007.

[894] Isabelle RIASSETTO, « Le contenu du Guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (*ALFI*) », *op. cit.*, p. 36.

Selon certains auteurs, l'intervention de l'AMF *« marque le début de l'introduction des produits islamiques en France et règle par la même occasion, nous semble-t-il, un des obstacles juridiques pour la réception de ces banques en France : la question de leur agrément »* [895].

Concernant tout d'abord les OPCVM mis en œuvre en France, l'AMF a précisé qu'ils peuvent recourir à des critères autres que financiers pour choisir les titres dans lesquels ils investissent [896], pour autant qu'ils respectent certains critères, propres à tout fonds de gestion collective :

- La préservation de l'autonomie de la société dans la gestion des fonds [897]. Ce principe exclut que la sélection des actifs soit réalisée par une entité distincte de la société chargée de la gestion financière de l'OPCVM. Toutefois une tierce personne peut émette un avis (comité de la *sharī'a*, par exemple) sur les titres sélectionnés par la société de gestion pour la mise en application des critères extra-financiers. Mais cette intervention éventuelle d'une entité tierce ne doit pas se substituer à la société de gestion dans sa mission d'utiliser tous les moyens nécessaires à l'exercice de son activité [898].

- Les critères extra-financiers retenus doivent respecter la législation en vigueur. En conséquence, les dispositions qui seraient fondées sur des considérations de race ou de religion des dirigeants des entreprises ne sauraient être tolérés étant considérés foncièrement discriminatoires et au demeurant contraires aux principes d'ordre public.

---

[895] Mballo THIAM , *De la religion à la banque, op. cit*., p. 225.

[896] S'appuyat sur cette disposition, la BNP Paribas a créé en juillet 2007 le premier OPCVM islamique. Voir Gilles SAINT-MARC, « *La finance islamique : un enjeu pour la France* », in *La finance islamique à la française, op. cit*., p. 293 ; du même auteur, « La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? », *op. cit.,* p. 61 ; Isabelle RIASSETTO, « *Le contenu du guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques* », *op. cit.,* p. 90 ; Isabelle CHAPELLIÈRE, « De l'éthique économique musulmane à la finance islamique : vers un renouvellement du concept de rationalité », in *La finance islamique : une autre finance,* éd. La Revue du Financier, juin 2010, pp. 182-183.

[897] Selon l'article L. 214-24-44 du Code monétaire et financier, *« Les fonds d'investissement à vocation générale et leurs sociétés de gestion agissent de façon indépendante et dans le seul intérêt des porteurs de parts ou actionnaires. Ils présentent des garanties suffisantes en ce qui concerne leur organisation, leurs moyens techniques et financiers, l'honorabilité et l'expérience de leurs dirigeants »*.

[898] Article 313-54 du règlement général de l'AMF.

- Un OPCVM peut distribuer une partie de ses revenus, sous forme de *don* ou de *zakāt*, à condition que cet usage soit notifié dans le prospectus de l'OPCVM, que le bénéficiaire soit nommément désigné et qu'il soit un organisme caritatif ou reconnu d'utilité publique [899].

L'introduction des OPCVM islamiques doit se conformer aux règles inhérentes aux stragégies de gestion indicielle [900].

Concrètement, la réalisation d'un OPCVM français doit se présenter ainsi :

- Le fonds doit utiliser des critères extra-financiers de sélection.

- Le fonds constitué doit être licite au regard de la *sharī'a* lorsqu'il intervient dans un secteur d'activité qui n'est pas prohibé (alcool, armement, etc.) ;

- La partie des dividendes, dont l'origine ne serait pas licite (*ḥalal*) du point de vue de la *sharī'a*, peut être « purifiée » en faisant des donations (*zakāt*) à des organismes d'intérêt général (Institut du monde arabe, par exemple) ou à des associations de bienfaisance et désignées d'avance ;

- Les titres sélectionnés par la société de gestion de l'OPCVM doivent obtenir l'avis juriique d'un comité de *sharī'a* pour voir s'appliquer les critères extra-financiers, à condition que ce comité n'affecte pas l'autonomie de la société gestionnaire [901].

- L'application de ces critères extra-financiers à la gestion de l'OPCVM doit tenir compte de la réglementation nationale [902], tout en demeurant fidèle aux principes fondamentaux de la loi islamique.

---

[899] AMF, Position AMF n° 2007-19.

[900] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, Enjeux et opportunités de développement de la finance islamique pour la Place de Paris », *op. cit.*, p. 103. Pour plus de développement sur l'application des OPCVM islamique en droit français, voir Michel STORCK et Isabelle RIASSETTO, *Les Organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)*, éd. Lextenso, juin 2016.

[901] Jean-Louis GUILLOT et Pierre Yves BERARD, « Les critères extra-financiers de sélection des actifs des OPCVM : AMF, position n° 2007-19 », *Revue Banque*, n° 759, avril 2013, pp. 85-88 ; Commission des Finances, Rapport d'Information du Sénat sur la finance islamique sur la « *Première table ronde – L'intégration de la finance islamique dans le système financier global : quels enjeux pour la France ?* », session ordinaire de 2007-2008, p. 16.

[902] Hugues MARTIN-SISTERON, « *OPCVM islamique, un mode de financement innovant pour les infrastructures ?* », *op. cit.,* p. 69.

On peut tenir le même raisonnement à propos des *ṣūkūk* [903], qui « *représentent l'équivalent islamique du financement obligataire pour les entreprises et les émetteurs souverains qui souhaitent respecter les principes de Shariah »* [904]. Il est possible en droit français de structurer et d'émettre ce type d'obligations [905].

Ainsi, de même que le contrat OPCVM, l'émission des titres *ṣūkūk* doit respecter les prescriptions édictées par la *sharī'a* : il faut que le sous-jacent et les flux qui en résultent respectent la loi islamique, que la relation entre le capital et le travail soit directe et simultanée et que la rémunération des souscripteurs des *Ṣūkūk* soit liée à la performance de l'actif sous-jacent [906] et non à l'écoulement du temps. Dans cette optique, il ne peut exister *« de garantie de rémunération à taux fixe, comme c'est le cas pour une obligation conventionnelle »* [907].

À cela s'ajoute bien évidemment la règle du partage des pertes et des profits, qui gouverne les relations contractuelles dans le droit musulman des affaires, sans oublier tous les interdits : le *ribā*, le *gharār* et le *maīsir* [908].

Comme pour les OPCVM, l'Autorité des marchés financiers s'est chargée d'établir les critères d'agrément des titres *ṣūkūk* et leur traitement juridique, en prenant en compte des éléments autres que financiers. À cet effet, elle a retenu les spécificités de ces titres permettant ainsi aux acteurs du marché *« d'avoir une vue précise des conditions juridiques et de transparence dans lesquelles ces obligations pourront être admises à la cotation en France »* [909].

---

[903] Sur le montage juridique du *Ṣūkūk*, voir *supra*, pp. 159-162.

[904] Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques*, *op. cit.,* p. 49.

[905] Isabelle RIASSETTO, « *Les fonds islamiques* », *op. cit*., p. 45.

[906] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit*., p. 126 ; Elyès JOUINI, Oivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de paris », *op. cit*., p. 102.

[907] AAOIFI, 2004-5a, *Standard on Investment Certificates*, clause 5/1/8/7.

[908] Voir notamment Anouar HASSOUNE, « Principes de structuration des ṣūkūk », *Les Cahiers de la Finance Islamique*, n° 1, *op. cit.,* p. 21.

[909] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations du financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 186.

L'AMF a en outre publié un guide sur *l'élaboration des prospectus sukuk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'administration sur un marché réglementé* [910]. Cette initiative des autorités financières est accompagnée par une volonté politique. À ce sujet, on peut rappeler l'ancienne ministre de l'économie et de la finance, Christine Lagarde, indiquant clairement que *« la France apportera toutes les modifications fiscales et réglementaires nécessaires à l'émission des ṣūkūk »* [911]. Dans ce cadre, une approche française de *ṣūkūk* a été avancée par l'Administration fiscale, fondée sur le *ṣūkūk-ijarā* qui consiste en une émission de titre associé à un contrat de fiducie [912]. Ainsi, *« en vue de financer l'achat d'un bien, une société émet des ṣūkūk, consent un contrat de crédit-bail à une filiale opérationnelle et transfert son patrimoine (biens acquis, contrat de crédit-bail, option de vente et dette obligataire) à une fiducie dont les bénéficiaires sont les porteurs des ṣūkūk »* [913].

Mais la fiducie, notion jusque-là inconnue du droit français *« attaché au principe de l'unité et de l'indissociabilité du patrimoine »* [914], ne précise pas la nature des droits du bénéficiaire qui, dans le cadre d'un *ṣūkūk,* est propriétaire des actifs émis et reçoit sa rémunération en fonction du risque attachée à cette qualité [915].

---

[910] Ce prospectus doit contenir *« les caractéristiques financières des sukuk, que l'émetteurl envisage de faire admettre à la cotation ; les détails nécessaires concernant la charia impliquée dans l'opération, qui permettent aux investisseurs d'apprécier l'opportunité d'investir dans les sukuk ; une information périodique et permanente… »,* www.amf-France.org (consulté le 17 avril 2014). Voir texte en annexe 3.

[911] Discours de Madame Christine Lagarde, lors du forum organisé par Paris Europlace en juillet 2008, précit.

[912] Aux termes de l'article 2011 du Code civil français, *« La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »*.

[913] Voir sur ce point, Virginie MARTIN, « La finance islamique : un nouveau pas vers une finance éthique », *Gérer et comprendre*, juin 2012, n° 108, p. 25. Document disponible sur le site : http://www.thinktankdifferent.com/upload/article-ga-rer-et-comprendre.pdf (consulté le 9 septembre 2014).

[914] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 280.

[915] C'est dans ce contexte qu'il faut analyser l'intervention du sénateur Marini qui avait proposé de compléter l'article 2011 du Code civil en précisant que *« le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie »*. Cette proposition suppose que le fiduciaire serait titulaire de la propriété juridique des biens tandis que le bénéficiaire jouirait de la propriété économique des mêmes biens. L'article 16 portant cette proposition a été censuré par le Conseil constitutionnel ; il a considéré que cet article,

C'est pourquoi le législateur avait envisagé la modification de la fiducie dans l'intention de la rapprocher du *trust* anglo-saxon (article 16 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009) et de permettre ainsi son utilisation concernant les *ṣūkūk*.

Reste à ajouter que le recours à la fiducie dans la structuration des *ṣūkūk* n'a pas abouti [916], aussi, les pouvoirs publics français, soutenus par quelques experts en charge du dossier de la finance islamique, ont orienté leurs efforts vers le champ fiscal [917], fonnant lieu à la publication d'instructions au Bulletin officiel des impôts du 24 août 2010 qualifiant le *ṣūkūk* de *« titre de créance hybride »* [918], expression sensée être *« plus consensuelle »* que celle d'*« obligation islamique »* qui avait jusqu'alors cours [919].

L'adaptation des dispositions fiscales au produit *ṣūkūk* est justifiée par la volonté des autorités françaises de mettre à égalité la finance islamique et la finance conventionnelle du point de vue compétitivité au plan intérieur et, sur le plan extérieur, de permettre à la France de présenter une pression fiscale comparable ou inférieure à celle de ses voisins, notamment le Royaume-Uni : *« absence de retenue à la source, déductibilité concernant la rémunération versée sur les ṣūkūk, neutralité fiscale des opérations d'achat/revente sur les actifs mobiliers et immobiliers »*, etc. [920].

---

relatif à la fiducie, et visant à adapter le régime de la fiducie pour permettre l'émission en France de *ṣūkūk*, constituait un « cavalier législatif », c'est-à-dire une disposition dépourvue de tout lien avec l'objet initial de la proposition de loi (décision n° 2009-589 du 14 octobre 2009). Sur ce point, voir Laurent AYNÈS, Pierre CROCQ « La fiducie préservée des audaces du législateur », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 38, pp. 2559-2560.

[916] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 237.

[917] Michel STORCK *et* Ibrahim eyyad CEKICI*, « Les sukuk ; aspects de droit français et de droit musulmans », op*. cit., p. 1 ; Abderrazak BELABES, « Compétitivité juridique de la place de Paris et finance islamique », *op. cit., p*. 37 ; Jean-Marc MOULIN « La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? », *op. cit.,* p. 498.

[918] *« La présente instruction a pour objet de préciser le régime fiscal applicable à l'un des principaux outils de la finance islamique : les ṣūkūk d'investissement et autres instruments financiers assimilés. Les ṣūkūk d'investissement sont ici des titres financiers hybrides négociables dont, comme pour les produits financiers assimilés, la rémunération et, le cas échéant, le capital, sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs sous-jacents détenus directement ou indirectement par l'émetteur »*, B.O.I. n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S2/10. In http://archives-bofip.impots.gouv.fr/bofip-A/g3/g2/g18/23999-AIDA.html) (consulté le 9 mai 2014).

[919] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 237.

[920] Voir Abderrazak BELABES, « Compétitivité juridique de la place de Paris et finance islamique », *op. cit*., p. 36 ; Gilles SAINT-MARC « Émission des soukouk en droit français : l'apport de la fiducie », *Banque et Stratégie*, n° 278, février 2010, pp. 4-7.

Pour certains auteurs, le traitement fiscal des *ṣūkūk* évite au législateur de qualifier juridiquement ce produit ; il s'agi alors d'une *« ruse juridique »* [921]. D'autres pensent que l'adhésion de la finance islamique aux normes du droit français induit un risque d'acculturation *« qui ferait perdre tout intérêt à terme à la spécificité du système bancaire islamique porteur de valeurs et de principes qui lui assurent sa cohérence propre »* [922]. Analysant les différents types de contrats islamiques appréhendés par la législation française (*mūrabaḥa*, *ijarā*, *ṣūkūk*, *istisnā*') [923], certains auteurs en sont arrivés à conclure qu'on *« ne trouve ici (…) nulle trace de quelconques vertus éthiques censées justifier la particularité du droit bancaire islamique, comme le rappellent sans cesse ses promoteurs »* [924].

En dehors de ces critiques, on considère que la réception de la finance islamiques par le droit français participe *« au même mouvement d'ouverture de la finance à des critères extra-financiers que les produits ISR chrétiens", écologiques", etc. »* [925].

Au demeurant, d'après certains spécialistes, les points de similitude entre les principes de la la *sharī'a* et le droit français ne manquent pas [926], comme le démontre le tableau ci-dessous :

---

[921] Gilles SAINT-MARC, « La finance islamique : Un enjeu pour la France », in *La finance islamique en France : quelles perspectives ?* Table ronde : « L'intégration de la finance islamique dans le système financier global : quels enjeux pour la France ? », Compte rendu des travaux du mai 2008, p. 295. Voir : https://www.senat.fr/rap/r07-329/r07-3293.html (consulté le 12 janvier 2014).

[922] Georges AFFAKI, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », in Jean-Paul LARAMÉE et al. *La finance islamique à la française, op. cit*., p. 172.

[923] Documents en annexe 4.

[924] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 233.

[925] Elyès JOUINI, Oivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de paris », *op. cit*., p. 110.

[926] Cette convergence autorise à dire que *« dans certains domaines, seules quelques initiatives mineures sont nécessaires pour pour promouvoir la Finance Islamique en France »*, JOUINI et PASTRÉ, *op. cit.* p. 102

Tableau 8 : Points de convergence entre les principes de la *sharī'a* et le droit français

Principes de la *sharī'a*	Principes de droit français
Prohibition du riba La finance islamique n'autorise pas une rémunération fixée en fonction du seul écoulement du temps	Prohibition de l'usure (C. Conso., art. L. 313-3 ; CMF, art. L; 313-5 ; applicable aux professionnels et personnes morales jusqu'en 2003/2005) ; Prohibition de la rémunération des comptes de dépôt jusqu'à l'arrêté du 8 Mars 2005.
Prohibition du gharar, du maysir La Finance Islamique n'autorise pas la spéculation et les situations d'incertitude	Encadrement du jeu (nota. C. civ., art. 1965) ; Ouverture récente des marchés à termes (cf. lois sur les marchés à terme du 28 mars 1885 et du 31 Décembre 1987). Exigence d'avoir un objet déterminé ou déterminable (C. Civ., art.1129)
Activités haram La Finance Islamique n'autorise pas l'investissement dans certains secteurs (armement, alcool, pornographie...).	Protection de l'ordre public et des bonnes mœurs (C. civ., art. 6).
Partage des profits et des pertes	Obligation de partage des profits et des pertes en droit des sociétés (C.civ., art. 1844-1). Régime des prêts participatifs (CMF, art. L. 313-13 s.). Régime des titres participatifs (C. com., art. L. 228-37) et des obligations participatives (C. com., art. L. 228- 97)
Asset-backing La Finance Islamique contraint à adosser tout financement à un actif tangible.	Parts de FCC représentatives d'une copropriété sur les créances sous-jacentes.
Non pénalisation de l'emprunteur : pas de pénalités en cas de retard ou défaut (sauf mauvaise foi)	Délai de grâce et « clause pénale »

Source : Gilles Saint-Marc, Tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat le 14 mai 2008 ; Rapport JOUINI, PASTRÉ, pp. 101-102.

Il se dégage finalement de ces développements que les banques et les institutions islamiques sont doublement contrôlées aussi bien par les organes religieux que par des instances administratives, aux niveaux national, européen et international [927]. Il ressort aussi de l'analyse que l'adaptation de la finance islamique aux normes des pays d'accueil est une nécessité [928]. On peut même suggérer que l'objectif poursuivi par cette finance s'apparente à une quête de *« standards applicables partout »* [929] sans tenir compte de ses spécificités. Selon cette logique, l'enjeu essentiel est désormais de faire coïncider des principes revisités de la *sharī'a* à la compétitivité financière moderne. Dans ces cas, l'idée initiale de construire une finance « alternative » tend à s'évaporer.

[927] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique, une finance douteuse ? », *op*. *cit*. p. 11.

[928] Il convient cependant d'ajouter que la volonté des acteurs du monde économique et juridique de vouloir adapter les normes positives à la *sharī'a* et d'envisager l'implantation des banques islamiques dans les sociétés occidentales n'est pas favorablement accueillie par tous. En effet, cela a suscité, et continue de susciter de nombreuses appréhensions et polémiques à divers niveaux. Cette perspective constituerait une remise en cause du droit laïc, fondé sur sur la séparation de l'Église et de l'État. Elle accentuerait, en outre, le communautarisme. Pour une critique de cette position, voir notamment, Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique, une finance douteuse ? », *op. cit*. p. 3 ; Elyès JOUINI, Oivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de paris », *op. cit*., p. 9.

[929] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 238.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Dans le cadre de cette première partie, nous avons tenté de retracer le fondement de la finance islamique et d'expliquer les raisons de son essor ces dernières décennies. Nous avons alors constaté que cette finance repose sur une pluralité de sources religieuses qui font partie d'une science juridique propre appelée *fīḳh*. La doctrine musulmane a l'habitude de classer ces sources en deux catégories : les sources originaires représentées par le Coran transcrivant la parole de Dieu transmise au Prophète, et la *Sūnnā*, littéralement tradition qui est l'ensemble des *ḥadīth* et de l'attitude du Prophète, rapporté par ses compagnons. Nous avons rappelé qu'il s'agit là de sources directes et immuable, donc à l'abri d'un travail de réflexion humain. Nous avons toutefois constaté que le Coran, ainsi que la *Sūnnā*, n'apportent pas toutes les réponses aux interrogations sur la conduite sociale du musulman, notamment en matière d'économie et de commerce, d'où la nécessité de recourir à d'autres sources que l'on appelle sources secondaires ou dérivée et qui sont le fruit de la réflexion des jurisconsultes musulmans, les *fūḳahā'*. Ces sources dérivées sont d'abord l'*Ijma ' ou consensus des Musulmans sur un sujet déterminé. Il y a ensuite le *ḳiyāṣ* ou l'analogie, qui est un travail par lequel les juristes se servent d'un précédent puisé dans une source primaire, identifient la raison d'être de ce précédent pour l'appliquer ensuite à toutes les autres situations dans lesquelles cette même raison d'être, appelée *`illa*, apparaît. Nous avons relevé que l'utilisation de ces sources fait appel à la notion de l'*ijtihād* qui consiste pour chaque musulman en un effort de réflexion personnelle pour adopter le comportement juste, car, en l'absence de clergé en droit musulman, tous les hommes sont considérés comme capables d'interpréter les principes religieux. En vérité, comme il a été souligné, ce travail revient essentiellement aux théologiens.

Au cours de nos développements, nous avons signalé que l'islam est plus qu'une religion ; il est un mode de vie régissant aussi bien le rapport des croyants à Dieu que les relations entre les hommes (*mū'amālat*). La finance islamique s'intègre dans cette vision d'ensemble et comporte par conséquent une spécificité propre qui la distingue du système financier conventionnel. Nous avons vu que cette spécificité résulte de l'application de certains principes fondamentaux : interdiction de l'intérêt (*ribā*) qui est

une norme majeure pour tout le système économique musulman. Il faut courir un risque pour réaliser un profit ; d'où le principe de partage des profits et des pertes. Les transactions financières doivent être étroitement adossées à l'économie réelle. Il est interdit d'investir dans certains secteurs illicites (*ḥaram*), tels que l'alcool, la viande de porc, etc. La transparence et l'équité doivent être garanties lors des opérations financières en interdisant l'incertitude excessive (*gharār*) et la spéculation (*maīsir*).

C'est en vertu de ces principes que la finance islamique est définie comme étant une finance éthique. Ils expliqueraient, par ailleurs, la particularité des techniques de financement que nous avons analysées, et que nous avons divisées en deux catégories : les modes de financement basés sur la participation, dont les plus connus sont la *mūsharaka* (association ou partenariat) et la *mūḍaraba* (commandite) ; et les modes de financement à caractère commercial qui sont les plus fréquents dans la sphère financier islamique : la *mūrabaḥa* (vente à tempérament) l'*ijarā* (location-bail) ou encore l'*istisnā'* (réalisation d'ouvrage), le *bay' Salām* (achat à terme) et le *ṣūkūk* (titre obligataire).

Du point de vue de la *shari'a*, la *mūsharaka* semble être la forme la plus recommandée dans le domaine du financement. Elle répondrait aux critères essentiels de la loi islamique comme l'absence du taux d'intérêt, le principe du partage des profits et des pertes et le lien direct de l'investissement du capital à l'actif sous-jacent.

Cependant, ainsi que nous l'avons montré, sur le plan pratique, les banques islamiques ont souvent tendance à contourner les principes moraux dictés par la *shari'a*, et ce au nom de la nécessité (*ḍarūra*) et de l'intérêt général (*maṣlaḥa*). Ces dérogations se sont amplifiées, parallèlement à l'essor qu'a connu la finance islamique, touchant même les pays occidentaux.

À ce stade, nous avons noté que l'implantation de la finance islamique dans certains pays européens, particulièrement en France, n'est pas simple, en raison, d'une part, de son caractère religieux peu compatible avec le droit français laïque, et d'autre part, des soupçons qui pèsent sur cette finance qualifiée d'opaque, voire de moyen de financement du terrorisme. Sur ce second point, nous avons bien montré que la

finance islamique obéit à de multiples contrôles, parmi lesquels nous avons cité le rôle indéniable des comités de la *sharī'a*, chargés de vérifier la conformité des institutions financières et bancaires aux règles du droit musulman. Concernant l'opacité supposée de la finance islamique, elle est discutable dans la mesure où, sous l'influence de certaines institutions, comme l'Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques (AAOIFI), des aménagements ont été apportés afin de l'adapter à la finance conventionnelle. Dans cette perspective, le recours à des fictions juridiques (*ḥyal*) avait permis de contourner la lettre et l'esprit de la loi islamique, contournement jugé par ailleurs acceptable puisqu'il est conçu dans une intention louable : rendre performante et compétitive la finance islamique. C'est ainsi que de nombreux produits comme le *mūḍaraba*, le *salām*, le *ṣūkūk*, l'*'arbūn* (option d'achat)…, sont structurés de sorte à satisfaire, théoriquement, aux règles de validité *sharī'atique* mais constituent, en fait, une duplication de leurs équivalents en finance traditionnelle, vidant ainsi les contrats y inhérents de leur spécificité islamique. Cela apparaît d'autant plus vraisemblable que l'exercice des activités financières islamiques dans les pays d'accueil est de plus en plus soumis à la réglementation relative au système financier classique. Dans cette limite, la finance islamique ne peut incarner l'esprit générale d'une finance qui se veut, avant tout, conforme à l'éthique et, plus encore, une solution aux imperfectios de la finance conventionnelle

Il n'en reste pas moins que du point de vue formel, les règles gouvernant la finance islamique continuent, plus ou moins, de trouver leur fondement dans la religion. En tout cas, la prégnance de la dimension morale et religieuse conduit, en général, à attribuer un sens différent aux objectifs poursuivis par la finance islamique : la rentabilité n'étant pas, en théorie, le principal motif, la priorité serait donnée aux principes de justice et au respect des valeurs sociales. Cette vocation première semble avoir justifié l'hypothèse d'une finance spécifique et originale légitimant, aux yeux de certains commentateurs, l'idée d'un modèle alternatif.

Deuxième partie

LA SPÉCIFICITÉ DE LA FINANCE ISLAMIQUE, UN ÉLÉMENT STRUCTURANT D'UN « MODÈLE ALTERNATIF »

Souvent présentée comme un remède à la crise, la finance islamique repose sur des valeurs morales, en comparaison avec la finance classique où semblent dominer le principe de rentabilité et la loi du profit.

L'accent mis sur l'éthique interdit tout enrichissement sans cause ou injuste [930] de la banque dépositaire des fonds du client, potentiel bénéficiaire. Cet aspect trouve son fondement dans des préceptes religieux qui touchent très largement la notion des droits et obligations (Chapitre 1). Il se manifeste de manière concrète à travers la responsabilité des banques islamiques (Chapitre 2).

[930] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, *op. cit.*, p. 149 ; Yasmina DJABALI, *La finance islamique, un système financier à ancrage éthique fort*, Mémoire, Droit, Université catholique de Louvain, 2013, p. 20.

Chapitre 1

L'IMPRÉGNATION RELIGIEUSE DES DROITS ET OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE FINANCE ISLAMIQUE

L'activité bancaire est toujours une activité à risque, tant pour le banquier que pour le client. Ainsi, dans une opération de crédit, la banque doit disposer des fonds afin de répondre éventuellement à son obligation de restitution, alors que le client, lui, est tenu d'honorer ses engagements de remboursement des échéances de l'emprunt fait auprès de l'établissement bancaire. Cette protection de part et d'autre des parties reçoit sa concrétisation dans l'application des droits et obligations dont l'analyse est importante à un double titre : d'une part, elle permet de mettre en lumière les objectifs de la *sharī'a* tendant à protéger le contractant de la banque contre l'insertion de clauses l'empêchant d'exercer sa volonté contractuelle, d'autre part, en tant que mandataire ou intermédiaire, le banquier devra s'acquitter de ses devoirs en contrepartie de certains droits [931].

Notons au passage qu'il n'est pas évident d'examiner le droit des obligations sans pour autant faire appel au droit musulman. En effet, les obligations obéissent au respect des règles religieuses, dont la conséquence, selon certains auteurs, est le *« caractère hybride de ce droit »* [932]. En tout cas, comme il a été dit précédemment, l'ordre moral religieux gouverne l'activité financière et les banques islamiques ont intérêt à respecter les règles éthiques dans toutes les opérations ou transactions qu'elles effectuent. Ces règles rejaillissent évidemment sur les droits et obligations des contractants. À ce niveau, nous étudierons, dans un premier temps, la notion de contrat en droit islamique (Section 1), avant d'aborder, dans un second temps, les règles qui régissent les droits et les obligations des banques islamiques (Section 2).

---

[931] Voir Jérôme ATTARD, *Le contrat de prêt d'argent : un contrat unilatéral ou un contrat synallagmatique ?* Presses Universitaires d'Aix en Provence, 1999, p. 78.

[932] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 356.

Section 1. La notion de contrat en droit islamique

Il est possible de soutenir que, dans toute opération de financement, il existe une inégalité entre les contractants, aussi bien au niveau des prestations contractuelles que sur le plan des droits et des obligations. En particulier, l'institution bancaire, en tant que pourvoyeuse de financement, est dans une position de force par rapport au bénéficiaire des fonds prêtés, c'est-à-dire son client. Cependant, ce rapport inégalitaire est généralement atténué par l'application des principes issus du droit des contrats, tels que l'équité, la transparence et la clarté des termes de la convention, la bonne foi, etc. Ces principes sont communs à la notion de contrat en général.

Reste que, dans la finance islamique, l'ordre religieux domine, affectant ainsi toute transaction menée par le banquier (§ 1). L'examen de cette caractéristique sera utile pour évoquer les conditions de formation et de validité du contrat (§ 2).

§ 1. L'esprit religieux irriguant la notion de contrat

Rappelons qu'en Occident, particulièrement en France, le droit en vigueur est un droit rationaliste. Plus que dans d'autres pays, le système juridique français a établi une frontière étanche entre la norme et la métaphysique [933]. Le droit apparaît comme le produit de la Raison. À l'inverse, l'islam, reposant sur une vision unitaire de l'activité humaine, ne fait pas de distinction entre le spirituel et le temporel. Autrement dit, la religion absorbe tout. Cela permet de soutenir que le droit musulman est *« un droit religieux »* [934], voire un « droit révélé ». De ce caractère sacré de la règle découle un ensemble de principes qui doivent coïncider avec les objectifs essentiels assignés à l'homme par la *sharī'a*. La pratique de la finance n'échappe pas à cette imprégnation religieuse, que traduit l'expression « *Fīḳh Al-Mū'amālat Al-Maliya »* (Jurisprudence des transactions financières).

---

[933] Soulignons toutefois que cette laïcisation du droit en France ne signifie pas pour autant que les règles juridiques soient totalement indifférentes aux préoccupations morales et éthiques. À cet égard, on fait remarquer, à juste titre, que *« Tout l'athéisme occidental est fait de valeurs chrétiennes sécularisées (...) L'athée chrétien conserve profondément en lui des valeurs qui, pour être laïcisées et sécularisées, demeurent pourtant, en soi, d'inspiration authentiquement chrétienne »,* Roger ARNALDE , « L'apport de l'islamologie à la pensée chrétienne »*, Travaux et Jours, Beyrouth,* 1964, p. 57.

[934] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit*., pp. 22-23.

S'agissant plus particulièrement du contrat, selon certains auteurs, celui-ci n'est pas conceptualisé par le droit musulman. Ainsi, d'après Geneviève Causse-Broquet, *« (…) il n'y a pas de théorie générale islamique des contrats mais des règles s'appliquant à des contrats spécifiques de participation, de vente, de location [...] »* [935]. Cela est sans doute vrai si l'on se situe au niveau de la mise en œuvre de principes abstraits posés *a priori* dont on déduirait, ensuite, les conséquences dans chaque cas d'espèce. En effet, le droit islamique, adoptant une approche plutôt objectiviste, semble répondre à une mentalité différente, qui serait *« moins sensible à la recherche de rapports généraux »* [936]. Du reste, il est avéré que depuis l'aube de l'Islam, des principes religieux, éthiques et juridiques fondamentaux en termes de contrats et d'obligations, ont bien existé [937].

Il convient toutefois d'ajouter qu'en raison du caractère unitaire de la religion musulmane, la notion de contrat n'est pas un domaine autonome puisqu'elle obéit à la loi religieuse qui demeure le socle de toutes les activités humaines. Autrement dit, les règles régissant le contrat s'insèrent dans un corpus de normes dérivant directement de la religion (A), ce qui explique, dans une certaine mesure, les deux grands types de contrats retenus (B).

A. Le contrat inséré dans un corpus de normes à caractère religieux

Il convient tout d'abord de signaler que le concept de contrat est peu évoqué dans les textes religieux ; il résulte essentiellement du travail des jurisconsultes musulmans (*fūḳahā'*). Il s'agit donc d'une élaboration intellectuelle dans laquelle le contrat (*'aqd*) vise les opérations juridiques faites par des personnes (physiques ou morales). À ce titre, des règles impératives permettant de définir les prescriptions générales de la *sharī'a* en matière de contrats sont proposées, précisant au passage les objectifs escomptés.

---

[935] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.*, p. 40.

[936] Jean-Marc MOUSSERON, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC*, 1968, p. 14.

[937] Sur ce point, voir notamment Kabir HASSAN, Mervyn LEWIS, (dir.), *Handbook of !silamie Banking*, Edward Elgar, 2007, pp. 1-3.

1. Les prescriptions de la *sẖarīʿa* dans le domaine contractuel

Rappelons que l'Islam enseigne que toute activité est subordonnée à la question du *ḥalal* (licite) et du *ḥaram* (illicite) [938] et que de ce fait, l'amélioration des conditions de vie de l'homme doit se faire par des revenus obtenus de manière conforme à l'esprit de la religion [939]. En outre, l'individu, jouissant du libre arbitre, demeure responsable de ses actes. À ce niveau, il convient de préciser que la *sẖarīʿa* répartit les actes humains en plusieurs catégories : les actes obligatoires (*farḍ*) ; les actes recommandés (*mandūb*) ; les actes autorisés (*mūbāḥ*) ; les actes réprouvés (*makrūh*) ; les actes défectueux (*fasid*) ; les actes invalides et nuls d'effets (*baṭel*) et enfin, les actes interdits (*ḥaram*) [940].

Pour schématiser, on peut reprendre l'adage juridique suivant lequel : *« Tout ce qui n'est pas clairement prévu par la sẖarīʿa est interdit, mais aussi tout ce qui n'est pas défendu est permis »* [941]. À partir de là, des règles essentielles sont posées, au premier plan desquelles figure l'interdiction de l'intérêt (*ribā*). *« Dieu a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt »,* dit le Coran [942]. C'est en vertu de ce verset que les banques islamiques ont élaboré des normes justifiant des opérations de crédit illustrées, entre autres, par le contrat de *mūrabaḥa* désignant *« la vente au prix de revient avec majoration du bénéfice déterminée »* [943]. Nous avons constaté que dans ce type de contrat, la transaction apparaît comme un instrument de crédit par lequel *« la banque achète un bien, à travers un contrat de vente classique, avant de le revendre par le biais de mūrabaḥa au client qui s'est préalablement engagé »* [944], en promettant d'acquérir le bien en question.

---

[938] Voir *supra*, pp. 63 et s.

[939] Voir Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 42.

[940] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.*, p. 39.

[941] Voir Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale en droit musulman*, *op. cit.*, p. 5.

[942] Coran, *sūrate* 2, verset 275.

[943] ouheir OBEIDI, *La banque islamique, une nouvelle technique d'investissement*, *op. cit.*, p. 102 ; également Michel RUIMY, *La finance islamique*, *op. cit.,* p. 111.

[944] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 77 ; Patrick BLIN, *Islam, éthique et capitalisme, op. cit.*, p. 65.

Mais pour que ce mode de financement ne soit pas un moyen détourné de réaliser des intérêts prohibés par le droit musulman, la *mūrabaḥa* doit respecter certaines règles que l'on retrouve à peu près dans la plupart des contrats retenus par la *sharī'a* :

- Il faut que la banque soit en possession physique du bien (principe d'adossement à un actif réel), avant quelle puisse effectuer l'opération de revente ;

- En tant que propriétaire du bien, la banque supporte tous les risques liés à cette qualité ;

- L'objet de la transaction doit être décrit dans toutes ses caractéristiques ;

- Le client doit être au courant du prix d'achat initial, des charges additionnelles et du profit réalisé par la banque. S'il découvre qu'il a été trompé sur l'un de ces points, il peut dénoncer l'acte de vente qui devient dès lors invalide (*fasid*) [945].

Cette opération d'achat/vente repose sur une relation commerciale et financière, et non sur celle de créancier/débiteur. Et c'est pourquoi aucune référence explicite à un taux d'intérêt n'est décelée. Le surplus récupéré par la banque correspond à une commisssion (majoration du prix d'achat), dont le montant est fixé au préalable et ne varie point [946].

Reste à souligner que du point de vue économique, le taux d'intérêt (prohibé) et le profit (autorisé) sont identiques dans leur substance [947]. Cependant, on considère qu'ils n'ont pas le même fait générateur. Le taux d'intérêt génère le montant de loyer de l'argent dans une transaction financière, ce qui est illicite du point de vue de la *sharī'a* [948]. Par contre, le taux de profit, dans un contrat *mūrabaḥa,* crée une marge bénéficiaire dérivant d'un actif réel (le bien objet de transaction).

---

[945] Pour plus de développement sur cette question, voir Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique*, *op. cit.,* pp. 77-81.

[946] Elyès JOUINI, Oivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de paris », *op. cit.*, p. 34 ; Kaouther TOUMI, *Structuration du capital, profitabilité et risques des banques islamiques, op. cit.,* p. 43 ; Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La mourabaha : principes, pratiques, controverses », *op. cit.*, p. 37.

[947] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 42.

[948] Dans le droit musulman classique, la monnaie ne peut jamais être individualisée par le contrat (Baber JOHANSEN, « Le contrat salām. Droit et formation du capital dans l'Empire Abbasside (XI^{e}-XII^{e}

À côté de l'interdiction du *ribā*, figure, bien évidemment, le *gharār,* le plus souvent défini comme étant *« la vente d'objets probables dont l'existence probables ou les caractéristiques ne sont pas certaines, et dont la nature risquée (…) s'apparente aux jeux de hasard »* [949]. Nous l'avons souligné [950], le droit musulman rejette le contrat aléatoire [951]. Il refuse de fonder toute forme de transaction sur un élément soumis à l'incertitude. Aussi, il est toujours exigé de préciser l'objet du contrat, d'en définir le genre, l'espèce, les qualités et la quantité. Ces conditions ont pour finalité de protéger l'équité dans les relations contractuelles.

Le droit musulman enseigne également qu'il est interdit de tirer profit d'un bien dont on n'assume pas le risque (*ribḥ mā lam yūḍman*). C'est le cas lorsqu'un créancier demande des intérêts à son débiteur sur la somme d'argent qu'il lui a prêtée.

De même qu'il est interdit de vendre un bien dont on n'est pas encore propriétaire. Les différentes écoles théologiques s'accordent sur ce point. C'est en fonction de ce principe que, lorsqu'une banque islamique réalise une opération de *mūrabaḥa*, il lui est interdit de conclure avec son client un contrat engageant fermement les deux parties avant d'avoir acheté le bien auprès du vendeur initial. Toutefois, il faut noter que cette prohibition concerne la vente d'objets déterminés (*bay' al a'yān*). La vente de biens non déterminés mais dont les caractéristiques sont bien définies (*bay' a ṣifāt*) est, par contre, autorisée sous certaines conditions, et ce, même si le bien concerné

---

siècle », *Annales, Histoire, Science Sociales*, 2006/4, p. 883 ; également Philippe BA ARD, *Le ribā et conception monétaire en islam médiéval (VII*e*-XII*e *siècle)*, Mémoire de DEA, Université Paris 1, 1993. p. 5). Elle est considérée comme est un moyen d'échange uniquement (Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et finance en Islam*, Paris, Koutoubia, 2009, p. 71). Elle n'a pas de valeur en soi ni d'utilité par elle-même. On retrouve ici la conception ancienne de la monnaie dont Aristote avait dénoncé la stérilité essentielle *: « Ce que l'on déteste avec plus de raison, c'est la pratique du prêt à intérêt, parce que le gain qu'on en retire provient de la monnaie elle-même et ne répond plus à la fin qui a présidé à sa création. Car la monnaie a été inventée pour l'échange, tandis que l'intérêt multiplie la quantité de monnaie elle-même [...] car les êtres engendrés ressemblent à leurs parents, et l'intérêt est une monnaie née d'une monnaie. Par conséquent, cette dernière façon de gagner de l'argent est de toute la plus contraire à la nature »*. Aristote, *La Politique*, trad. J. Aubonnet, éd., les Belles Lettres, 1968-1973, Livre I, chapitre III. p. 31.

[949] Mustafa Ahmad AL- ARQA, *Introduction général au Fīḳ* , Dar Al Qalam, Beyrouth, 1998, p. 74.

[950] Voir *supra*, pp. 74 et s.

[951] Sur la notion de contrat aléatoire en droit français, voir notamment Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 57.

n'est pas en possession du vendeur au moment de la transaction : c'est le cas par exemple dans le contrat *salām*, qui est un type de contrat de vente où le règlement de la marchandise est immédiat alors que sa livraison est différée [952].

Tous ces principes obéissent à une seule règle : le contrat ne doit pas s'opposer à une norme extraite du Coran ou de la *Sūnnā*. Il ne doit pas non plus violer une norme faisant l'objet du consensus (*ijma'*) des théologiens-juristes (*Oulèmas*), ni transgresser une interprétation établie par analogie (*ḳiyāṣ*) à partir de précédents. Reste à préciser les objectifs et finalités de ces principes.

2. Les finalités éthiques des prescriptions établies par la *sharī'a* en matière de contrat

Les principes posés par le droit musulman visent en premier lieu le maintien d'une parfaite égalité entre les contractants. De là résulte l'interdiction absolue de spécifier dans une transaction financière une condition qui *« n'est pas avantageuse pour l'un des contractants »* ou qui est tout simplement *« préjudiciable à l'un d'entre eux* » [953]. Dans un *ḥadīth*, le Prophète a dit notamment : *« Qu'en est-il de ces hommes qui stipulent des conditions qui ne sont pas dans le Livre de Dieu ? ».* Il a ajouté : « *Toute condition n'étant pas dans le Livre de Dieu est nulle »* [954]*.* Le second principe est relatif à la « justice commutative » [955] sur laquelle veille le concept de *ribā* et le souci d'éviter tout différend né de l'ignorance (*jahl*) des conditions de l'échange, du fait d'un intermédiaire ou de l'aléa du contrat (*gharār*). Les fūḳahā' sont unanimes sur ce point.

---

[952] Dominique De COURCELLES, « Sharia et institutions financières islamiques », *op. cit.*, p. 83 ; Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit.,* p. 67 ; Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique, Guide…, op. cit*., p. 8.

[953] Voir Mohamad PATEL, « Quatre principes fondamentaux du droit musulman des contrats », Audit, Conformité, Éthique et Recherches en Finance islamique (ACERFI). Texte disponible sur le site : https://fr.slideshare.net/Mohammad_Patel/quatre-principes-fondamentaux-du-droit-musulman-des-contrats (consulté le 10 juin 2016).

[954] *Mūsnad Imām Aḥmad*, éd. Mouassass Al Rissâla, Beyrouth, 2001, vol. 42, *Ḥadīth* n° 25786, pp. 515-516.

[955] Pour un aperçu du principe de justice commutative, voir la communication de Bernard BILLAUDOT, « Justice distributive et justice commutative dans la société moderne », in Les journées de l'Association Charles Gide pour l'Étude de la Pensée économique, Université de Toulouse 1, 16-17 juin 2011. Texte in https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00644799 (consulté le 16 octobre 2016).

Enfin il y a le principe de l'interdiction de la nuisance (*ḍarar*) à un tiers, sauf à lui consentir certains droits et avantages en contrepartie.

Plus concrètement, les prescriptions dégagées par la *sharī'a* visent *« l'honnêteté dans les relations commerciales, la transparence dans la négociation et dans l'exécution des contrats, la prévisibilité des conséquences »* [956] et l'égalité et la justice dans les rapports contractuels, notamment par le partage des risques [957].

Autrement dit, tous les principes qui gouvernent la vie des contrats ont pour objectif de réaliser un accord de type équilibré où aucune des parties ne soit lésée. Ce qui rejoint la morale et l'éthique islamique. Dans ce contexte, le contrat tire sa force obligatoire d'une injonction spirituelle impérative [958] : « *Ô ! Vous qui croyez, remplissez tous vos contrats »*, dit le Coran [959], ou encore : *« Ô ! Les Croyants, soyez fidèles à vos engagements contractuels »* [960].

Rappelons toutefois que dans la pratique, les banques islamiques sont souvent tentées de contourner les règles de la *sharī'a*, jugées très restrictives. En outre, le droit musulman prévoit des principes « assouplissants » régulièrement utilisés dans les opérations financières, en particulier le principe de « nécessité » (*ḍarūra*), celui de l'« intérêt général » (*maṣlaḥa*), ou encore celui du « besoin » (*al-ḥajā*) [961]. À cet effet, la doctrine islamique peut reposer sur les versets coraniques, dont celui énonçant que *« Dieu veut pour vous l'aisance, il ne veut pas la gêne »* [962].

Ces considérations d'ordre général constituent un préalable pour définir les types de contrats reconnus par le droit musulman et classés en deux catégories principales.

---

[956] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 25

[957] Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et finance en Islam, op. cit.,* p. 41.

[958] Shukri Joseph SERHAL, « La structuration de produits Chari'a compatibles », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.) *La finance islamique à la française, op. cit*. p. 205.

[959] Coran, *sūrate* 5, verset 1.

[960] Coran, *sūrate* 4, verset 33.

[961] Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés, op. cit.,* p. 54 ; Selim JAHEL, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *RIDC,* 2003, vol. 55, n° 1, p. 114.

[962] Coran, *sūrate* 2, verset 185.

B. Les deux principales catégories de contrats

Le contrat en droit musulman est analysé comme un acte constitué par les déclarations d'intention, « raisonnées » et « raisonnables » des parties [963], au regard de la religion et de la morale. Ce critère se fiant à la raison et à ce qui est permis autorise de distinguer le fait juridique et l'acte juridique en droit musulman [964].

Cette distinction repose sur la prise en considération du rôle ou de l'absence de rôle de la volonté du sujet de droit dans la détermination des effets juridiques de l'événement générateur considéré. Ce rappel est important lorsqu'on cherche à étudier les catégories de contrats qui, selon le droit, se répartissent en deux types : les contrats nommés et les contrats dits innommés.

1. Les contrat nommés

La jurisprudence relative aux transactions financières se compose de contrats nommés, présents dans les recueils de *fiḳh* des quatre grandes écoles juridiques (Ḥānafite*, Malikite, Shāfi'īte et Ḥānbalite*). Ces écoles se basent sur les sources originaires, à savoir le Coran et la *Sūnnā*, et sur les sources dérivées, principalement le consensus (*Ijma'*) et l'analogie (*Ḳiyāṣ*) [965].

On recense une trentaine de contrats nommés [966] reconnus et validés par la *sharī'a* et qui organisent le mode de fonctionnement des affaires islamiques et de fait, il serait difficile de les énumérer entièrement. En revanche, des considérations d'ordre général sont nécessaires avant de prendre comme exemple le contrat de vente, considéré par la doctrine islamique comme le contrat nommé par excellence.

---

[963] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale en droit musulman, op. cit.,* p. 9 ; François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.,* p. 61 ; Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.* p. 148.

[964] L'acte juridique est un acte volontaire spécialement accompli par une personne pour produire des effets de droit dont la nature et la mesure sont déterminées par la volonté. Le fait juridique peut être volontaire ou non produisant des effets de droit dont la nature et la mesure sont fixées par la loi indépendamment du sujet de droit, c'est le cas, par exemple, de la faute dommageable et qui oblige son auteur à réparer le préjudice.

[965] D'autres sources servent également de référence, comme l'opinion personnelle (*ijtihād*), la prise en compte de la nécessité (*ḍarūra*), l'intérêt général (*maṣlaḥa*), la coutume (*'ūrf*), etc.

[966] Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 9.

a) Des considérations générales

Il importe de noter, en premier lieu, que les contrats nommés obéissent à un régime juridique déterminé par des dispositions précises, ils sont donc réglementés et connus à l'avance [967]. Il en résulte que lorsqu'un contrat est nommé, les parties contractantes peuvent se référer aux textes qui s'y attachent pour connaître la réglementation spécifique à leur accord.

Il importe également d'observer que, dans le droit musulman, du moment que les contrats sont énumérés limitativement, l'avènement de tout nouveau type de contrat dans cette liste sera considéré comme étant illicite et contraire à la *sharī'a*. À la limite, toute construction juridique relative à l'objet du contrat devient inutile puisque ledit objet doit répondre aux règles édictées dans le Coran et la *Sūnnā*. Autrement dit, l'objet du contrat doit, en principe, exister au moment de la conclusion du contrat [968].

Le droit musulman, à la suite du travail des exégètes et des praticiens, considère que toute transaction doit se rattacher à un contrat nommé et, que de ce fait, elle produit des effets immédiats de droit en dehors de toute volonté des parties, celle-ci étant reléguée au second plan [969].

Ces contrats nommés, guidés par l'esprit islamique [970], sont traditionnellement regroupés en trois catégories [971] : les contrats d'échange ; les contrats accessoires et les libéralités ou contrats désintéressés.

- Les contrats d'échange comprennent la vente (*bay'*), la location (*ijarā*) et l'échange de travail contre rémunération (*jo'alah*).

---

[967] En France, par exemple, le contrat de vente (art. 1582 et s., C. civ.), le contrat de mandat (art. 1984 à 2010, C. civ.) ou encore le contrat de travail (loi du 3 juillet 1978) font partie des nombreux contrats réglementés.

[968] Rappelons que certains contrats emportant l'obligation de faire, comme, par exemple, le contrat *Salām* ou encore celui de l'*Istisnā'*, échappent à cette règle. Voir Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 8.

[969] Sur ce point, voire *infra*, pp. 275 et s.

[970] François GUÉRANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique, op. cit*., p. 47 ; Amina YAGI, *Droit musulman*, Paris Publisud, 2004, p. 151.

[971] Pour un aperçu de certains contrats nommés les plus pratiqués, voir :
http:// www.economie.gouv.fr/cedef/finance-islamique (consulté le 13 octobre 2016).

- Les contrats accessoires désignent une partie mettant à disposition d'une autre partie un travail, du capital ou une garantie : c'est le cas du contrat d'agence (*wakalā*), du contrat de société (*sharika*) qui peut prendre la forme de commandite (*mūḍaraba*) et de joint-venture (*mūsharaka*), du mandat de transfert (*ḥawala*) et du gage (*rāhn*)

- Les libéralités qui consistent à opérer un transfert de droits sans contrepartie. Ce sont : le prêt (*ḳarḍ*) qui, selon les jurisconsultes, doit se faire sans intérêt ; le dépôt (*waḍi'a*) ; le don (*ḥeba*) qui est un contrat à titre gratuit, et la sûreté (*kafalā*). Ces contrats sont le plus souvent utilisés par les banques islamiques.

Cette classification des contrats implique des types différents d'obligations, propres à chacune des catégories [972]. Ainsi, pour un contrat de vente, les obligations des parties se traduisent par une obligation de donner. Il s'agit d'un échange, donnant lieu à un transfert de propriété [973]. En effet, le vendeur doit livrer le bien et l'acheteur est tenu de verser le prix convenu [974].

Une autre catégorie de contrats consiste dans l'obligation de faire, justifiée par l'existence de *« clauses de réserve de propriété retardant la livraison de marchandise ou la vente à terme »* [975]. En fait, les obligations diffèrent d'un contrat à un autre : ainsi, dans le contrat de mandat, l'obligation serait plutôt celle de faire, qui se traduit par l'exécution des ordres venant du mandataire, ce qui renvoie à la notion de contrats de services. Les contrats à titre gratuits (appelés aussi contrat de bienfaisance) illustrent l'obligation de donner comme la donation par exemple, dans laquelle l'idée de transfert de propriété est un élément décisif. Il est rappelé à cet égard que *« ce transfert, contrairement à la conception connue en droit français, sera relatif dans le système musulman, car la propriété est le don de Dieu »* [976].

---

[972] François GUÉRANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op. cit*., p. 54.

[973] Marjorie BRUSORIO, *Droit des obligations*, Larcier, 2017, p. 2.

[974] Selon l'article 1583 du Code civil français, *« (…) La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé »*.

[975] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 360

[976] *Ibid*., 361.

La violation ou l'inexécution d'une de ces obligations prévues dans un contrat nommé sera sanctionnée sur le terrain de la responsabilité contractuelle, car elles se fondent sur la base d'un accord des parties contractantes.

Pour terminer, il faut signaler que les nombreux contrats nommés en droit des affaires musulmanes sont presque tous soumis au régime du contrat de vente qui demeure le contrat de base en la matière, d'où l'importance d'en donner un aperçu.

b) Un exemple type de contrat nommé : la vente

Les penseurs musulmans considèrent de manière unanime que le contrat de vente sert de modèle aux autres contrats. Il constitue le support des produits utilisés par les institutions financières islamiques et illustre le type même de contrat licite reconnu par le verset coranique précisant que *« Dieu a rendu licite le commerce est illicite l'intérêt »*. Le contrat de vente peut être défini comme *« l'échange d'une chose à une autre ou une chose à un prix »* [977]. Ainsi envisagé, le contrat obéit à des règles précises telles que la livraison de la chose objet de la vente et le paiement immédiat du prix [978]. Rappelons que l'objet de la vente doit être licite au regard des règles religieuses, notamment en ce qui concerne le respect de ce qui est *ḥalal* et de ce qui ne l'est pas. La loi islamique exige en outre l'existence de la chose vendue, ce qui implique, de la part du vendeur, la capacité de livraison (*al- ḳūḍra 'ala at-tāslim*). C'est autrement dire que pour qu'il y ait livraison, il faut que le bien existe au moment de l'exécution du contrat [979]. Cette condition impliquerait l'interdiction de vendre une chose future. Toutefois, certains courants de pensée admettent une livraison différée jusqu'au paiement total du prix, ce qui est, en principe, une entorse aux règles de la *sharī'a*. Selon François Guéranger, *« La livraison du bien ne peut être retardée par le vendeur jusqu'à son paiement complet à bonne date »* [980].

---

[977] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, *op. cit.,* p. 61.

[978] Le prix, appelé en arabe « *Al thaman* », détermine la valeur du bien objet de transaction. Il peut s'effectuer en nature ou en numéraire.

[979] Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit*. p. 56 ; Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 338.

[980] François GUÉRANGER, *Finance islamique*, *op. cit.,* p. 63 :

S'agissant du prix, il constitue une condition de validité du contrat, car il ne peut y avoir de vente sans prix juste. Ce prix doit être manifestement connu et fixé pour que l'accord soit valable aux yeux de la loi islamique [981].

D'autres conditions sont énumérées respectant les règles posées par la *sharī'a* : il en est ainsi de l'intention des parties à s'engager. Il en est de même de la capacité des parties contractantes qui *« doivent être adultes et saines mentalement »* [982].

Il existe différentes formes de vente dont la plus utilisée est celle de la vente à crédit ou à terme, connue en droit musulman sous l'appellation « *bay' bi-taḳṣiṭ* » [983]. Il s'agit d'une vente dont le produit est livré immédiatement alors que le prix est réglé en une ou plusieurs échéances. Du point de vue pratique, cette opération permet à la banque islamique d'acheter la marchandise du fournisseur et de la revendre à crédit au client, selon des modalités de paiement convenues d'avance [984]. Sur cette question, il existe un consensus des *fūḳahā'* fondé sur un *ḥadīth* énonçant que : *« le Prophète Mohamed acheta à terme des grains d'un juif à qui il donna en gage sa cotte de mailles en fer »* [985]. Il existe aussi un certain consensus soutenant que la marchandise, objet de vente, peut être livrée ultérieurement, alors que le prix sera payé immédiatement. Les contrats d'*istisnā'* et de *salām* illustrent cette dérogation relative au paiement du prix. En effet, dans ces produits la livraison du bien et le paiement du prix ne sont pas concomitants. Mais pour être licite, cette transaction doit obéir à des conditions que l'on trouve résumées dans ce *ḥadīth* précisant que *« celui qui achète un bien qui lui sera livré ultérieurement, qu'il le fasse en mesure connue, en poids connu et jusqu'à une échéance fixée »* [986]. Il s'agit là du principe de l'équivalence des prestations.

---

[981] Salah JIHED, *Le prix en droit musulman*, thèse, Université de Lille 3, 2009, p. 29.

[982] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit*., p. 43.

[983] Moncef BENTAIBI « Al Baî bi-takssit ou la vente à tempérament pratiquée par les banques islamiques » dans *Introduction aux techniques islamiques de financement*, IIRF-BID, Djeddah (Arabie Saoudite), 1996, p. 89. Doc. In https://ribh.files.wordpress.com/2007/08/introduction-aux-techniques-islamiques-de-financement-bid.pdf (consulté le 19 octobre 2016).

[984] Voir Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés…*, *op. cit.,* p. 59.

[985] Recueil des *ḥadīth Al-Sahîh al-Būkhari,* vol. 1, *ḥadīth* n° 2860.

[986] *Ḥadīth* rapporté par Mūslim, in *Ṣaḥiḥ Mūslim*, Caire, Dar Ihya al Kotob Al Arabia, Livre Almossaqat, Chapitre Rāhn, Q. 3009/1603.

Se pose à ce niveau la question de percevoir un intérêt sur le prix, à cause de l'échelonnement du paiement dans le temps. Sur ce point, en l'absence d'un texte précis, les avis sont partagés. Reste que pour une grande partie de la doctrine, la majoration du prix lorsque le paiement en est différé est licite dans la mesure où il est question de valoriser le temps écoulé. À l'appui de cette thèse, les quatre grandes écoles théologiques (*ḥānafite malékite, shafi'īte et ḥānbalite*) se réfèrent au verset coranique : *« Ô vous qui croyez ! Évitez de vous emparer mutuellement de vos biens par des échanges frauduleux. Pratiquez plutôt les échanges par un négoce consenti d'un commun accord »* [987]. Il faut entendre par là que la vente est légale lorsqu'il y a consentement des deux parties. Dès lors, les jurisconsultes estiment l'augmentation comme une forme de compensation du délai de paiement acceptée par les parties. Un ḥadīth vient renforcer cette thèse : le Prophète aurait dit : *« (..) Achète-nous des chameaux, contre de jeunes chamelles qui seraient acquises au terme des [prochaines} périodes de l'aumône légal, et ce autant qu'il nécessaire »* [988]. Les théologiens rappellent par ailleurs que ce mode de transaction était courant chez les musulmans de l'époque. À l'opposé, une partie de la doctrine, doutant de l'authenticité de ce *ḥadīth*, refuse de légitimer ce type de transaction, estimant que la majoration du prix, en raison de l'échelonnement dans le temps, s'apparente à l'intérêt ajouté au prix initial.

Au-delà de ces divergences doctrinales, la vente à crédit est soumise à certaines exigences qui reviennent fréquemment lorsqu'il s'agit de transaction :

- Le bien doit exister au moment de la signature du contrat ;

- Il doit être la propriété de l'établissement bancaire. Rappelons que la possession physique du bien, objet de transaction, est une condition nécessaire pour la formation du contrat en droit musulman : le vendeur (la banque) est en effet tenu d'acquérir le bien avant de procéder à sa revente (*contrat mūrabaḥa*) [989] ;

---

[987] Coran, *sūrate* 2, verset 54.

[988] Recueil des *ḥadīth*, *Al-Musnad* de l'Imam Ahmed, classé par El Banna, vol. l5, p. 85.

[989] Voir *supra*, pp. 163-170. ; pp. 219 et s.

- En droit musulman, la banque n'a pas le droit de conserver la propriété de la chose vendue [990] ;

- Les contractants doivent s'accorder sur une modalité de paiement au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, « *s'il y a ambiguïté de sorte qu'il n'y a pas d'accord ferme sur cette modalité du prix, la vente est illicite* » [991] ;

- Le prix ainsi que la majoration doivent être connus et fixés par les contractants. S'il y a incertitude sur ces points, la vente n'est pas valable ;

- Le vendeur n'a pas le droit de spécifier, dans le contrat, les avantages de l'échelonnement du paiement de façon séparée du prix comptant et de manière à lier les avantages aux paiements à crédit, même en cas d'un accord, portant sur un taux d'intérêt fixé consensuellement par les parties ou par le marché.

Du point de vue des effets juridiques de la vente à terme, il faut retenir que l'acheteur devient propriétaire du bien dès que l'échange des consentements des parties a été entériné. Le transfert de propriété implique par ailleurs un transfert des risques [992].

Vis-à-vis de la banque, le retard de remboursment des échéances n'est pas pénalisé tant que le débiteur est en difficulté financière. En outre, la banque n'est pas autorisée à majorer le principal, puisque cela relève du *ribā* [993].

Il se dégage de ce qui précède que, selon la pensée musulmane, la vente à crédit est un contrat bilatéral, elle s'oppose donc à la vente à tempérament, pratiquée par les banques classiques qui prend la forme d'un contrat triangulaire : la banque tient le rôle d'intermédiaire entre le vendeur, à qui elle verse le prix total, et l'acheteur, qui la rembourse en plusieurs échéances. La banque conventionnelle insère dans le contrat de vente à tempérament, la majoration du prix payable à terme par son débiteur. Or, en finance islamique, cette opération est contraire à l'interdiction de l'intérêt (*ribā*).

---

[990] L'Académie internationale du fiqh islamique, point 6.

[991] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés…, op. cit.,* p. 62, note 211.

[992] Banque islamique de développement, *La science de la charia pour les économistes, op. cit*., p. 26.

[993] IIRF, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, op. cit., p. 114.

À côté de la vente à crédit, il existe une autre modalité permettant une vente avec option de rachat. Ce procédé agence en fait deux contrats : un contrat de prêt avec intérêt et un contrat de vente. En principe, cette opération est illicite au regard des normes générales des contrats islamiques. Elle s'oppose à l'interdiction d'accumuler deux actes (prêt et vente) dans le même contrat [994].

Sur le plan juridique, la vente avec option de rachat se rapproche du contrat de vente sous condition entérinée par les parties. Certains jurisconsultes considèrent que l'ajout de conditions dans les contrats est légal en vertu du *ḥadīth* énonçant que *« les musulmans sont tenus des conditions qu'ils font, sauf une condition qui rend illicite une chose licite ou rend licite une chose illicite »* [995].

En réalité, cette question divise lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions qui peuvent influencer la validité ou non du contrat. Ainsi, il n'est pas permis de spécifier dans un contrat de vente/achat une condition qui pourrait léser l'une des parties. Et si cela se produit, *« la transaction est invalidée, étant donné qu'elle comprend un surplus conditionné en faveur de l'un des cocontractants qui n'est pas justifié »* [996].

Selon les *chaféites*, l'ajout d'une condition supplémentaire est valide si elle ne fait que confirmer ou renforcer les autres clauses du contrat ou si elle est bénéfique aux contractants. En revanche, si la disposition spécifiée va à l'encontre de ce que suggère la transaction, l'opération est nulle [997]. Cette position est partagée par les *ḥānbalites* qui s'appuient sur un *ḥadīth* où il est dit que le Prophète avait proposé à Djâbir de lui acheter sa monture et que celui-ci avait accepté à condition qu'il puisse continuer à l'utiliser jusqu'à son retour chez lui [998].

---

[994] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés…*, *op. cit.,* p. 74.

[995] Rapporté par At-Tirmidhî, *ḥadīth* n° 1352.

[996] Mohamad PATEL, « Quatre principes fondamentaux du droit musulman des contrats », *op. cit.*, p. 10.

[997] *Takmilah Fatḥ al Moulhim*, Beyrouth, éd. Dâr Ihyâ at Tourâth al 'Arabiyb, 2006, vol. 1, pp. 582 et s., *Al Mawsū'at al fīḳhiyā,* Kuwaït éd. Wazârat al Awqâf wach Chou'oûn al Islâmiyah, 1995, vol. 9, pp. 243 et s.

[998] *Al-Ṣaḥīḥ Muslim*, trad. française, Al-Ḥadīth éditions, 2010.
http://www.finance-muslim.com/2010/03/vente-possede-pas (consulté le 4 novembre 2016).

Si la condition a pour finalité de lier une affaire en cours à une autre transaction, elle n'est pas admise et a pour effet la nullité de la vente/achat. Cette opération relève du *bay' aṭayn fi bay' aṭin* (deux ventes en une), prohibée par le droit musulman.

Pour résumer, les types de conditions qui ne peuvent être spécifiés dans un contrat de vente/achat visent :

- celles qui portent sur une chose interdite ou non conforme à la *sharī'a* ;

- celles qui affectent le contenu de la transaction réduisant ainsi la capacité de manœuvre de l'acheteur s'agissant du bien acquis ;

- celles qui touchent le prix fixé ou qui ont pour effet de créer une forte ambiguïté dans la transaction.

Autrement dit, les différentes conditions ont en commun le fait qu'aucune clause ne doit s'opposer à à l'essentiel (*mūḳtaḍa*) du contrat. Reste que, du point de vue pratique, la banque islamique peut opter pour un contrat avec option d'achat lorsque le client fait défaut, ce qui est tout à fait conforme avec la législation islamique en la matière. Mais elle ne peut pas imposer des intérêts sur l'avance des fonds. Par rapport à la faculté de rachat, elle sera valide tant qu'elle ne peut être exercée qu'en cas de défaut du client.

Après cet aperçu relatant les contrats nommés, il faut préciser que les spécialistes du droit musulman, afin de s'adapter à l'évolution au monde des affaires, ont ajouté de nouveaux contrats, dits innommés, qu'ils ont légitimé en se fondant sur les contrats nommés existants, *« constituant une liste limitée de contrats modèles »* [999].

2. Les contrats innommés

L'avènement de la finance islamique va participer à la mise en place de contrats d'un type nouveau qui viennent se greffer aux contrats nommés et dont il importe de préciser la signification avant de présenter quelques illustrations à travers le contrat d'affacturage et le contrat *ṣūkūk*.

---

[999] François GUÉRANGER, Finace islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit., p. 54 ; Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires, op. cit*., p. 84.

a) Définition

Les contrats innommés constituent une convention inconnue des classifications légales et ne sont ainsi pas organisés par la loi. De par leur nature même, il s'avère impossible d'en dresser un inventaire complet. Par ailleurs, il se peut qu'un contrat innommé comporte les caractéristiques de plusieurs contrats nommés.

Notons toutefois que dans un contrat innommé, en principe, les parties ont la liberté d'établir leur propre type de contrat. En procédant de la sorte, il se peut que certains éléments du régime juridique de leur accord ne soient pas envisagés par les règles gouvernant la théorie des contrats. Dans ce cas, il conviendrait d'examiner les aspects du contrat, son objet, ses clauses, afin de déterminer le type de convention conçu par le droit musulman (code civil) auquel le contrat innommé peut se raccrocher : le raisonnement se fera donc par analogie (*ḳiyāṣ*).

C'est dire que le contrat, bien qu'il soit innommé, doit respecter les exigences générales relatives à tous les contrats, exigences prescrites légalement concernant notamment le principe de consentement, la capacité à contracter, la licéité de l'objet du contrat, etc.

Dans le cadre de la loi islamique, l'apparition des contrats innommés résulterait de *« la pression du courant rigoriste, dans le seul but de mettre en place des produits alternatifs conformes au droit des contrats »*, tel qu'il est pratiqué dans les pays occidentaux [1000].

Les contrats innommés relèvent donc de l'ingéniosité des juristes pour répondre à l'émergence de nouveaux produits et à l'implantation de la finance islamique en Occident. Cela bouscule sans doute le régime contractuel des obligations qui était jusque-là limité par la *sharī'a*. On peut citer, à titre d'exemple, le contrat de location avec option d'achat (*ijarā mūntahiya bi-tamallūk)* [1001], donnant lieu à deux contrats

[1000] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 359

[1001] Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, Enjeux et opportunités de la finance islamique pour la place de Paris, p. 123 ; Kouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques*, op. *cit.,* p. 42 ; Gilles SAINT-MARC, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ? », *op. cit.,* p. 60.

pour le même bien ; la *mūsharaka* dégressif, permettant au financier de se désengager progressivement [1002] ; la *mūrabaḥa* inversée (appelée aussi *tawarrūk*), autorisant une banque d'acheter une marchandise auprès d'un courtier pour la revendre en différé avec une marge bénéficiaire, ou encore les contrats à paiement ou à livraison différés (*salām* et *istisnā'*) [1003]. Ces transactions n'entrent pas dans les catégories de contrats connus en droit musulman [1004]. Mais, comme l'avait observé le jurisconsulte Ibn Taymiyya, *« on suivra le principe suivant : on n'interdira aux hommes aucune des transactions dont ils ont besoin, à moins qu'elles ne soient interdites par le Livre et la Sūnnā »* [1005].

Toujours est-il que pour être valides, les contrats innommés doivent se conformer à la fois aux principes généraux de la théorie des contrats, et aux préscriptions de la *sharī'a* relatives à la finance islamique [1006]. Autrement dit, le caractère innommé des contrats n'empêche pas sa soumission à des obligations religieuses, morales, voire éthiques. Ce fondement religieux et éthique implique à son tour le respect de certaines conditions jugées impérieuses. À titre d'illustration, prenant deux exemples, le contrat d'affacturage et le contrat *ṣūkūk*.

b) Une illustration de contrats innommés : l'affacturage et le *ṣūkūk*

L'affacturage est un contrat innommé imposé par la pratique bancaire. Il s'agit d'une opération de crédits permettant la mobilisation des créances commerciales [1007].

[1002] Françoins GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 99.

[1003] Mohyedine Adnan HAJJAR, « Regards sur le financement islamique d'après les finalités de la charia », *op. cit.*, p. 13.

[1004] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.,* p. 112.

[1005] Voir Henri LAOUST, *Le traité de droit public d'Ibn Taimiya*, Beyrouth, Imprimerie catholique, 1948, p. 167.

[1006] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés prévus au code civil du Québec et la finance islamique*, *op. cit*., p. 21

[1007] Philippe LEPOUTRE « Crédit aux entreprises, l'affacturage est la seconde source de financement court terme des entreprises », *Revue Banque*, n° 753, septembre 2013, pp. 60-70 ; Jilali TCHOUAR, *La convention d'affacturage en droit français et algérien*, Mémoire, Droit comparé des affaires, Université d'Oran, 2009, p. 21.

Le monde des affaires est dominé par le principe de concurrence. Dans ce cadre, les entreprises sont amenées à octroyer à leurs clients des facilités de paiement, parmi elles un délai raisonnable de remboursement de la dette. Il se crée alors un écart entre les dépenses et les recettes pouvant entraîner un déficit de trésorerie. Afin de remédier à ce problème, les entreprises cherchent des solutions de financement appropriées pour garantir leurs créances, parmi lesquelles figure notamment l'affacturage. Il s'agit concrètement pour l'entreprise de transmettre ses créances à la banque (*factor*) qui, moyennant rémunération, se charge d'en opérer le recouvrement. Le banquier est tenu de fournir un financement à l'entreprise à cette occasion et, en cas de défaillance du débiteur, de *« régler par anticipation tout ou partie des créances transférées »* [1008]. Dans cette opération, la banque se substitue à l'entreprise et assume à ce titre tous ses droits et obligations. En d'autres termes, par le contrat d'affacturage, le banquier, à ses risques et périls, s'occupe de la gestion des comptes des clients de l'entreprise. Cette technique a cependant évolué et l'on constate une approche plus prudente de la banque qui accepte de se charger seulement du recouvrement au nom de l'entreprise à titre de mandataire. Dans ce cas, la banque n'est pas propriétaire des créances inscrites aux factures et, de ce fait, elle ne remplace pas l'entreprise dans ses droits et actions [1009]. Dans tous les cas de figure, il s'agit d'une *« opération de crédit qui permet aux entreprises de financer les décalages de postes clients »* [1010]. D'un point de vue économique, cette technique est une opportunité pour les entreprises en forte croissance et qui veulent attirer des clients en leur accordant des délais de remboursement. Dans cette perspective, le fait d'externaliser la gestion des prêts, désormais confiée à une banque (*factor*), apparaît comme une pratique souhaitable [1011].

[1008] Voir Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, « Le contrat dit de factoring », *JCP* G, 1966, I, 2044 ; Michel AUSSAVY et Philippe BERTHELIER, *Manager ses clients avec l'affacturage*, éd. Le Foucher, 1993 ; Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, éd. Montchrestien, 2011 p. 488.

[1009] Stéphane PIEDELIÈVRE et Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Économica 2011, p. 533.

[1010] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés…*, *op. cit*., p. 88.

[1011] Olivier VINCENT, *Gestion des débiteurs : ou l'art de se faire payer*, Belgique, éd. CCI SA, 2009, pp. 210-211.

Notons qu'il n'existe pas de contrat qui correspond à l'affacturage dans le droit musulman. Toutefois, cette technique contractuelle peut être qualifiés de « vente de créance » (bay' *dayn)* [1012]. Mais la vente de créances ne figure pas dans la liste des contrats nommés établie par la *sharī'a*. En l'absence d'une définition de ce contrat en droit musulman, nous retiendrons l'approche générale soutenant que la créance est *« un droit que détient une personne dite le "créancier" à l'encontre d'une autre personne dite le "débiteur" qui lui doit la fourniture d'une prestation »* [1013].

Mais pour qu'elle soit valide vis-à-vis des règles du droit musulman, le contrat de créance doit obéir à certains principes que nous trouvons dans toute sorte de contrat :

• La créance doit être connue et déterminée, c'est-à-dire qu'elle doit exister au moment de l'exécution du contrat.

• Elle doit être la propriété du vendeur.

• La créance doit être solvable.

• Le prix de la vente doit être inférieur ou égal à la somme des créances. Cela signifie que le vendeur ne peut réaliser de profit en transmettant la créance.

• La livraison immédiate de la contrepartie. Cette dernière ne peut pas faire l'objet d'une livraison différée.

• La créance doit être d'usage licite et fournir un service utile [1014].

• La rémunération de la banque pour sa mission de recouvrement des créances, doit prendre la forme d'une commission et non d'un intérêt perçu, illicite aux yeux de la la *sharī'a.*

À ce stade, Il est important de signaler que la proximité de l'affacturage avec la créance connaît des limites :

[1012] Françoins GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 133.

[1013] Dictionnaire du droit privé (https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/creance.php).

[1014] Académie de la finance islamique, décision 158 (17/7) / AFI, 28 juin 2006 relative à la vente de créance, *Revue de l'AFI*.

- Dans certaines catégories de l'affacturage, la banque accorde une avance à l'entreprise sous déduction des intérêts et commissions diverses. Or, cette opération s'oppose au principe d'interdiction de l'intérêt (*ribā*) [1015].

- Dans le cadre de l'affacturage, la banque garantit toutes les factures, y compris celles qui sont impayées. Dès lors, le fait d'assumer les risques de non-paiement par le débiteur relève de l'incertitude et de l'aléa, prohibés par le droit musulman. Elle s'oppose par ailleurs au principe du partage des pertes et des profits.

Dans l'usage de la technique d'affacturage, la plupart des banques ont tendance à *« transformer la créance en titres émis sur le marché des capitaux »* [1016]. L'intérêt pour les institutions financières consiste dans l'accès à une nouvelle source de financement et le transfert à l'acquéreur du risque de non-remboursement de cette créance. Mais la titrisation est fondée sur un actif virtuel, or le droit des contrats dans la pensée musulmane exige l'adossement de toute opération financière à un actif tangible.

Cette dernière remarque nous amène à revisiter le contrat *ṣūkūk* qui constitue en finance islamique une technique de titrisation, non prévue par la *sharī'a* [1017], donc un contrat innommé. On estime que le recours aux *ṣūkūks* constitue l'un des domaines les plus essentiels pour l'innovation des produits et un moyen d'adapter la finance islamique au droit européen [1018]. On suggère même que l'essor de la finance islamique résulte en grande partie de l'adoption du contrat *ṣūkūk* [1019].

[1015] Djilali TCHOUAR, *La conventiion d'affacturage en droit français et algéiren, op. cit.,* p. 49.

[1016] *« Dans cette opération, la banque ou sa filiale transfère ces créances à une structure ad hoc (société, fonds ou trust). Cette dernière transforme ces créances en titres adosses au risque des actifs sous-jacents (Asset-Backed securities ou ABS). Chaque titre représente une fraction du portefeuille de créances titrisées et dorme le droit à son porteur de recevoir les paiements des créances sous forme d'intérêts et de remboursement de principal »,* Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés prévus au code civil du Québec et la finance islamique*, *op. cit*., p. 92.

[1017] Sur ce point, voir Mballo THIAM, *De la religion à la banque : contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France, op. cit.,* p. 22 ; Mahmoud EL GAMAL, *Islamic Finance : Law, economics and practice*, New York, Cambridge University Press, 2006 ; Mohamed OBAIDULLAH, « Islamic financial services » http://islamiccenter.kau.edu.sa/english/Publications/Obaidullah/ifs/ifs.html (consulté le 7 mai 2016).

[1018] Voir Philippe DUPICHOT, « La fiducie et la finance islamique », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1064.

[1019] Pour un aperçu sur le développement des *ṣūkūks* par les banques européennes, voir Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et finance en Islam*, *op. cit.,* pp. 222 et s.

Selon certains auteurs, le terme *ṣūkūk* désigne un *« concept qui peut tout à fait être rapproché de celui d'ABS (Asset-backed Securities), puisque les juristes de la Finance islamique considèrent que les flux financiers correspondants à un Ṣūkūk licite doivent être sous-tendus par un actif réel, physique »* [1020]. Cette approche rejoint la définition donnée par l'AAOIFI envisageant les *ṣūkūk* comme des obligations reposant sur des actifs tangibles générant des flux financiers (*cash flow*) [1021]. Il s'agit de produits finaniers (titres de créances ou de capitaux) négociés sur le marché international, et dont le rendement est subordonné à la performance d'un actif sous-jacent.

Concrètement, la formation de *ṣūkūk* commence par l'identification d'un pool d'actifs sous-jacents conformes aux principes de la *sharī'a* (biens immobiliers ou autres). À l'origine, ce pool d'actifs est détenu par son propriétaire (une entreprise ou une entité publique) qui est en besoin de financement. Ces droits de propriété attachés au pool d'actifs sont ensuite cédés à une entité économique *ad hoc* : un SPV (*Special Purpose Vehicle*) qui sera chargée d'assurer la gestion des comptes des futurs souscripteurs, en contrepartie de leur paiement du prix des *ṣūkūks*. Le SPV, en sa qualité de mandataire, n'a pas de fonds propres, mais il est l'émetteur légal des titres (*ṣūkūks*). Les liquidités reçues par le SPV, en échange des titres émis, serviront *« à rémunérer l'émetteur de sa cession des droits attachés au pool d'actifs »* [1022], alors que celle des investisseurs est directement liée à la maturité des *ṣūkūks* qui feront l'objet de revente. Notons que les détenteurs des titres participent aux profits dégagés et aux pertes éventuelles, à la hauteur de leur quote-part de propriété des *ṣūkūk* [1023].

Il existe une variété de contrats *ṣūkūks* mise en vigueur par l'AAOIFI : *ṣūkūk salām*, *ṣūkūk istitna*, *ṣūkūk mūrabaḥa*, *ṣūkūk mūḍaraba*, *ṣūkūk mūsharaka*, *ṣūkūk ijarā* [1024].

[1020] Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique, op. cit.,* pp. 97-98.

[1021] Anouar HASSOUNE, « La finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française, op. cit*., p. 91.

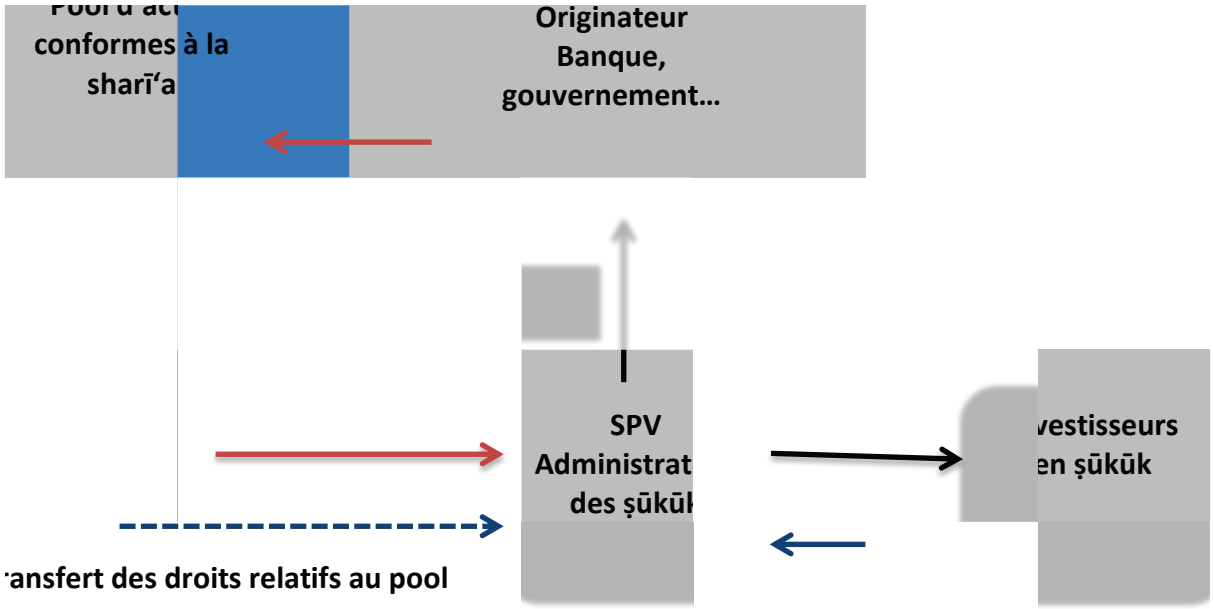
[1022] Ibrahim eyyad CEKICI, « Du filtrage islamique », *op. cit*. p. 22.

[1023] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit*., p. 127.

[1024] Anouar HASSOUNE, « La Finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation », *op. cit*. p. 92.

Par ailleurs, les *ṣūkūks* peuvent avoir un caractère participatif ou non-participatif [1025]. Il en résulte des conséquences différentes, notamment au niveau de la rémunération du titre *ṣūkūk* : ainsi, *« si l'émetteur repose sur une forme de partenariat (PPP), la rémunération sera théoriquement incertaine »* [1026]. Par contre, s'il a pour support un contrat d'*ijarā,* par exemple, *« cette rémunération sera le plus souvent fixe, avec la possibilité de taux variables »* [1027].

Figure 13 : Schéma simplifié du fonctionnement d'un *ṣūkūk*



Source : Michaël MOATÉ, *La création d'un droit islamique*, p. 128.

[1025] Tariqullah KHAN, « Islamic quasi equity (debt) instruments and the challenges of balance sheet hedging : An exploratory analysis », *Islamic Economic Studies*, vol. 7, n° 1-2, avr. 2000, pp. 1-31. Voir : https://www.isdb.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/IES_Articles/Vol%207-1%20and%202..Tariqullah..ISLAMIC%20QUASI%20EQUITY.pdf (consulté le 22 avril 2016).

[1026] Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique, op. cit.,* p. 99.

[1027] *Idem*.

Reste à préciser que la validité du contrat *ṣūkūk* vis-à-vis de la *sharī'a*, pose quelques difficultés. Sur ce point, certains auteurs estiment que l'émission des *ṣūkūks* respecte les principes islamiques [1028], dans la mesure où elle ne donne pas droit à un intérêt mais à une part des actifs à la base de l'opération et du capital souscrit. Aussi, selon Abou Hamdan, les *ṣūkūks « ne sont en conséquence équivalents ni à des actions ni à des obligations au sens conventionnel des termes »* [1029].

On s'est pourtant interrogé sur les raisons qui permettent aux juristes-théologiens de légitimer ce type de contrat *« dont l'interdiction ne pose aucun doute, tant dans les sources secondaires que principales »* [1030]. Cette affirmation doit néanmoins être nuancée. Comme nous l'avons signalé, la validité d'un contrat en droit musulman implique le respect des principes fondamentaux qui gouvernent le fonctionnement de la finance islamique en général et celui des banques islamiques en particulier [1031] : 1) interdiction du *ribā* 2) de *gharār* et de *maïsir* 3) pas de produits *ḥaram* 4) obligation de partage des profits et des pertes, 5) adossement à un actif tangible. Dans le cas des obligations islamiques dites *ṣūkūks*, leur conformité aux règles de la *sharī'a* se lit à travers l'application de ces principes :

- Ainsi, pour être valide, un contrat *ṣūkūk* doit être adossée soit à des actifs réels, soit à l'usufruit d'un actif tangible (5) [1032].

- En outre, dans le cadre d'une émission de *ṣūkūk*, les actifs sous-jacents être de différentes sortes : *« flux de loyer*, *des contrats de crédit-bail* (*ijarā*), ou bien *« des rendements sur investissement »* [1033], mais, dans tous les cas de figure, ils doivent être

---

[1028] Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 156 ; Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris », *op. cit.*, p. 55.

[1029] Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique, op. cit.,* p. 98. Voir dans le même sens, Amine TOLOBA, « Les montages LBO et les Ṣūkūk », *op. cit.,* pp. 61-76.

[1030] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 24.

[1031] Hassan JAVANSHIR, Hicham BOUHOUITA, « Financement conformes à la sharia. Neutralité fiscale, à quand les aménagements juridiques ? », *Revue banque*, mai 2009, n° 713, p. 73.

[1032] Gilles SAINT-MARC, « La finance islamique : un enjeu pour la France », *op. cit.*, p. 297.

[1033] Ibrahim CEKICI, « Du filtrage islamique », *op. cit.* p. 20.

« licites » au regard de la *sharī'a* (3), *« alors que l'obligation conventionnelle peut être émise pour financer presque n'importe quel type d'activité jugée légale »* [1034].

- Les actifs sous-jacents, générant des revenus servant à rémunérer les détenteurs de *ṣūkūk* proportionnellement à leur quote-part [1035], permettent de respecter le caractère participatif de l'opération (4) dans le sens où les souscripteurs partagent avec l'émetteur des obligations, les profits extraits des sous-jacents, mais aussi les pertes [1036].

- Les détenteurs de *ṣūkūk* sont pour ainsi dire les propriétaires d'un actif tangible et non de simples prêteurs rémunérés à un taux d'intérêt (1) comme dans le cas des titulaires des titres classiques [1037]. Cela justifie l'idée que les coupons détenus par les souscripteurs, *« ne sont pas des flux d'intérêt, mais bien un transfert de la richesse accumulée par les sous-jacents vers leurs propriétaires ultimes, à savoir les détenteurs des ṣūkūks »* [1038].

- Le calcul de la rémunération des souscripteurs des *ṣūkūk* est tributaire de la performance de l'actif sous-jacent et non à l'écoulement du temps. Ce qui évacue, dans une certaine mesure, le contenu spéculatif (*maīsir*) ou trop incertain (*gharār*) de l'investissement en *ṣūkūk* (3).

Ce dernier argument laisse subsister des doutes quant à son efficacité, même si la doctrine islamique distingue entre « le risque » (aléa probabilisable) et l'« incertitude » (aléa non probabilisable). Il s'agit là de justification d'ordre plus *« sémantique »* que *« scientifique »*. Ce flou explique pourquoi certains auteurs qualifient le *ṣūkūk* de

---

[1034] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 157.

[1035] Amine TOLOBA, « Les montages LBO et les Ṣūkūk », *op. cit.*, p. 67.

[1036] Isabelle RIASSETTO, « Les fonds islamiques », *op. cit.,* p. 45.

[1037] Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques*, *op. cit.*, p. 48 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 157.

[1038] Anouar HASSOUNE, « La Finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation »*, op. cit.,* pp. 91.

« produit hybride » combinant les *« caractéristiques d'une action et celles d'une obligation »*, alors que d'autres le *« confondent avec des obligations classiques »* [1039].

Finalement, l'examen des *ṣūkūk* en tant que contrat innommé portant sur un produit nouveau, montre l'ambiguïté de la finance islamique obligée de déroger aux principes qui la sous-tendent dans l'objectif de se moderniser et de concurrencer la finance classique [1040]. Du reste, cette modernité à marche forcée, pourrait confirmer l'argument « marketing » de la finance islamique avancé par certains chercheurs [1041].

Au-delà de cette critique, il demeure que le contrat en droit musulman est profondément influencé par des règles religieuses, morales, éthiques et sociales [1042]. Cet aspect interfère sur les conditions de conclusion et de validité du contrat.

§ 2. La formation et la validité du contrat en droit islamique

L'originalité du contrat en droit islamique réside dans le respect d'une multitude de règles qui gouvernent sa formation (A) et sa validité (B) vis-à-vis de la *sharī'a*.

A. Les règles gouvernant la formation du contrat

Le contrat islamique n'est pas un échange de consentements mais un échange de déclarations générant des engagements mutuels. Autrement dit, la volonté des parties est secondaire par rapport aux principes posés par la *sharī'a*, ce qui permet de dire que la liberté contractuelle joue un rôle accessoire [1043]. Pour autant, cela n'exclut pas certaines exigences que l'on trouve dans le contrat en général.

[1039] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 406.

[1040] Geneviève CAUSSE-BROQUET, Nasser ABDELHAFID, « Produits dérivés islamiques de l'utilisation implicite à la standardisation », *Revue Banque*, juin 2010, n° 725, p. 51 ; Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* pp. 234 et s.

[1041] *« Le marketing consiste dans une opération de séduction engagée par la finance islamique à destination des musulmans qui, pour des motifs religieux, refusent de contracter avec les banques conventionnelles »*. Bernard PRAS, Catherine VAUDOUR-LAGRACE, « Marketing et islam. Des principes forts et un environnement complexe », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, pp. 195-223.

[1042] Voir Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La Finance islamique, op.cit*., p. 46 ; Isabelle CHAPELLIÈRE, *Éthique et Finance en Islam*, *op. cit.,* p. 98 et s.

[1043] François GUÉRANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique, op.cit*., p. 85.

1. Le caractère secondaire de l'autonomie de la volonté

Un contrat est soumis, lors de sa formation, aux règles générales des contrats [1044]. En particulier, il ne se réalise et n'aura d'existence juridique qu'avec la rencontre de deux volontés. Ce critère est souvent rappelé par la doctrine, selon laquelle le contrat est un accord entre deux ou plusieurs volontés, en vue de produire des effets juridiques [1045]. L'essentiel est donc l'accord des volontés et le contrat généré opère comme un *« pacte des contractants »* [1046].

En un mot, un contrat ne peut se concrétiser que lorsqu'il y a un lien fondé sur le consentement établi entre deux parties qui prennent des engagements spécifiques et fixent de leur plein gré les droits et obligations contractuels [1047].

Cependant, dans le *fīḳh* islamique, la règle est qu'un contrat, pour être valable, ne doit pas déroger aux principes établis par la *sharī'a*. Or le champ prescriptif de la loi islamique est tellement vaste que la liberté contractuelle se trouve, *de facto et de jure*, très réduite [1048]. Aussi, certains auteurs ne manquent pas de souligner que *« le rôle de la volonté est simplement d'amorcer le processus contractuel en choisissant un contrat déterminé, mais les effets de ce contrat sont réglementés par la sharī'a et s'appliquent de façon automatique »* [1049]. Cela signifie qu'en droit musulman, le consentement n'est pas un critère déterminant dans la formation du contrat, car les actes, jusque dans

---

[1044] En droit francais, ce principe est défini par l'article 1101 du Code civil qui parle d'*« une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »*. En droit anglais, le contrat est défini comme un accord de volontés qui donne lieu à des obligations juridiquement sanctionnées.

[1045] Voir Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil – La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1993, p. 3. Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

[1046] Voir *Fatwa* n° 2432 du 26/8/1998, dossier n° 2/46/98, in Recueil de principes juridiques établis par la Fatwa et la législation, Koweït, 1990-2002, Partie 3, 2007.

[1047] En Occident, *« l'avènement du consensualisme est, généralement, considéré comme un apport décisif du christianisme car il a fallu tout l'effort des canonistes et des théologiens du Moyen Âge pour faire admettre que la parole donnée lie les êtres en dehors de toute solennité. Dans les pays musulmans, on peut pareillement rattacher cette évolution à l'Islam. L'élimination du formalisme et l'affirmation du consensualisme et de son corollaire la règle de la liberté contractuelle, sont considérées comme un apport de la politique juridique islamique »*. Voir Louis MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, *op. cit.*, p. 205.

[1048] François GUÉRANGER, *Finance islamtique, Une illustration de la finance éhtique, op. cit.,* p. 60.

[1049] Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 33.

leurs détails, sont fondés sur des principes d'autorité de la règle religieuse et de la morale, qui dépassent la volonté des parties : l'équilibre des prestations réciproques, le juste profit et équité, le *ḥalal* (licite) et le *ḥaram* (illicite), le partage des profits et des pertes, etc. Comme l'exprime le jurisconsulte Ibn Taymiya : tout contrat ou toute clause sont permis tant qu'il n'y a pas de texte l'interdisant [1050]. Ainsi, la règle générale extraite du Coran et de la *Sūnnā*, est que le principe gouvernant les contrats et ses conditions (*shūrūṭ*) est la permission (*Ibaḥā*).

Plus explicitement, le contrat (*'aḳd*) est considéré « comme une cause » (*sabāb*) prévue par la loi islamique et à laquelle se trouvent greffés les effets prévus également par la *sharī'a*. Dans ce cadre, la volonté du contractant doit être sincère et de bonne foi, *« mais elle n'agit pas par elle-même sur les effets du contrat »*. Le consentement (*riḍa*), souligne Michaël Moaté, *« n'est pas indispensable à la formation du contrat en droit musulman »* [1051], mais il constitue néanmoins une condition de son existence.

Soumis à un droit essentiellement objectif, les contrats sont presque tous nommés, ils obéisent à l'esprit de la loi plutôt qu'à la volonté des parties. Ce principe fait du consentement des contractants une *« condition d'opposabilité »* [1052] et accessoirement une condition de sa formation [1053]. Autrement dit, c'est par un acte de volonté que le contrat va produire les effets que lui attache le *fīḳh* [1054]. Il est dit, dans ce sens, que *« le contrat en droit musulman est un acte posé en vue d'une fin déterminée par la Loi et qui est l'égalité et l'équivalence des prestations réciproques. Cette idée de contrepartie est une idée morale qui sous-tend toute la théorie générale du droit »* [1055]. Ce principe peut être rattaché au *ḥadīth* du Prophète : *« Les actions ne valent que par leurs intentions et chacun n'aura que ce qu'il a eu comme intention (…) »* [1056]. Il repose aussi

---

[1050] Taqî ad-Dine Ahmad IBN TAYMIYA, *Madjmū' al-fatawa al-kūbra,* Beyrouth, 1966, vol. 1.

[1051] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 41.

[1052] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 340.

[1053] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 50.

[1054] Voir Raja SAKRANI, « Le jeu d'échanges internormatifs, droit, morale et religion dans les cultures de droit occidentales et musulmanes », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2009, p. 1707.

[1055] Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 8.

[1056] *Ḥadīth* rapporté par Al-BOUKHARI dans son recueil *al-Ṣaḥiḥ*, n° 6689.

sur le verset coranique : *« Ô les croyants ! Que les uns d'entre vous ne mangent pas les biens des autres illégalement. Mais qu'il y ait du négoce (légal), entre vous, par consentement mutuel »* [1057]. Dans cette optique, aucune des deux parties n'a le droit de dénoncer le contrat, ni le modifier ou l'arrêter, sauf d'un commun accord des deux volontés.

De même, il n'est pas permis, par principe, ni à la loi, ni aux juridictions, de modifier ou d'interpréter à leur guise ce qui a été convenu par les contractants. Il faut toutefois ajouter qu'en droit musulman, la notion de *khiyar* (choix) permet d'atténuer, d'annuler ou de confirmer unilatéralement un contrat pendant un certain délai [1058]. Selon certains auteurs, *« le titulaire de ce choix peut ainsi confirmer l'acte juridique qui devient de ce fait contraignant ou l'infirmer, dans ce cas l'acte sera réputé ne jamais avoir existé »* [1059]. Cette faculté de choix (*khiyar al- sharṭ*) [1060] résulte de l'importance accordée par le droit musulman à la règle de l'équivalence des prestations. Les juristes classiques ont donc admis une dérogation à la règle édictée par la *sharī'a* selon laquelle le contrat revêt un caractère obligatoire dès sa formation. Ils s'appuient sur un *ḥadīth* attribué au Prophète disant : *« si tu vends ou achètes déclare, au moment de la vente, sans te tromper : je me réserve l'option »* [1061].

Il découle de ce qui précède que la volonté en elle-même ne suffit pas. Il faut qu'il y ait échange de déclarations ou d'intentions (*niyyā*) considérées par nombre de *fūḳahā* comme un acte de foi, sinon de raison. *« Tel est pour les juristes musulmans le critère qui permet de distinguer l'acte juridique, spécialement le contrat, du fait juridique pur*

[1057] Coran, *sūrate* 4, verset 29.

[1058] Sur les différentes formes de *khiyar*, voir *supra*, pp 218-222 ; voir aussi Ibrahim CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit*., pp. 136 et s. ; MARTIN-SISTERON, « Financement éthique », *Revue Lamy droit du financement*, 2013, §§ 5519-5521 ; Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique, op. cit.,* p. 380 et pp. 402 et s.

[1059] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 87 ; Muhammad Mustafa SHALABI, *al Madkhal fil fiḳh al islami* (Introduction au droit islamique), Beyrouth, Dar al-Jamiyyat, 10e éd, 1985, p. 594.

[1060] Sélim JAHEL, « Le Khiyar Al-Chart, clause de repentir du droit musulman, et les intermittences de la volonté », Mélanges Boyer, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, 295-315.

[1061] Cité par Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 87.

et simple. L'acte juridique est avant tout une déclaration : ḳawl », écrit François Guéranger [1062]. Et lorsqu'on cherche à définir le contenu de ces déclarations, il faut se référer à la loi islamique. En droit musulman, l'intention diffère de la volonté. Elle est ici appréciée au regard du motif de l'engagement contractuel, sur le plan de sa conformité aux principes religieux [1063]. Ainsi la volonté peut avoir pour objet l'acquisition d'un bien déterminé, et l'intention, de faire usage de ce bien pour un motif quelconque. C'est l'identification de ce motif et sa conformité aux principes religieux qui importera dans la perspective globale de l'Islam. Cette idée se dégage d'un *ḥadīth* du Prophète rappelant que *« Les actions ne valent que par les intentions qui les motivent et chacun n'a pour lui que ce qu'il a eu réellement l'intention de faire (…) »* [1064]. Ce *ḥadīth* laisse entendre que l'action de l'homme est jugée en fonction de l'intention (*niyyā*) de son auteur ; quand celle-ci est « pure », l'action est censée être légitime et lorsqu'elle est mauvaise, elle s'en trouve déviée, « corrompue » (*fāsiḳ*) [1065].

Notons par ailleurs que même si la volonté déclarée a la faveur des penseurs musulmans, encore faut-il que cette volonté soit effective sous peine de voir le contrat annulé pour vice du consentement. Ainsi, une déclaration d'intention supposée, ne peut être retenue, c'est le cas, par exemple, d'une « simulation » [1066].

D'autre part, si, comme on l'affirme, le contrat constitue la loi des parties [1067] et donc possède une force obligatoire à l'égard des contractants, en droit musulman la

---

[1062] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 48 ; Chafik CHEHATA, « Le concept de contrat en droit musulman », in *Arch. de philosophie du droit*, t. XIII, Paris, Sirey, 1968, p. 131.

[1063] Voir Louis MILLIOT, François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, *op. cit*. pp. 212-213.

[1064] *Ḥadīth* rapporté par Al- BŪKHARI et MŪSLIM dans leurs recueil respectifs, *al-Ṣaḥiḥ*.

[1065] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 43, note 180.

[1066] *« La simulation ne peut être présumée. C'est ainsi qu'un prête-nom peut toujours, pour son propre compte, se déclarer après le contrat et transférer ainsi le bénéfice de l'acte au propriétaire légale. Cette déclaration n'a cependant pas d'effet sur l'autre partie contractante »*, François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 51.

[1067] Rémy LIBCHABER, « Réflexion sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 ; Guillaume WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in Pauline RÉMY-CORLAY et Dominique FINOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz 2012, p. 151.

plupart des conventions sont, en réalité, révocables par l'une ou l'autre partie. La révocation a les effets d'une résiliation unilatérale et agit rétroactivement.

Ces remarques ont pour intérêt d'apporter un éclairage précis sur les limites de la liberté contractuelle en droit musulman. En vérité, la question n'est pas aussi simple, et elle divise les écoles théologiques. François Guéranger nous en donne un aperçu :

- *« Pour l'école hanéfite, la volonté à elle seule n'est pas génératrice de droits et d'obligations. La formation du contrat suppose deux déclarations concordantes : un état d'esprit favorable au contrat que l'on pourrait assimiler à la capacité, au moins psychologique, de contracter ; l'intention (qasd), ensuite, qui déclenche le processus. Le riḍā (consentement) est nécessaire pour qu'il y ait accord »*. Ainsi, en son absence, chacune des parties peut demander la nullité de la transaction [1068].

- *« Selon l'école malikite, la volonté des parties est essentielle car elle insiste sur le motif qui a amené les parties à contracter. De ce fait, les contrats entachés d'un vice de consentement ne sont pas seulement susceptibles d'être annulés : ils sont nuls et sans effets ipso facto »* [1069].

- De leur côté, les *ḥānbalites* mettent en avant la liberté contractuelle et *« prônent la souveraineté de l'autonomie de la volonté »* et à ce titre, ils *« admettent que les individus soient parfaitement libres d'insérer dans un acte juridique clauses et stipulations »,* à condition que celles-ci *« ne soient pas en contradiction avec les règles de la sharī'a. [...] En d'autres termes, est autorisé tout ce qui n'a pas été expressément interdit par la sharī'a »* [1070].

On retrouve ici un raisonnement très proche de la notion de l'autonomie de la volonté, limitée cependant par l'ordre moral. L'auteur conclut que *« ces controverses rendent difficile la mise au point des contrats même sur des sujets relativement simples et, surtout, accroissent l'insécurité juridique des relations d'affaires »* [1071].

[1068] François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.*, p. 219.

[1069] *Idem*.

[1070] *Idem.*

[1071] *Ibid.,* p. 220.

La liberté contractuelle se trouve également limitée quant à la possibilité d'insérer des « clauses additionnelles » dans le contrat. Ces clauses sont jugées inefficaces, à la limite, elles seraient contraires au principe d'unité du contrat : *« il ne doit pas y avoir de contrat dans le contrat »* [1072].

Observons toutefois que les *chaféites* et les *malikites* consacrent ces clauses alors que les *hanéfites* les tolérent plus ou moins [1073].

Ces clauses additionnelles, même lorsqu'elles sont admises ou tolérées, font l'objet de limitations fortes dès qu'il s'agit de dispositions contraires à la morale et aux lois religieuses. On peut, à cet égard, rappeler qu'il n'est pas permis de réunir deux transactions dans un seul contrat ; par exemple un prêt et une vente ; de même qu'il est interdit de stipuler deux conditions dans une vente ou encore de vendre ce qu'on ne possède pas [1074].

En dehors de ces considérations juridiques, il faudrait ne pas oublier qu'à la base de la *sharī'a* et de la doctrine islamique se trouve une philosophie imprégnante, considérant que *« la seule liberté de l'Homme ne peut mener au droit chemin »* [1075]. Celui-ci, en tant que serviteur (*'abd*) de Dieu, doit se conformer à Ses commandements *« pour y arriver, tout en restant libre de conscience »* [1076], car, dit le Coran, *« Pas de contrainte en créance »* [1077]. La notion de liberté contractuelle en Islam doit être entendue dans ce sens. Ainsi, Dieu s'adresse d'abord à l'intelligence des hommes à travers le Coran en les incitant à réfléchir sur le sens de la vie et de l'univers : *« Pensez-vous que nous vous avons créés par jeu et que vous ne reviendrez pas vers nous ? »* [1078].

[1072] François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit*., p. 220.

[1073] La thèse inspirée par une école ancienne aujourd'hui peu présente, l'école *zahirite*, exclut les clauses additionnelles : *« Il n'est pas permis à la volonté humaine de façonner à sa guise les actes juridiques et d'en fixer le contenu [...] il n'y a pas de place dans le fiqh pour l'autonomie de la volonté »*, Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 36.

[1074] Sur les conditions licites et illicites du contrat, voir *supra*, pp. 251 et s.

[1075] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risque de marché et « gharār »… op. cit.*, p. 54.

[1076] *Idem*.

[1077] Coran, *sūrate* 2, verset 256.

[1078] Coran, *sūrate* 23, verset 115.

Les croyants doivent par conséquent suivre les paroles divines pour ne pas s'égarer et pour obtenir Sa miséricorde : *« Obéissez à Dieu, obéissez à l'Envoyé et prenez garde ! Si ensuite vous vous détourner… alors sachez qu'il n'incombe à notre Envoyé que de transmettre clairement le message »* [1079]. Dès lors, suivre les paroles de Dieu veut dire essentiellement se conformer à Ses injonctions et à celles de son Prophète traduites dans la *sharī'a*, que les *fūḳahā* ont la charge d'interpréter.

Cet impératif de soumission à Dieu, au Prophète et aux théologiens-juristes peut sembler comme une restriction de la liberté individuelle, il est cependant justifié, en grande partie, par la nature corrompue de l'Homme *: « la règle générale serait que l'Homme se dirige vers sa perte ; ceux qui sont sauvés ne sont que l'exception »* [1080]. Cette idée est précisée par le Coran en ces termes : *« L'homme est certes en perdition. Sauf ceux qui croient et accomplissent les bonnes œuvres, s'enjoignent mutuellement la vérité, s'enjoignent mutuellement l'endurance »* [1081].

Finalement, selon cette vision, qui sous-tend l'approche islamique des contrats et des transactions financières, l'Homme est libre, mais sa liberté est encadrée, celle-ci s'exerce en conformité avec les enseignements de Dieu. Et ce n'est que dans cette condition que l'Homme peut faire partie des « Élus », c'est-à-dire des prétendants au Paradis. Ainsi, il ne suffit pas de croire ; il faut également adapater ses actions à cette croyance : *« Œuvrez ! Dieu observe votre œuvre, de même que Son Envoyé et les croyants (…) »* [1082].

Au regard de ces développements, la liberté contractuelle, qui forme pourtant le socle du droit des contrats en général [1083], se trouve particulièrement restreinte en

---

[1079] Coran, *sūrate* 5, verset 92 ; voir aussi, *sūrate* 31, verset 22 : *« Et quiconque soumet son être à Allah, tout en étant bienfaisant, s'accroche réellement à l'anse la plus ferme. La fin de toute chose appartient à Allah ».*

[1080] Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risque de marché et « gharār », op. cit*., p. 55.

[1081] Coran, *sūrate* 103, versets 2 et 3.

[1082] Coran, *sūrate* 9, verset 105.

[1083] Selon l'énoncé de l'article 1102 du Code civil français, *« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi »*. L'article 1103 ajoute : *« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »*.

droit musulman. En fait, le contrat vise un objectif dont les modalités de réalisation sont strictement réglementées par la *sharī'a*. En tout cas, la formation du contrat en droit islamique obéit à un régime différent de ce qui est connu en droit occidental, consolidé par la présence de contrats nommés avec un statut préétabli prévoyant les conditions religieuses à respecter. Prenant en considération cette différence, d'aucuns ont soutenu que la formation du contrat non seulement *« ne relève pas de la volonté des parties ni du consensualisme, mais plutôt de la volonté divine »* [1084]. C'est là le point de vue émis par le spécialiste du droit musulman, Chafik Chehata, soulignant que *« Le contrat n'est pas un échange de consentement mais un échange de règlement, la volonté de l'auteur n'a pas sa place dans les contrats nommés »* [1085]. Autrement dit, dans la pensée islamique, le contrat est un acte dont les fondements sont posés par le Coran et par la *Sūnnā* et que les parties doivent strictement observés.

On voit bien que l'aspect religieux domine les relations contractuelles. On peut signifier la même chose concernant le respect des bonnes mœurs et de l'ordre qui comptent parmi les conditions nécessaires à la formation du contrat.

2. Le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public

Chaque société repose sur un minimum de valeurs à protéger, car sans ce minimum, les fondements idéologiques, juridiques, politiques ou moraux de la société seront menacés, chose qui peut mettre en péril l'existence même de la vie sociale. En droit français, l'article 6 du Code civil interdit *« de déroger, par conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et aux bonnes mœurs »*, alors que l'article 1133 du Code qui traite les conditions de validité des contrats, édicte que *« la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »*. Dans le cadre de la loi islamique, la notion de bonnes mœurs s'applique à tous les aspects de la vie des musulmans : elle s'intéresse aussi

[1084] Mbaloo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 412 ; voir aussi Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 8.

[1085] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.,* p. 111.

bien au volet religieux qu'aux actes d'ici-bas, c'est-à-dire aux rapports humains [1086]. Sur le plan légal, elle permet de juger de la moralité ou de l'immoralité d'un acte juridique. Notons cependant que les différentes écoles de droit islamique divergent sur le sens à donner au principe des bonnes mœurs [1087]. Il n'en reste pas moins que sa définition renvoie généralement au respect des règles qui régissent la morale des personnes vivant au sein d'une communauté et à un droit religieux qui gouverne leur vie à tous les niveaux [1088].

Quant à la notion d'ordre public, par essence souple et « indéterminée » [1089], elle est conçue partout de manière extensive, se confondant avec l'ensemble des moyens permettant la défense de l'intérêt général [1090].

Reste qu'à travers le respect de l'ordre public, c'est la protection de l'État qu'on cherche à assurer, ainsi que la société, et la famille. Mais aussi, et conformément aux principes de la *sharī'a,* la notion englobe la sauvegarde des principes islamiques. À cet ordre public, à connotation politique et religieux s'ajoute désormais l'ordre public économique et financier [1091]. Il importe de préciser que l'ordre public, étant une notion subjective, peut recevoir des contenus fort variables ; son étendue, ses objets et les règles à observer changent en fonction de la philosophie du régime en question et selon les circonstances [1092]. Pour autant, même dans une société libérale, la notion d'ordre public garde un caractère dirigiste *« dans la mesure où c'est tantôt la liberté*

[1086] Voir Abdel Razzak EL-SANHOURY, *Les sources du droit dans le fiḳh islamique*, Beyrouth, t. 3, 1936, pp. 42 et s.

[1087] Mballo THIAM, *De la religion à la banque*, *op. cit*., p. 117.

[1088] Voir Émile TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, Beyrouth, 2e éd. 1963.

[1089] Voir François RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Économica, 1986, p. 3.

[1090] Selon les temps, les lieux, et les opinions, la notion d'ordre public peut recevoir des contenus fort variables.

[1091] Sur ce point, voir Ibrahim CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.,* p. 57 et s. ; v. également François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, op. cit., p. 79.

[1092] Le concept d'ordre public a toujours soulevé des interrogations même en France, notamment au sein de la doctrine. Consultez à cet égard *L'ordre public*, Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences morales et politiques de la Fondation Singer-Polignac, Paris, 22 et 23 mars 1995, Paris, PUF, 1996 ; *L'ordre public*, Journées Libanaises de l'Association Henri CAPITANT, Paris, LGDJ, 2001.

tantôt la non liberté qui sont érigées en ordre public » [1093]. Sous cet angle, l'État peut interdire la référence à certaines clauses contractuelles comme, par exemple, la clause de non-concurrence lorsque l'acte porte sur un secteur déterminant pour le pays ou sur un service public vital [1094].

Le caractère dirigiste de l'État apparaît également à travers des mesures fiscales touchant des entreprises, les formes et le statut des sociétés, voire le contenu de certains contrats : contrat de travail, contrat d'assurance, contrat de prêt, etc. Cette ingérence des pouvoirs publics a pour support la défense de l'intérêt général. C'est aussi le cas dans le domaine financier, comme le démontre la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent, ou encore le conflit d'intérêt.

Après cet aperçu des conditions de formation du contrat dans le droit musulman, il est temps de préciser que pour être valide, le contrat doit réunir de nombreuses exigences inclues généralement dans l'accord.

B. Les exigences contractuelles autorisant la validité du contrat

Certaines exigences se rencontrent dans tous les contrats, d'autres sont spécifiques au contrat islamique.

1. Les exigences communes liées à la notion de contrat

En dépit de la spécificité de l'approche du contrat islamique, celui-ci partage avec le contrat classique des principes d'origines légale, éthique et morale, tels que le principe d'égalité contractuelle, celui d'équilibre contractuel ou encore celui de la bonne foi, ce qui souligne l'idéologie commune à tous les systèmes de contrat.

[1093] Mballo THIAM, *De la religon à la banque, op. cit.* p. 120.

[1094] Citons à titre d'indication que l'article 152 de la Constitution koweïtienne précise qu'*« on ne peut accorder aucune concession pour l'exploitation des ressources naturelles ou un service public excepté par une loi et pendant une période limitée (…) »*. On retrouve la même préoccupation chez le législateur égyptien qui a soumis le financement et l'exploitation des grands projets d'infrastructure (électricité, eau potable, autoroute, etc.) à l'adoption d'une loi spécifique (Samy ABDEL BAKI, *Les projets internationaux de construction menés selon la formule BOT (Build, Operate, Tranfer) Doit égyptien-Droit français*, Thèse, Droit, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2000 p. 250). Notons qu'en France, les matières régaliennes (police, justice, fiscalité…) sont exclues de toute forme de contractualisation. Voir Pierre DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de François Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469).

a) Le principe d'égalité et d'équité contractuelles

Dans le contrat de droit privé, les parties sont sur un pied d'égalité. Il s'agit là d'un principe général du droit. Il *« requiert que la partie en situation d'infériorité puisse contracter et exécuter en connaissance de cause et que l'autre partie en position plus expérimentée ne puisse abuser de sa situation de force »* [1095]. Il s'agit donc de protéger les plus vulnérables [1096]. Ce principe est prescrit dans le Coran : *« Et si vous vous repentez, alors vous aurez vos capitaux ; et point ne léserez ni ne serez lésés »* [1097].

De manière générale, dans tout type de contrat fondé sur l'échange, l'égalité des partenaires doit être la règle. L'exécution de bonne foi des clauses contractuelles est censée préserver cette égalité. Pour cette raison, les droits et obligations du contrat sont soumis à une interprétation stricte. Soulignons que le rôle du législateur est, à cet égard, très important : son intervention en matière contractuelle a souvent pour souci d'éviter toute prestation inéquitable ou des dispositions lésant l'une ou l'autre partie. À titre d'exemple, dans un contrat de prêt, il est établi que l'emprunteur a le droit de se rétractater dans les délais prévus par la législation, et le préteur est tenu à respecter certaines exigences très précises telles que le devoir d'information et de mise en garde du client sur les risques encourus, sous peine d'être sanctionné [1098].

En droit musulman, dans l'objectif d'éviter des transactions donnant lieu à des prestations déséquilibrées, la référence régulière à lélément moral permet de protéger les parties contractantes [1099]. Dans cet esprit, si l'intérêt (*ribā)* est interdit, c'est parce qu'il correspond à une rémunération garantie pour le créancier, alors que les risques sont entièrement assumés par le débiteur.

[1095] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 283.

[1096] François GUÉRANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op. cit.,* p. 11.

[1097] Coran, *sūrate* 2, verset 279.

[1098] Voir Mballo THIAM, *De la religon à la banque, op. cit.* p. 121.

[1099] Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires, op. cit*. p. 89.

De même, au nom de l'éthique, l'enrichissement sans cause est prohibé [1100]. À ce propos, les juristes musulmans relèvent deux formes de l'enrichissement interdit : l'une vise un échange simultané de quantités inégales de biens destructibles du même genre ou de même espèce [1101]. Cette opération est entachée de *ribā*. L'autre concerne un échange différé de choses périssables tout simplement. Cette seconde interdiction est justifiée par le fait que le temps écoulé entre la prestation et la contre-prestation produit une différence de valeur entre les biens échangés.

Les deux formes d'enrichissement constituent une violation du principe de l'égalité entre les partenaires du contrat, dans le sens où elles engendrent des avantages pour l'un des partenaires au dépend de l'autre. On parle d'enrichissement sans contrepartie (*ribā al-faḍl*) [1102].

À ce niveau, il est utile de signaler que l'école *hanéfite* se distingue des autres courants de pensée islamique *« par le fait qu'ils définissent l'enrichissement sans contrepartie comme un problème purement quantitatif et qui ne concerne pas la qualité - et donc la valeur - des choses échangées dont l'égalité n'est pas identique à leur équivalence »* [1103].

L'égalité entre les parties contractantes est complétée par une autre exigence tenant au respect de l'équilibre contractuel.

b) Le principe d'équilibre contractuel

Un contrat légalement formé tient lieu de loi des parties contractantes. Encore convient-il de déterminer le contenu du contrat et à quoi il oblige. Cette question prend tout son sens lorsqu'on sait que le contrat, bien que reposant sur l'intention

---

[1100] François GUÉRANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op. cit.,* p. 34.

[1101] Banque islamique de développement : *Introduction aux techniques islamiques de financement*, op. cit., p. 93 ; Malek ABOU HAMDAN, *Produits dérivés, risque de marché et « gharār »… op. cit.*, p. 381 ; Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 78 ; Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique : quelles interactions dans les pays de MENA ? op. cit.,* p. 25 ; Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.,* p. 286.

[1102] Voir Baber JOHANSEN, « Le contrat Salām. Droit et formation du capital dans l'Empire abbasside (XI^{e}-XII^{e} siècle) », *op. cit.*, p. 870.

[1103] *Ibid*., p. 871.

commune des parties, contient néanmoins des risques et, de ce fait, demeure *« un pari sur l'avenir »* [1104], d'où l'idée du contrat en tant qu'*« acte de prévision »* [1105] prenant en compte les règles de stabilité et de sécurité, éléments essentiels des relations contractuelles, par essence inscrites *« dans un environnement changeant et non appréhendable a priori »* [1106].

Pour assurer l'équilibre des prestations, comme convenu par le droit islamique, il est interdit à une partie de subir tous les risques d'une affaire ou d'être tenue à une indemnisation qui dépasse le préjudice subi à cause de sa faute.

Bien que la prise de risque fait partie des activités de la finance islamique [1107], en droit musulman, il est admsi que *« toute forme d'incertitude dans les termes de la relation contractuelle est interdite »* [1108]. Il s'agit, comme nous l'avons souligné, du *gharār*, que les écoles de l'exégèse interprètent de manière extensive, pour englober tout hasard, aléa, risque excessif, et ignorance (*Jāhl*) [1109] qui entraîne une rupture de l'équilibre contractuel [1110].

Dans le même esprit, la spéculation (*maīsir*) est condamnée puisqu'elle permet de réaliser un profit illicite résultant d'un acte imprévisible relatif au contrat qui met en cause l'équilibre des prestations défendu par la morale islamique. Au demeurant, il est interdit de vendre un bien que l'on ne possède pas au moment de la négociation d'un contrat.

[1104] Alain SÉRIAUX, « Le futur contractuel », in Jacques AUSTRUY et *al*. *Le droit et le futur*, Paris, PUF 1985, p. 77.

[1105] Hervé LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mél. François Terré*, PUF, 1999, p. 643.

[1106] Thierry KIRAT, *Économie du droit*, La Découverte, 1999, p. 19.

[1107] Voir notamment Paul-Olivier KLEIN, « La banque islamique face aux risques », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 10, 2016, pp. 52-64.

[1108] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 30.

[1109] Voir Karim CHÉRIF, « La finance islamique : analyse des produits financiers islamiques », *op. cit.,* pp. 78 et s.

[1110] Pour plus de détails, voir Amin AL-DARIR, *Le gharār dans les contrats et ses effets dans les pratiques contemporaines*, Banque islamique du développement, 1ère éd., Série des conférences d'éminents scientifiques n° 4, Royaume d'Arabie Saoudite, 1993, pp. 39-41.

L'interdiction du *ribā* (intérêt) joue aussi en faveur de l'équité dans une transaction contractuelle [1111]. Bien que cette question ait donné lieu à d'intenses controverses doctrinales, en fin de compte, c'est sa prohibition, de manière générale, qui a emporté l'adhésion des *fūḳahā*.

La recherche de l'équilibre contractuel apparaît sous d'autres formes : ainsi, adoptant une tendance objectiviste, le droit islamique considère que le délit est *« tout fait qui cause à autrui un dommage »* [1112]. Selon certains auteurs, ce *« dommage entraîne réparation vue sous l'angle du rétablissement d'un équilibre rompu, pouvant s'analyser en une simple restitution »* [1113].

Le principe de l'équilibre contractuel justifie parfois l'intervention du juge, censée être une exception à la force obligatoire du contrat, et ce dans le but d'en restaurer l'équilibre, d'en ajuster les clauses jugées excessives, ou d'en admettre la révision pour imprévision [1114]. Rappelons que les circonstances imprévisibles sont des phénomènes extérieurs liés à des événements qui échappent au contrôle des parties contractantes et pouvant entraîner un déséquilibre dans l'économie du contrat [1115]. À ce niveau, les banquiers vont jouer un rôle clé. Ils seront particulièrement sensibles à la stabilité contractuelle et la compensation de leur débiteur qui, en pratique, leur revient de droit.

[1111] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 28.

[1112] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit*., p. 151. Cité par Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 324.

[1113] François GUÉRANGER, *Finance islamique : Une illustration de la finance éthique*, *op. cit*., p. 53.

[1114] La théorie de l'imprévision a été initiée par le Conseil d'État français en 1916 dans l'affaire « Bordeaux » (C.E. 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ ville de Bordeaux*, *Rec. Lebon*, p. 125, concl. Chardenet ; *RDP*, 1916, pp. 206 et 388, concl. Chardenet, note G. Jèze). Elle a été transposée récemment au nouvel article 1195 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016. Voir Carole CHAMPALAUNE, « Pour une consécration raisonnée de l'imprévision dans le Code civil », *BJCP* n° 102, 2015, pp. 334-339.

[1115] Certains auteurs affirment que l'impossibilité de prévision du cocontractant est une question relative, car les évènements rares sont imprévisibles, alors que les probabilités de réalisation d'une circonstance imprévisible lors de l'exécution d'un contrat de longue durée sont plus plausibles. *Voir* Ihssan STAT KHADIR, *La théorie des circonstances imprévisibles et les effets du déséquilibre économique lors de l'exécution du contrat*, Document disponible sur le site :

http://droit.alafdal.netmontada-f8/topic-t82.htm,12-2-2009 (consulté le 8 novembre 2016).

Il convient de préciser que lorsque la survenance de circonstances imprévisibles est avérée, les parties peuvent renégocier le contrat [1116], sans toutefois en suspendre l'exécution. En l'absence d'un compromis, elles peuvent choisir conjointement de saisir le juge pour qu'il adapte le contrat [1117]. Il faut aussi ajouter que l'application de la notion d'imprévision se révèle d'une particulière importance dans le cadre de contrats de projets de longue durée, donc soumis à des aléas divers : politiques, juridiques, commerciaux et autres [1118].

En plus des principes d'égalité et de l'équilibre contractuel, un contrat suppose la bonne foi des contractants.

c) Le principe de bonne foi

La relation contractuelle est régie par les principes de l'intention réelle, de loyauté et d'honnêteté de la part des parties contractantes. Cette collaboration, fondée sur l'union d'intérêts, implique de nombreuses obligations comme celle d'éviter la fraude, la fausse déclaration, l'inexactitude des faits, les vices cachés, etc. Sur ce plan, l'Islam met en avant l'honnêteté dans la réalisation des transactions, renvoyant au principe de l'éthique posé dans le Coran : *« Ô croyant ne mangez pas mutuellement votre bien par esprit de fausseté, mais qu'il y ait seulement entre vous négoce consenti »* [1119].

En tout état de cause, l'exécution du contrat de bonne foi est l'un des principes élémentaires dans toutes les conventions civiles ou administratives [1120]. Les parties

---

[1116] Les parties contractantes envisagent souvent l'adoption d'une clause générale dite de *hardship* autorisant l'ouverture de nouvelles négociations en cas de circonstances exceptionnelles et imprévisibles pouvant affecter l'équilibre financier.

[1117] Il faut préciser que la théorie de l'imprévision entraîne le versement d'une indemnité, non sur la base des gains manquants, mais sur les pertes subies.

[1118] Sur les risques liés à la réalisation des grands projets de financement, voir notamment le Guide de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielle, Nations Unies, 1988, document n° A/CN.471/Add.2, décembre 1999.
https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/construction/lgconstr-f.pdf (consulté le 20 septembre 2016).

[1119] Coran, *sūrate* 4, verset 29.

[1120] L'article 1134 du Code civil français affirme que *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».*

exécutent tous les termes et dispositions d'un contrat conformément à ce qui a été convenu et agissent sans léser les droits du partenaire. Autrement dit, chaque contractant doit prendre en compte, non seulement son intérêt propre, mais aussi et surtout les intérêts du contrat et ceux de la partie adverse. Ce qui implique la bonne foi et la loyauté dans l'exécution de l'accord [1121].

La bonne foi exige aussi qu'un contractant assume en toute honnetêté les risques relatifs à des événements dépendant de lui. Il doit en outre accepter d'engager sa responsabilité pour les perturbations causées par ses propres actes et faits. Dans ce cadre, précise Dina Abdel Moneim, *« les personnes de bonne foi ayant participé à une convention usuraire, en ignorant des commissions versées, doivent échapper à la répression. L'élément moral sera bien souvent déduit des circonstances de fait »* [1122].

En principe, la banque comme le client sont soumis à des obligations générales, dont notamment celle de bonne foi. Le manquement à cette règle de la part du banquier peut constituer une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de ses clients ou des tiers [1123].

Le client aussi est soumi aux principes de transparence et de bonne foi dans son rapport avec la banque. Ainsi, s'il omet sciemment de signaler à son banquier tous les prêts souscrits par lui auprès d'autres organismes finaciers, il s'agit d'une tromperie et la banque, n'étant pas en mesure d'apprécier exactement sa situation, ne peut être sanctionnée pour manque de conseil de sa part [1124].

Il est à préciser que si le contractant exécute ses engagements contractuels avec bonne foi, il ne pourra lui être imputé une quelconque responsabilité, même si les objectifs du contrat ne sont pas atteints.

[1121] L'obligation de bonne foi repose sur la sincérité des parties et sur leur volonté de coopérer pour le succès du projet, objet du contrat. Voir François GUÉRANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op. cit.,* p. 11.

[1122] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique, op. cit.,* p. 265.

[1123] François BOUCARD, « Les nouvelles obligations du banquier », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, dossier 4, janvier 2011, §§. 2 et 3.

[1124] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique, op. cit.,* p. 300.

Enfin, un contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi. Elles doivent l'exécuter de bonne foi, dans le sens qu'elles ont convenu de lui donner. Elles ne peuvent par conséquent le révoquer ou le modifier que de leur commun accord ou pour les causes que la législation autorise.

Cette constatation a incité un grand nombre d'établissements bancaires à insérer la notion de conflits d'intérêts dans leurs codes de déontologie, dans le but de contenir la défiance qu'elle suscite. Ces codes de conduite impliquent généralement une attitude impartiale et de bonne foi, condamnent toute pratique déloyale, telles les fraudes, les manipulations de cours, les fraudes, la diffusion d'information confidentielle, souvent de nature à constituer un délit d'initié. C'est dire finalement qu'*« on prescrit aux professionnels un devoir de loyauté qui sied à la bonne réputation de l'établissement, en l'assortissant d'une obligation de prudence et de diligence »* [1125].

Finalement, la bonne foi signifie que les parties sont appelées à exécuter toutes les obligations du contrat sans subterfuge ni artifice qui seraient contraire à la lettre et à l'esprit de l'accord.

À côté de ces principes communs au contrat, il existe des conditions qui sont spécifiques au contrat islamique.

2. Les exigences spécifiques au contrat islamique

Ces exigences tournent autour de deux grands principes, celui de l'équivalence auquel s'ajoute le principe de simultanéité dans l'accomplissement des prestations.

a) Le principe d'équivalence des prestations

Le principe de l'équivalence constitue le fondement sur lequel repose la notion de contrat en droit musulman [1126]. Il se retrouve dans la plupart des accords et constitue une condition préalable à sa validité.

[1125] Sabrina SUSEC, *Le secteur bancaire et financier français face à la corruption : un système d'intégrité en construction*, thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2015, p. 151.

[1126] Dahman BEN ABDERRAHMANE, « Le droit musulman Fondement d'une Finance Alternative reposant sur l'économie réelle et le partage du risque », in Gérard BRAYER, *La finance islamique : l'autre Finance*, *op. cit.,* p. 72.

Nous avons démontré qu'étant à la fois religion et système juridique, l'Islam pose des interdits et des recommandations que le musulman est tenu de respecter. L'un de ces principes est notamment celui d'équivalence qui tire sa légitimité du verset coranique : *« Dieu vous recommande, en vérité de rendre aux gens leurs dépôts et quand vous jugez entre gens, de juger avec équité. C'est une belle action que celle que Dieu vous recommande. Il entend et voit tout* » [1127].

En toute logique, le principe de l'équivalence des prestations vient renforcer la prohibition du *ribā*, favorisant le paiement d'un surplus sans contrepartie, calqué uniquement sur l'écoulement du temps. Or, le temps appartient à Dieu [1128] : *« Nous avons fait de la nuit et du jour deux signes, et Nous avons effacé le signe de la nuit, tandis que Nous avons rendu visible le signe du jour, pour que vous recherchiez des grâces de votre Seigneur, et que vous sachiez le nombre des années et le calcul du temps. Et Nous avons expliqué toute chose d'une manière détaillée »* [1129].

Il est clair que la pratique du *ribā* implique toujours une transaction qui suppose une contrepartie où l'équivalence des prestations est ignorée ; ce qui conduit à la rupture de l'équilibre des obligations réciproques des parties mettant ainsi en cause l'économie générale du contrat.

Le principe d'équivalence est rappelé dans un *ḥadīth* du Prophète recommandant : *« Or contre or, argent contre argent, blé contre blé, orge contre orge, datte contre datte, sel contre sel, en même quantité de même qualité et de la main à la main ; s'il y a surplus, c'est de l'usure »* [1130].

Même lorsque dans une opération de crédit, le contrat précise que la charge d'intérêt sera définie par référence à un certain taux, connu d'avance par les parties et fixé ultérieurement à la date de remboursement, cet intérêt, énoncé *ex-post*, est illicite

---

[1127] Coran, *sūrate* 4, verset 58.

[1128] Mballo THIAM, « Le temps dans le dénouement des opérations bancaires : l'exemple des banques islamiques *», Annuaire Droit et Religions*, D'Aix-Marseille, t. 2, vol. 6, p. 560.

[1129] Coran, *sūrate* 17, verset 12.

[1130] Rapporté par Al-Būkhari, cité par Mahmoud EL GAMAL, *Finance islamique : Aspects légaux, économiques et pratiques*, trad. J. Haverals, Bruxelles, éd. De Boeck, 2010, p. 80.

en droit musulman. En effet, le report de sa fixation *in fine* ne le rend pas pour autant licite, en raison notamment de l'absence d'équivalence entre le surplus perçu par le prêteur et le coût supporté par l'emprunteur [1131].

Lorsque les parties s'engagent contractuellement en ayant une connaissance des éléments du contrat, elles courent toujours le risque lié à tout contrat en termes de perte. Ce risque implique l'application du principe de prohibition du *gharār* et du *maīsir* en droit islamique qui écartent le hasard, tout événement imprévisible et toute spéculation. Conformément à cet esprit, *« l'indétermination, voire l'ignorance (djahl), dont pourrait pâtir l'un des cocontractants justifie à ce titre la nullité du contrat »* [1132].

Le principe d'équivalence apparaît aussi au niveau des réparations des dommages qui doivent correspondre au préjudice subi [1133].

Finalement, le principe d'équivalence opère comme un élément moral visant à assurer aux parties contractantes sécurité et protection [1134], considérées comme une préoccupation majeure par le droit musulman. Toutefois, cet objectif préconisé par la *sharī'a* demeure assez hypothétique. Dans la pratique, les institutions bancaires islamiques dérogent souvent aux règles religieuses, ce qui fait dire à certains auteurs que dans la majorité des cas *« il est facile de voir la difficulté de conclure à l'équivalence »* [1135], à *« un jeu à somme nulle »*, où *« chacun gagne exactement ce que l'autre perd et vice-versa »* [1136].

[1131] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique, op. cit.,* p. 234.

[1132] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 32.

[1133] En droit français le principe de stricte équivalence entre le montant des dommages-intérêts et la réparation du préjudice, est décrit clairement par les articles 1382 et 1149 du Code civil prévoyant respectivement que : *«Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »* et que *« Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après »*.

[1134] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, op. cit.,* p. 72 ; Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires, op. cit.* p. 89.

[1135] Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique*, *op. cit.,* pp. 258.

[1136] *Ibid*., p. 253. Dans un jeu à somme nulle, *« acune ressource additionnelle n'est créée et les pertes de l'un des acteurs constituent les profits de l'autre et vice-vesa »*, François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit*., p. 47.

On peut cependant attribuer à ces principes le mérite d'exister. L'idée s'applique aussi à la règle de simultanéité dans les échanges.

b) Le principe de simultanéité

Ce principe exige que la livraison du bien, objet de la transaction, se fasse en même temps que le paiement du prix de vente [1137], *« ce qui constitue la vente parfaite ou au comptant »* [1138]. Cette exigence, qui constitue l'un des fondements de la finance islamique, est censée contribuer à un traitement équitable de tous les contractants. À ce titre, on estime que, pour éviter tout risque d'intérêt (*ribā*) lors des transactions de ventes ou d'échanges de biens, il faut que ces deux opérations soient simultanées et égales. Cette règle peut se prévaloir des paroles du Prophète qui a recommandé : *« (…) Si les choses échangées sont de nature différente, vendez comme il vous plaira, mais de la main à la main »* [1139], c'est-à-dire immédiatement. Sur ce plan, l'école *malékite*, adoptant une interprétation stricte du Coran et des *ḥadīths*, se montre rigoureuse dans l'application de la règle de la simultanéité. Il en est de même de l'école *ḥānbalite*.

La simultanéité dans les transactions est recommandée afin d'échapper au risque de l'écoulement du temps créant en lui-même une richesse entachée du *ribā*. Aussi toute opération qui ne répond pas à cette condition est-elle prohibée. Autrement dit, le principe de simultanéité constitue une des conditions de validité de toutes transactions. Dès lors, dans un contrat de vente *mūrabaḥa*, par exemple, il doit être expressément stipulé que le transfert de propriété du bien par un jeu d'échanges de titres et la rémunération doivent s'effectuer *« simultanément pour limiter tout risque d'évolution du prix »* [1140].

[1137] Amina YAGI, *Le droit musulman, op.cit*., p. 155.

[1138] Mballo THIAM, *De la relegion à la banque, op. cit.,* p. 338 .

[1139] *Ḥadīth* rapporté par al-Būkhari, cité par Saïdane DHAFER, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation, op. cit*., p. 19 ; voir dans le même sens, Malika KETTANI, *Une banque originale : la banque islamique*, Dar al-Kotoub al-ilmiyya, 2005, pp. 72-73.

[1140] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 120.

En vérité, les opinions sont nuancées concernant le respect de la simultanéité. Ainsi, si l'école *ḥānbalite* se montre intransigeante, les *chaféites* limitent cette règle à l'échange des produits alimentaires et à l'argent.

Du reste, pratiquer le paiement et la livraison de manière immédiate et simultanée relève d'un modèle idéal de transaction. C'est pourquoi la doctrine contemporaine accepte des dérogations : c'est le cas avec les contrats *salām* et l'*istisnā'* ou le principe de simultanéité n'est pas respecté [1141]. Les deux types de contrat permettent en effet de *« s'affranchir de l'obligation de livrer ou de régler »* au moment de l'exécution du contrat [1142]. Ils sont validés par le droit musulman [1143], à condition que l'écoulement de temps ne soit pas comptabilisé dans le prix sous forme d'intérêt.

De même, le principe de simultanéité est remis en cause par l'ingénierie financière inventant de nouveaux types de produits comme les *ṣūkūk* (titres obligataires). Il est pourtant validé sous condition que la transaction repose sur un bien réel.

Toutes ces dérogations ont été autorisées par le droit islamique pour répondre surtout à des finalités économiques [1144], s'éloignant ainsi de l'esprit de la *sharī'a.*

Reste à dire que, dans l'absolu, le principe de simultanéité comme celui de l'équivalence sont là pour contribuer à un traitement équitable des contractants. Toutes les conditions ou clauses visant à priver l'une ou l'autre partie d'un avantage dans l'exercice de son droit d'action seraient alors interdites.

De ce qui précède, on peut suggérer que la valeur du contrat en droit musulman résulte d'un ensemble de conditions, certaines sont communes à la notion de contrat, d'autres spécifiques aux conventions islamiques.

[1141] Muhammad Taqi USMANI, *An introduction to Islamic finance,* Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 130.

[1142] François GUÉRANGER, *Finance islamique*, *op. cit.,* p. 165.

[1143] Voir Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit*., p. 67 ; Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises, *op. cit.,* p. 8 ; Nawel BENLEKHAL, *La gouvernance de la banque islamique*, Mémoire, Économie et management, Université d'Oran, 2014, pp. 44-47 ; Kouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques, op. cit*., p. 47.

[1144] Malek ABOU HAMDAN, évoquant le contrat *salām*, précise que ce dernier a été permis par le *fīḳh* afin de *« pourvoir le vendeur avec de la liquidité au comptant, ou plus généralement d' avancer" de l'argent à ce dernier », Les produits dérivés, risques de marché et « gharār », op. cit.,* p. 301.

Nous avons aussi relevé que la force du contrat résulte de l'intention réelle des parties contractantes, telle que définie par la *sharī'a*. À cela, il faut ajouter que le contrat *« ne lie que les parties et ce pendant une durée prédéterminée »* [1145]. Encore convient-il de préciser à quoi le contrat oblige, ce qui implique nécessairement une analyse des droits et obligations des contractants, plus particulièrement ceux assumés par les banques islamiques.

Section 2. Les droits et obligations des banques islamiques

La banque islamique, comme la banque conventionnelle, reçoit des dépôts [1146] et mène différentes activités financières, parmi lesquelles figure notamment son rôle de gestionnaire d'investissement. Dans cette optique, elle recueille des fonds et les investissent au nom de son client. En principe, la banque islamique partage les gains et les pertes avec ses déposants au prorata de leur contribution financière. Par ce trait, elle se différencie de la banque classique [1147].

Dans une opération d'investissement, la banque islamique, en tant que titulaire d'un savoir-faire, peut s'occuper de la gestion et d'une *« meilleure allocation des fonds collectés en les mettant à la disposition d'autres investisseurs »* [1148]. Mais elle peut aussi se limiter au rôle de mandataire et, à ce titre, elle se charge d'investir elle-même l'argent de son client (le mandant), en échange d'une rémunération [1149]. Mais, dans un cas comme dans l'autre, la banque dispose de droits plus ou moins étendus, en fonction de la nature du contrat (§. 1) et, en contrepartie, elle doit répondre à certaines obligations assez rigoureuses (§. 2).

[1145] Laurent RICHER et François LICHÈRE, *Droit des contrats administratif*, Paris, LGDJ, 2014, p. 233.

[1146] En droit islamique, les dépôts bancaires se répartissent principalement en deux catégories : les dépôts bancaires à vue (compte courant, compte d'épargne), *« mobilisable sur demande du déposant »*, et les dépôts à terme (dépôt d'investissement, destiné à faire fructifier l'argent du déposant). Voir Jean-Baptiste DESQUILBET et Fédi KALAI, « La banque conventionelle et la banque islamique avec fonds propres : contrat de dépôt et partage du risque de liquidité », op. cit., p. 2.

[1147] Geneviève CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, op. cit*., pp. 20-21.

[1148] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés…, op. cit*., pp. 116-117.

[1149] Voir notamment Anas ELMELKI, « Le Principe de Partage des Profits ou des Pertes dans Le cadre ces banques islamiques : Illustration modélisée des contrats de financement participatifs *Mūḍaraba* et », *Global Journal of Management and Business Research*, vol. 11, 2011, p. 4.

§ 1. L'étendue des droits des banques islamiques

Peu importe le type de financement en cause, la banque islamique, avec quelques nuances, partage certains droits avec la banque conventionnelle, tels que le droit à des garanties (A) ou le droit de disposer de sanctions pécuniaires à l'égard de son client défaillant (B).

A. Le droit à des garanties

En général, lorsque la banque procède à des investissements, elle s'intéresse plus particulièrement aux flux de trésorerie (*cash flow*) générés par le projet financé [1150]. Mais il est assez courant en pratique que la banque islamique comme la banque conventionnelle, s'entoure d'un certain nombre de garanties, notamment lorsqu'il s'agit de l'octroi de crédits (*ḳarḍ*). Reste à préciser qu'en finance islamique, la banque ne peut pas toujours imposer à son client de fournir des sûretés.

Commençons par énumérer les types de garanties couramment utilisés par les banques, avant d'examiner leur caractère apparemment limité en ce qui concerne les banques islamiques.

1. Les différents types de garanties

Lorsqu'il s'agit d'accorder des crédits à son client, généralement, la banque demande au bénéficiaire de fournir des garanties [1151] qui peuvent se présenter sous forme d'hypothèques et de nantissement et que l'on appelle communément « sûretés réelles ». D'autres garanties peuvent être envisagées comme la caution ou la lettre de confort ; il s'agit alors de « sûretés personnelles ».

[1150] La capacité du projet à générer des revenus suffisants est une condition essentielle pour la banque prêteuse, car elle lui permet d'assurer « *le service de la dette, la couverture des coûts opératoires et la juste rémunération du capital »,* Marcel SARMET, « Les financements internationaux de projet en Europe », *Revue Banque*, n° 392, février 1980, p. 183. De là, résulte d'ailleurs l'importance de la banque d'évaluer le facteur risque, lié au contrat. Plus celui-ci est élevé, plus la banque exigerait des garanties supplémentaires.

[1151] Pascal GRANGEREAU, Mehdi HAROUN, « Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque et Droit*, n° 97, septembre-octobre 2004, p. 60. Texte en ligne : http://www.adelinotorres.info/islam/financements-projets-financements-islamiques.pdf (consulté le 3 octobre 2016).

a) Le recours à des sûretés réelles : hypothèque et nantissement

Pour se protéger, les banques peuvent obtenir une hypothèque sur les immeubles du client. Cette mesure est définie comme étant une sûreté réelle, c'est-à-dire un droit réel accessoire attribué au créancier sur un bien immeuble en garantie du paiement d'une dette sans que le propriétaire du bien en soit dépossédé.

Cette garantie présente quelques avantages. Ainsi, en cas d'hypothèque portant sur des biens immeubles, les banques prêteuses, en tant que créanciers hypothécaires, seront, en cas de vente du bien grevé de l'hypothèque, bénéficiaires d'un droit de remboursement préférentiel sur le prix de la chose vendue. Cette procédure interdit donc aux autres créanciers (chirographaires) du client emprunteur de faire inscrire en premier rang une hypothèque judiciaire [1152]. Ce droit de préférence peut trouver ses limites dans la présence d'autres créanciers concurrents bénéficiant des sûretés réelles de même nature. Dans ce cas, l'intégration dans le contrat de la clause *pari passu* [1153] et les sûretés négatives [1154] pourraient jouer un rôle primordial dans la protection des banques contre toute concurrence.

Parmi les privilèges figurant dans la procédure de l'hypothèque, figure également le droit de suite permettant aux banques prêteuses de saisir les biens hypothéqués en quelque main qu'ils se trouvent, même entre les mains d'un tiers acquéreur [1155].

Enfin, il convient de noter qu'il existe une règle générale de droit, selon laquelle l'hypothèque est indivisible : celle-ci *« subsiste en entier sur tous les immeubles*

[1152] Voir Yves DUMON, « Liquidateur et curateurs en présence des sûretés », in *Les sûretés* (colloque de Bruxelles, 1983), éd. FEDUCI, 1984, p. 525.

[1153] Appelée également clause de traitement égal, la clause *pari passu* permet, notamment lors de liquidation d'un bien, de faire bénéficier ses créanciers de paiements identiques, proportionnels à leurs créances (on parle aussi de créances ayant le même degré de séniorité).

[1154] On entend par sûreté négative l'obligation du client débiteur de n'accorder des garanties et des assurances sur ses actifs à ses créanciers qu'après avoir fourni les mêmes avantages aux banques prêteuses. Cette condition porte sur des actions à venir et ne produit ses effets qu'à l'égard des garanties réelles.

[1155] Voir Dominique LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 238-239 ; Mohsen ABDEL HAMID, *Les sûretés personnelles et en nature*, Mansoura, éd. Bibliothèque al Jalaa Al jadida, 1998, p. 191.

affectés, sur chacun et sur chaque partie de ces immeubles » [1156]. Dès lors, les créanciers ont la possibilité de saisir indifféremment l'un d'entre eux pour le paiement de leur créances.

Les mêmes avantages se présentent dans le cas du nantissement (appelé aussi parfois gage). Par ce terme, il faut entendre une sûreté réelle mobilière portant sur un bien incorporel (marchandise par exemple).

En droit français, le nantissement est défini comme un accord par lequel un débiteur remet un bien meuble incorporel à son créancier en garantie de sa dette [1157]. Il ne nécessite pas la dépossession ; en l'occurrence, le client débiteur continue d'utiliser le bien nanti. Ce droit ne peut cependant s'exercer que si un certain nombre de conditions sont réunies : le nantissement doit être constaté dans le contrat de prêt sous peine de nullité et sa constitution doit faire l'objet d'une publicité qui informe les tiers de la présence d'un nantissement sur le bien en cause. Ce droit ne peut cependant s'exercer que si certaines conditions sont réunies : le nantissement doit être constaté dans le contrat de prêt sous peine de nullité et sa constitution doit faire l'objet d'une publicité qui informe les tiers de la présence d'un nantissement sur le bien en cause.

Les banques prêteuses vont chercher à renforcer les sûretés réelles en faisant appel à des sûretés personnelles

b) Des sûretés personnelles : cautionnement et lettre de garantie

Ces sûretés sont fondées sur le renforcement et l'accroissement du droit du gage général [1158]. Il s'agit principalement du cautionnement et de la lettre de de garantie :

[1156] Article 2393 du Code civil français.

[1157] Aux termes de l'article 2355 du Code civil, *« Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs »*.

[1158] Mohsen ABDEL HAMID, *Les sûretés personnelles et en nature*, *op. cit*., p. 191. Sur cette question, voir Alexandre Roger NAJJAR, *Les nouvelles sûretés personnelles : (Valeur et place des lettres d'intention et des garanties à première demande en droit interne)*, Mémoire, Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1991.

- La permière sûreté fait intervenir une tierce personne (garant) qui s'engage auprès du créancier (les prêteurs) à payer la dette du débiteur (le client) en cas de défaillance de ce dernier [1159].

Le cautionnement implique donc trois parties ; elle peut être définie comme étant *« un engagement par lequel une personne dite « caution » doit se porter garante du paiement de la dette d'une autre personne « débiteur principal ». Cette dette peut être à vu ou à terme, et ledit engagement ne signifie pas, toutefois, un désengagement total du « débiteur principal » »* [1160].

Utilisé pour garantir des crédits bancaires de tout type [1161], le système de caution évite les risques d'insolvabilité du client emprunteur et vient renforcer la garantie générale pour les banques prêteuses. On comprend qu'il soit *« devenu l'une des activités bancaires les plus importantes, voire un outil financier utilisé parfois comme garantie unique et autrefois comme complément d'une garantie réelle donnée par le débiteur »* [1162].

L'importance du cautionnement comme garantie personnelle fait qu'il doit être constaté par écrit précisant tous les aspects essentiels de l'engagement, en particulier, le sujet de la garantie, sa durée, le débiteur, le garant, la portée et les limites de l'engagement.

- La lettre de garantie, désignée parfois de lettre de confort ou de parrainage, comporte l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. Dans ce sens, elle opère comme une garantie indemnitaire par laquelle un garant (le confortant) s'engage envers un créancier (le conforté) à favoriser l'exécution des obligations monétaires de son débiteur et en cas de défaillance de celui-ci à en compenser le

---

[1159] Le droit français considère que **«** *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* **»** (art. 2288, Code civil).

[1160] Ali Ahmed AL-SALUS, *Encyclopédie liées à la jurisprudence contemporaine et à l'économie islamique*, *Mu'ssasat al-Ryyan*, 2005, p. 641.

[1161] Voir Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, *Droit bancaire*, Paris, LGDJ, 2015.

[1162] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés prévus au code civil du Québec et la finance islamique*, *op. cit*., p. 98.

préjudice. Il s'agit donc d'un moyen visant à renforcer la confiance des bailleurs de fonds à l'égard de l'emprunteur.

On reconnaît à ces mécanismes de sûretés presonnelles d'être souples, c'est-à-dire ne nécessitant ni publicité ni enregistrement. Ils sont censés aussi protéger les banques de l'insolvabilité du client puisqu'il y a accroissement du droit de gage général dont bénéficient déjà les prêteurs vis-à-vis du bénéficiaire de financement.

Dans les banques islamiques, progressivement, l'exigence de sûreté a été autorisée comme une exception aux règles générales, mais elle connaît des limites.

2. La pratique des sûretés dans le cadre des banques islamiques

Pour se prémunir contre le risque de défaillance de l'acquereur des fonds, la banque islamique dispose de garanties multiples [1163], parmi lesquelles on peut citer l'hypothèque et le cautionnement.

a) Le recours à l'hypothèque (*rāhn*)

C'est un contrat nommé, présent dans les recueils de la jurisprudence islamique sous le nom de *rāhn*, qui signifie rétention.

Du point de vue juridique, il s'agit d'un droit reconnu au créancier sur un bien en garantie d'une dette (*dāyn*), celle-ci étant rgélée à partir de ce bien en cas d'insolvabilité du débiteur. Ce mode offre au créancier l'assurance de garder ses droits si la parsonne redevable est dans l'incapacité de rembourse le prêt [1164]. D'après la doctrine islamique, le cautionnement est autorisé, mais sous certaines conditions :

- Le bien hypothéqué doit désigner une chose licite (*ḥalal*) à la vente ;

- Il doit être connu, déterminé et existant au moment de la conclusion du contrat ;

- Le débiteur doit avoir la capacité légale d'engager une hypothèque ;

- Il doit réellement posséder l'actif mis en hypothèque ou en détenir l'exclusivité ;

[1163] Banque islamique de développement : *Introduction aux techniques islamiques de financement*, *op. cit.,* pp. 106 et s.

[1164] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés…, op. cit*., p. 71

- L'objet pour lequel on utilise l'hypothèque doit être une dette ;

- Le bien hypothéqué ne peut être restitué tant que la dette n'a pas été payée dans sa totalité ;

- Au cas où le débiteur n'arrive pas à rembourser à échéance, le bien hypothéqué est vendu au prix du marché et la valeur de la dette est récupérée à partir de cette vente ;

- Il est interdit au créancier de poser comme condition l'utislisation de la chose hypothéquée gratuitement jusqu'à ce que le débiteur s'acquittte de son obligation, car le gain éventuel réalisé relèverait alors du *ribā*. Le débiteur, lui, peut disposer du bien qu'il a mis en hypothèque, mais il ne peut le vendre ou d'en faire don, tant qu'il n'a pas honoré sa dette.

Relevons ici qu'en cas de prêt sur gage, la banque conventionnelle ajoute un intérêt accolé à la dette, et l'hypothèque est utilisée en cas de défaillance du débiteur. Or, la banque islamique n'applique aucun taux d'intérêt ; elle se contente de sécuriser son financement par la rétention des biens mis en hypothèque, qu'elle conserve tout au long du contrat jusqu'au remboursement total par le débiteur de sa dette [1165].

En plus, ou indépendamment de l'hypothèque, la banque peut exiger de son client comme garantie le cautionnement.

b) L'utilisation du cautionnement (*ḍamān*)

Bien que le cautionnement soit un contrat connu par la *sharī'a* [1166] , les banques islamiques ne l'ont pratiqué que tardivement afin de répondre aux nouveaux besoins de leurs clients et d'être en mesure de rivaliser avec les banques classiques dans ce mode de sûreté.

[1165] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 320 ; Jean-Marc MOULIN, « Principes et moyens de la finance islamique », *Journal des sociétés*, Dossier : La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 15.

[1166] Ibn Qudama AL-MAQDISI, *Al-mughnî, op. cit.,* chapitre sur le cautionnement, pp. 344 et s.

En général, la banque islamique doit compter sur sa propre capacité à contrôler l'usage par le débiteur du crédit ainsi que l'objet financé [1167]. C'est dire qu'elle dépend uniquement de la fiabilité de son débiteur pour faire face aux risques importants éventuellement subis. Cela ne l'empêche pas d'exiger de son débiteur de fournir une caution par une tierce personne (gagiste) [1168]. Bien que ce mode de sûreté soit rarement utilisé par la banque, il constitue néanmoins une garantie. Notons que le tiers pouvant fournir une caution, le fait à titre gratuit sous la forme d'un acte bénévole [1169]. Cette technique de sûreté est en effet considérée comme un « contrat de charité », donc sans contrepartie. Il porte le nom de *ḍamān*, c'est-à-dire « engagement de garantir une dette ». Il se nomme aussi *kafalā*, c'est-à-dire « prise en charge » [1170]. Ce mode de sûreté fondé sur la caution, reconnu par l'Islam [1171], peut être rapproché de celui pratiqué par la banque classique, à l'exception de certaines conditions imposées par la *sharī'a* :

- La dette objet de cautionnement doit être valide d'un point de vue de la loi islamique. Ainsi, *« il est interdit de cautionner un acte de transgression de l'Islam »* [1172].

- Le cautionnement ne peut être qu'à titre gratuit, car s'il est assorti d'une contrepartie, nous serions en présence d'un prêt avec intérêt, or, cela relève du *ribā*, interdit par le droit musulman ;

[1167] Voir Walid HEGA Y, « Islamic liability (*ḍamān*) as practiced by Islamic financial institutions », Wisconsin *International Law Journal*, vol. 25, n° 4, 2008, pp. 814-815.

[1168] Il existe aussi un cautionnement par l'argent, qui consiste, pour une tierce personne, de payer la dette du débiteur, de livrer une marchandise au créancier ou encore de supporter le risque lié au bien vendu (par exemple, la découverte que la chose, objet de vente, est hypothéquée).

[1169] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 320.

[1170] Voir Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés*, *op. cit.*, p. 103.

[1171] On peut lire dans le Coran : *« Nous cherchons la grande coupe du roi. La charge d'un chameau à qui l'apportera et j'en suis garant »* (*sūrate* 12, verset 72). L'argumentation de la *Sūnnā* se réfère aux paroles du Prophète affirmant que *« Le fidéjusseur est garant »* (*ḥadīth* rapporté par Ibn Majjā dans « Le livre d'aumône », chapitre *kafalā*). Reproduit par Mohamed Fouad ABDELBAQI, éd. Dar Ihya' al-Kutub al-Arabia, Le Caire, 1952.

[1172] Ce principe est rappelé par le Prophère : « Pas de caution en cas de transgression », *ḥadīth* cité par Omar EL-KETTANI, « Al-Wakala (Le mandat) et le cautionnement (Le Dhamane) », in Boualem BENDJILALI (dir.), *Les Sciences de la Chari'a pour les Économistes*, *op. cit.,* p. 247.

- Le créancier ne peut demander à la caution (collatéral) de rembourser la dette que si le débiteur est dans l'impossibilité de payer [1173].

- Il est interdit *« de nantir une créance future ou d'octroyer une quelconque sûreté sur un bien n'existant pas au moment de la constitution de la garantie »* [1174].

Il convient à ce stade d'apporter quelques précisions :

Tout d'abord, il est certain que le cautionnement sert à diminuer le risque de l'investisseur (la banque), mais il ne peut naître qu'à la suite du consentement du débiteur. Ensuite, il se dégage de ce mode de garantie l'adjonction de la personnalité juridique du garant à celle du débiteur, et cette association ne concerne que l'exigence du paiement, à l'exclusion de la dette elle-même qui reste telle quelle à la charge du débiteur [1175]. Autrement dit, le garant ne partage pas la dette du débiteur. Il s'engage uniquement à ce que celui-ci s'acquitte de ses obligations. *« Il n'est obligé de s'exécuter que si le créancier l'exige, tandis que le débiteur est obligé de payer ses dettes »*. Enfin, lorsque le débiteur rembourse sa dette, *« le garant est de plein droit libéré de toutes ses obligations »* [1176].

Pour terminer sur ce point, il convient de noter que la perception de sûretés a conduit à diverses positions doctrinales : certains l'ont condamnée et d'autres l'ont permise à condition qu'elle soit utilisée dans le but d'atténuer le préjudice causé par la défaillance du client débiteur. Autrement dit, *« l'obtention de garantie ne doit pas servir à assurer à la banque un rendement sur le principal du capital ou même un minimum de profit sur l'investissement »* [1177].

[1173] Cette position est défendue par l'école malékite, contairement aux *ḥānafites* qui estiment que le cautionnement permet à la dette de passer sous la responsabilité du garant. A ce titre, le créancier n'a plus aucun droit sur le débiteur. Omar EL-KETTANI, « Al-Wakala (Le mandat) et le cautionnement (Le Dhamane) », *op. cit.,* p. 248.

[1174] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 320.

[1175] Baber JOHANSEN, « Le contrat salām. Droit et formation du capital dans l'Empire Abbasside (XI^{e}-XII^{e} siècle », *op. cit.,* p. 877.

[1176] *Ibid*. p. 878.

[1177] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 290.

La même controverse se dégage de la possibilité des banques à imposer ou non des sanctions pécuniaires à leur client, en cas de retard de remboursement de sa dette. Mais avant d'aborder ce point qui soulève un certain nombre de questions, il convient de rappeler le droit de la banque à récupérer la totalité de la dette concédée au client.

B. Le droit de la banque au remboursement de la dette

Dans le cadre d'un financement conventionnel, le remboursement du prêt est majoré par la présence d'intérêts pouvant être prélevés lorsque l'emprunteur tarde à payer ses échéances selon les délais convenus [1178].

Par ailleurs, outre le taux d'intérêt défini au moment du prêt (taux d'intérêt nominal), en matière de prêt à la consommation, l'emprunteur doit aussi rembourser le taux annuel effectif global (TAEG) qui représente le coût total du crédit. Ces deux types d'intérêts sont inscrits dans le contrat. À ce niveau, se pose la question de savoir si un contrat de financement islamique peut être vu comme une opération de crédit au sens classique du terme supposant un aspect onéreux de l'opération [1179]. Sur ce point, il importe d'apporter un certain nombre d'explications :

Tout d'abord, comme en droit français, le prêt est un contrat qui doit être écrit [1180] pour éviter les contentieux au sujet de son remboursement. Cette condition est fondée sur une injonction coranique : *« Ô vous qui croyez ! Lorsque vous convenez d'une transaction comportant une dette à terme fixé, mettez-le par écrit... »* [1181].

[1178] Centre du Commerce International, *Le système bancaire islamique : guide à l'intention des petites et moyennes entreprises*, *op. cit.,* p. 58.

[1179] Aux termes de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, *« Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ».*

[1180] Voir Younes MOHAMED KABIR, « Le contrat en législation islamique, ses fondements et ses conditions » in *Sciences de la Sharī'a pour les Économistes, op. cit*., p. 182.

[1181] Coran, *sūrate* 2, verset 282. On peut lire aussi dans le même verset la nécessité éventuelle de témoins : *« Faites appel, dans ce cas, à deux témoins parmi les hommes, ou, à défaut, à un homme et deux femmes dont le témoignage vous paraît acceptable ».*

Ensuite, dans le cas d'un financement islamique, le prêt peut être accordé à titre gratuit ; il s'agit de *ḳarḍ al-ḥassān* [1182], qui signifie un « prêt de bienveillance » que l'on identifie comme un « prêt à Dieu » [1183], donnant lieu à une récompense dans l'au-delà, car dit le Coran : *« Quiconque avance un prêt gracieux pour Sa cause, Allah le lui rendra en de nombreux multiples... »* [1184], ou encore : *« Si vous avancez un prêt charitable à Allah, Il vous le payera au multiple et vous accordera Sa grâce car Allah est Reconnaissant et Indulgent »* [1185].

Ce type de contrat vise principalement à aider une personne qui rencontre des difficultés financières et aucun profit ne doit en être tiré par le créancier. Il est rarement pratiqué par la banque islamique. En fait, dans les contrats conclus avec ses clients, le droit de la banque au remboursement de la dette, accompagné d'un surplus est une mesure différemment perçue, selon la nature de la transaction en cause : dans les contrats à titre participatif (*mūsharaka*), le client partage les profits avec la banque, il ne s'agit donc pas d'une obligation de remboursement proprement dite ; alors que dans les montages non-participatifs (*mūḍaraba*, *mūrabaḥa*…), envisagés comme une opération d'ordre commercial et qualifiés de *« financement islamique par dette »*, le client rembourse la banque par tranches, avec une marge bénéficiaire convenue à l'avance. *« Cette marge ne doit pas être assimilée à un taux d'intérêt »*, considéré comme incompatible avec le principe de l'interdiction de *ribā* en droit musulman. Il s'agit en fait d'opérations commerciales adossées à un actif réel et la banque se rémunère sur la base de la performance de l'actif en question et non en fonction de l'écoulement du temps. La différence avec le financement classique par crédit est ici assez nette : dans ce cas, *« la transaction porte sur un objet monétaire permettant de générer de l'argent avec l'argent, sous forme d'intérêt déterminé selon l'échéance de remboursement et le montant de l'emprunt »* [1186].

[1182] Pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, pp. 408-414

[1183] Abelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés, op. cit*., p. 48

[1184] Coran, *sūrate* 2, verset 245.

[1185] *Ibid*., verset 17.

[1186] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique …, op. cit.,* p. 314.

À ce stade, il importe de rappeler que dans la finance conventionnelle, le facteur temps se répercute sur le prix, alors que dans le cadre d'un financement islamique, il ne fait pas l'objet d'une *« rémunération séparée »* [1187]. À titre d'illustration, en cas de *mūrabaḥa*, quel que soit le temps écoulé de remboursement de la dette, la marge bénéficiaire est fixée au préalable et ne varie point. C'est aussi le cas des contrats d'*ijarā* (location-bail) et de l'*istisnā'*, impliquant des paiements échelonnés dans le temps, sans variation du montant convenu par les parties contractantes.

C'est dire finalement que le droit musulman prohibe toute stipulation d'intérêt [1188], cela n'empêche cependant pas de considérer les frais d'évaluation des actifs, d'ajouter les frais de dossier, les dépenses réelles ainsi que les commissions de la banque, sauf que toutes ces mesures sont prévues et déterminées d'avance.

Cela étant dit, comme dans le mode de financement conventionnel, l'obligation de remboursement doit être exécutée au moment convenu dans le contrat. Du point de vue religieux, l'engagement du débiteur à s'acquitter de sa dette est largement recommandé. Il est même dit que celui qui laisse une dette après sa mort, commet un grave péché [1189]. En effet, dans un *ḥadīth*, il est précisé que *« quiconque prend l'argent des gens en voulant le rembourser, Allah le remboursera pour lui, et quiconque le prend avec l'intention de le gaspiller, Allah le gaspillera »* [1190]. Dans un autre *ḥadīth*, rapporté par al-Bū<u>kh</u>ari, on peut lire ceci : un homme interpella le Prophète en disant : *« si je meurs dans le chemin d'Allah, tous mes péchés me seront-ils pardonnés ? »* Le Messager répond : *« Oui, si tu es patient recherchant la récompense auprès d'Allah, en avançant vers l'ennemi et non en reculant, sauf les dettes car l'Ange Gabriel m'a dit cela »* [1191].

[1187] Ridha SAADALLAH, « Le financement islamique : concept et principes généraux », in *Introduction aux techniques islamiques de financement, op. cit.,* p. 19.

[1188] Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédits islamiques, op. cit.*, pp. 67, 231 et 669 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique …, op. cit.,* p. 317.

[1189] Voir Michaël MOATÉ, *La crétion d'un droit bancaire, op. cit.,* p. 38.

[1190] *Al-Ṣaḥiḥ Mūslim*, vol. 2, *ḥadīth* n° 4760.

[1191] *Al-Ṣaḥiḥ al-Bū<u>kh</u>ari*, vol. 1, *ḥadīth* n° 65.

Il existe d'autres éléments importants décrits par la doctrine islamique au sujet de la dette, comme, par exemple, la possibilité du débiteur de demander à son créancier un délai supplémentaire de paiement en cas de difficulté. Ce droit du débiteur de bénéficier d'un *« délai de grâce »* [1192] est consacré par un texte coranique : *« S'il s'agit d'un débiteur dans la gêne qu'un répit lui soit accordé jusqu'aux jours d'aisance. Et si vous lui faites aumône, meilleur sera-ce pour vous »* [1193]. Il est aussi permis au débiteur de procéder à un remboursement anticipé sans frais supplémentaires. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, la banque ne peut pas imposer d'intérêt sur l'emprunteur et toute obligation allant dans ce sens est réputée nulle [1194].

Un autre point mérite d'être souligné et qui concerne la faculté de disposer de la dette. Sur ce plan, la majorité des écoles de *fīḳh* soutient que la vente de la dette (*bay' al-dayn*) qui se traduit par une cession de la créance à un tiers, ne peut se produire, qu'à *« la même valeur et au même terme en analogie de l'institution traditionnelle en la matière, à savoir la hawala (mandat) »* [1195].

Il reste à signaler que le débiteur solvable ne doit pas retarder le paiement de sa dette, sinon il peut faire l'objet de pénalité de retard.

C. Le droit d'imposer des sanctions pécuniaires pour retard

En droit français, l'inexécution d'une obligation contractuelle, ainsi que le retard de paiement d'une dette, exigent réparation du préjudice subi par le créancier [1196]. Cette réparation peut prendre deux formes : des dommages-intérêts compensatoires (clause

---

[1192] Ce délai est généralement accordé au débiteur insolvable. Voir Moncef BENTAIBI, « Al Baî bi-takssit ou la vente à tempérament pratiquée par les banques islamiques », *op. cit.,* p. 105 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique …, op. cit.,* p. 96 ; Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédits islamiques, op. cit.*, p. 76 ; Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 75.

[1193] Coran, *sūrate* 2, verset 280.

[1194] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire, op. cit.,* p. 38 ; Moulay EIN, « Comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques », in *Introduction aux techniques islamiques de financement*, *op. cit.,* pp. 179-180. Herbert SMITH et al., *Guide de la finance islamique*, *op. cit.,* p. 2.

[1195] IBN TAYMIYA, *Epître sur le sens de l'analogie*, Beyrouth, Liban, Les éditions Al Bouraq, 1996, p. 46 ; voir aussi Mahmoud EL GAMAL, *Islamic Finance : Law, economics and practice*, *op. cit*., p. 104.

[1196] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique …, op. cit.,* p. 339.

pénale), ou des dommages-intérêts moratoires (intérêts de retard). Les premiers visent à réparer le manque à gagner dû à l'inexécution ou à la mauvaise exécution du contrat, alors que les seconds viennent compenser le retard dans l'exécution d'une obligation de remboursement par le débiteur [1197]. Ces pénalités sont généralement prévues par les législations portant sur le droit des contrats [1198].

La question ne se pose pas dans les mêmes termes en droit islamique qui règlemente très strictement l'inexécution d'une obligation portant sur une somme d'argent. L'approche adoptée est l'interdiction de toute forme de compensation déterminée *a priori* dans le contrat. En fait, deux opinions s'affrontent à ce sujet : l'une rejette toute disposition contractuelle imposant au préalable une pénalité pour paiement tardif de la dette ; l'autre se montre plus flexible en reconnaissant la validité de la perception d'une pénalité de retard, mais sous certaines conditions.

1. La prohibition de percevoir des pénalités de retard

La règle est que dans un accord de financement classique, la banque a le droit d'imposer une pénalité pécuniaire pour s'assurer de la bonne exécution du contrat. Mais en droit islamique, une telle liberté n'est pas tolérée par une partie des *fūḳahā'*, estimant que le recours à une pénalité financière en cas de retard du paiement d'une dette de somme s'apparente au *ribā.* En fait, une telle prohibition est justifiée surtout par l'idée que l'argent ne peut créer de l'argent, indépendamemnt d'un travail, de prise de risque et de l'existence d'un actif sous-jacent [1199] . Ce qui renvoie finalement à l'interdiction de la rémunération de l'écoulement du temps, déterminant à l'avance un

---

[1197] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique …, op. cit.,* p. 339 ; voir aussi Fabrice LEDUC, « Régime de la réparation – modalités de la réparation – règles communes aux responsabilités contractuelle et délictuelle – principes fondamentaux », *J-Cl. Responsabilité civile et assurances*, fasc. 201, 2006.

[1198] Suivant l'article 1231 sur le droit des contrats, *« À moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable »*. L'article 1231-6 concernant les obligations qui portent sur une somme d'argent, est encore plus précis : *« Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte »*. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

[1199] Colloque, *L'innovation en ingénierie financière islamique, op. cit.,* p. 9.

intérêt pénalisant le retard. Cette condamnation inclut toute forme de sanction, *« quelle que soit la qualification de la clause fixant le taux de pénalité en cas de retard du paiement de la dette, que ce soit une clause pénale, pénalité de retard ou compensation de retard du règlement de la dette »* [1200].

Les partisans de cette thèse estiment que de telles clauses ne sont pas autorisées en Islam, même en cas de consentement des parties [1201]. Cependant, en dépit de cette position extrême d'une partie de la doctrine, certains jurisconsultes et organisations musulmanes favorisent la perception conditionnée de la pénalité de retard.

2. L'autorisation sous condition de la pénalité de retard

En droit français l'emprunteur doit obligatoirement s'acquitter de ses dettes, mais en pratique, la sanction relève généralement de la discrétion de la banque et de sa volonté d'octroyer ou non un délai supplémentaire à son client en difficulté pour rembourser le crédit. Le plus souvent, ce délai n'est pas accordé gratuitement ; il s'accompagne plutôt d'une augmentation du taux d'intérêt. Mais, quoi qu'il en soit, il est établi que dans un contrat de financement, le défaut de paiement, voire le simple retard dans le règlement des échéances, justifie l'indemnisation du prêteur.

Pour sa part, la *sharī'a* distingue entre la compensation (*ta'awiḍ*) faisant souvent référence à l'action judiciaire pour réparer le dommage réel supporté par la banque suite à un paiement tardif de la dette due, et la pénalité (*gḥarama*) visant le montant imposé en cas de non-respect des échéances de remboursemnent, *« sans besoin de prouver le dommage réel subi »* [1202].

[1200] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique …, op. cit.,* p. 359.

[1201] De même, la fixation de la pénalité de retard par le juge ne la rend pas pour autant légitime aux yeux de la *sharī'a*. Voir A. ALSAWA, « La clause pénale dans les dettes : étude doctrinale comparée », Conférence sur le rôle des institutions bancaires islamiques dans l'investissement et le développement, Université de Sharjah, Émirats arabes unis, 2002.

[1202] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique …, op. cit.,* p. 356. Pour plus de détails, voir Mohammad Abdul Razaq AL-TABTABAE, « La compensation du dommage et la pénalité pour retard du règlement des dettes : une étude pratique sur les institutions financières islamiques au Koweït », in Colloque : Les questions contemporaines en finance islamique, 2006*, Banque Negara de Malaisie*, 2008, pp. 91 et s.

Dans les deux cas, il s'agit de réparation à un manquement d'obligation contractuelle de la part de l'emprunteur. À cet égard, l'Académie du *Fīḳh* Islamique a considéré que la pénalité de retard est légitime en cas d'inexécution ou retard d'exécution de l'obligation contractuelle par l'une des parties au contrat [1203]. Cette pénalité de retard peut être mentionnée dans le contrat initial, ou séparément dans un accord ultérieur, mais bien avant la survenance du dommage. Cette approche met donc l'accent sur le principe de liberté contractuelle des parties ayant force de loi.

Cependant, malgré le respect de la liberté contractuelle, celle-ci est encadrée dans la mesure de ce qui est autorisé et prohibé selon les préceptes de la *sharīʿa*. Ainsi, s'il est admis d'inscrire des pénalités dans tous les contrats de financement ; cette permission s'annule lorsqu'il s'agit de contrats dont l'obligation initiale est une dette de somme d'argent, car elle relèverait dès lors du *ribā* au sens plein du mot [1204]. C'est dire que la perception de la pénalité de retard demeure liée à la nature du contrat.

Toutefois, cette position doit être nuancée. À des fins de justice et d'équité, il est possible d'imposer au débiteur défaillant une pénalité financière dans le contrat, mais cette possibilité est soumise à certains conditions, en particulier la solvabilité du débiteur. Il importe en effet de distinguer entre le débiteur solvable et le débiteur en difficulté.

Par ailleurs, la condamnation du débiteur à une sanction pécuniaire suppose la réunion de trois critères : une faute, un dommage subi par le créancier et un lien de causalité entre la faute et le dommage [1205]. Notons à cet égard qu'en droit français, la pénalité s'applique du seul fait du manquement à une obligation du contrat, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de prouver un préjudice quelconque. Ce n'est pas le cas en droit musulman : le seul retard du paiement de la dette n'exige pas compensation,

---

[1203] Académie du Fiqh Islamique, « Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard », in *Résolutions et recommandations du Conseil de l'Académie du Fiqh Islamique : 1985-2000*, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p. 274.

[1204] Mohamed SALEH, « La compensation en cas de retard du règlement entre partisan et opposant », *Revue bancaire*, n° 1, juin 2002, Khartoum, §§. 92-93.

[1205] Ce lien de cause à effet implique que si le dommage résulte d'une cause étrangère (cas de force majeure, par exemple), la pénalité n'est pas due.

car cela correspondrait au *ribā*. En outre, la notion même de préjudice connaît des limites. Ainsi, il n'est pas possible d'être indémnisé pour un préjudice moral, seul est autorisé un dédommagement contre un préjudice financier avéré, une perte et un manque à gagner réel que la partie lésée aurait subi [1206].

Reste à ajouter que sur le plan pratique, la banque islamique inclut souvent dans son accord la pénalité de retard afin d'inciter le client à remplir ses obligations contractuelles et à rembourser sa dette dans le délai convenu par les parties. Dans cette limite, elle se rapproche du contexte de dommages-intérêts constaté dans les banques conventionnelles.

§ 2. Les obligations de la banque islamique

Le financement classique peut s'analyser essentiellement comme un contrat de prêt donnant lieu à une relation prêteur-emprunteur entre la banque et son client. En revanche, le financement islamique a pour caractéristique de permettre aux banques de s'engager dans des opération autres que le prêt, comme l'*ijarā*, la *mūrabaḥa*, et la *mūsharaka*, et de ce fait, la relation entre l'institution bancaire et son client ne se résume pas à celle de prêteur-emprunteur. Par ailleurs, la banque doit satisfaire son client en investissant dans des activités licites au regard du droit islamique [1207].

Cela étant dit, il est nécessairen en matière du droit des contrats, de mettre en œuvre des principes directeurs, comme la justice, l'équité, l'équilibre des prestations, et la transparence. C'est pourquoi l'examen des obligations en droit musulman est essentiel, tant au regard du caractère empirique de ce droit que de la place de l'éthique dans le système religieux, posant des obligations classiques (A) à côté des exigences réglementaires et professionnelles spécifiques (B) [1208].

[1206] L'Académie du Fiqh Islamique, « Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard », *op. cit.*, p. 275. Voir dans le même sens, Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique …, op. cit.,* pp. 360-361.

[1207] Sayd FAROOK, « On corporate social responsibility of Islamic financial institutions », *Islamic economic studies*, vol. 15, n° 1, juillet 2007, p. 34.

[1208] L'activité bancaire est soumise aussi à des règles nécessitant le contrôle des instances autres que nationales, comme, par exemple, le Comité de Bâle qui pose des principes de base en matière de transactions financières. Voir aussi les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI).

A. Les obligations classiques

Il s'agit d'obligations communes aux banques islamiques et conventionnelles comme les obligations de confidentialité et de secret professionnel, ou encore les obligations liées à l'information et celles relatives à la prudence. Notons que la plupart de ces obligations correspondent aux droits du bénéficiaire du financement, le client de la banque.

1. L'obligation de confidentialité et de secret bancaire

Dans le cadre de sa mission, la banque dispose d'informations confidentielle. Par conséquent, elle doit assurer la protection de la vie privée de sa clientèle et garantir le secret bancaire [1209]. À ces fins, en droit français, la législation soumet au secret professionnel toute personne employée dans un établissement de crédit [1210].

Tenue au secret, et à moins qu'elle obtienne l'accord de son client, la banque ne peut transmettre aucune information à un tiers. Elle ne saurait ainsi divulguer les noms des clients d'une entreprise, les renseignements ou opérations relatifs à un compte, le montant et le volume d'un crédit consenti. Elle ne peut pas non plus transmettre des informations portant sur les activités et les affaires de son client. En fait, en tant que lieu de croisement des échanges commerciaux, notamment par la réalisation de leur paiement, la banque est tenue au secret, sinon, elle *« remettrait en cause la raison même de son intermédiation »* [1211].

[1209] Sur cette question, voir Giovanni MOLO, *Du secret bancaire à la transparence*, Genève, éd. Romandes, 2017 ; voir également Olivier JERE , *Le secret bancaire*, Paris, Banque éditeur, 2000 ; Thierry BONNEAU, « Communication de pièces et secret bancaire », *Revue de droit bancaire et financier*, 1995, p. 94 ; Rayamond FARHAT, *Le secret bancaire, étude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*, Paris, LGDJ, 1980.

[1210] Une section entière du Code monétaire et financier est consacrée au secret bancaire. Ainsi, selon l'énoncé de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, il est spécifié que *« Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel »*.

[1211] Hervé LÉCUYER « L'évidence du secret bancaire », *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 4, août 2010. Texte in http://droit-et-commerce.org/medias/ConferenceDroitEtCommerce-08032010.pdf (consulté le 11 décembre 2016).

On constate donc que les informations couvertes par le secret bancaire sont celles relatives à des données confidentielles présentant un caractère personnel, c'est-à-dire impliquant le droit au respect de la vie privée. Cette protection s'étend aussi bien aux personnes physiques que morales [1212].

Il existe aussi un autre argument justifiant le secret bancaire. Il s'agit du lien contractuel unissant la banque à ses clients. Le contrat repose essentiellement sur le mandat et le dépôt. Or, si l'on admet que l'accord est par essence conclu *intuitu personae*, il crée nécessairement une obligation de confidentialité pour les parties contractantes : le mandataire et le dépositaire [1213].

Bien évidemment, l'obligation de confidentialité s'applique également à la banque islamique [1214]. Elle trouve son fondement dans la *sharī'a*, précisant le respect de l'engagement contractuel. Il s'agit aussi d'une obligation qui relève de la bonne foi.

L'exigence de confidentialité a été rappelée par l'*Islamic Financial Services Board,* (IFSB) dans ses principes directeurs à l'intention des institutions offrant des services et produits financiers islamiques. Cette obligation s'étend aux comités de la *sharī'a*. Il est en effet stipulé que les membres du comité de la *sharī'a* sont tenus de garder confidentielles toutes les informations internes recueillies durant l'exercice de leur mandat. Il s'agit en l'occurrence d'*« informations reçues par les membres du comité de conformité de charia ou de conseil consultatif de charia durant l'exercice de leurs fonctions qui ne sont pas de nature publique et ne sont pas autorisées à être rendues publiques ; comprenant les informations reçues sous scellés, expressément indiquées ou désignées par la banque islamique, ou se rapportant aux processus de délibération de l'institution »* [1215]. Il est précisé par ailleurs que *« les informations qui ne sont pas considérées comme confidentielles comprennent les règles et les principes de charia,*

[1212] S'agissant des personnes morales, la banque n'est autorisée à donner des renseignements qu'au représentant légal ou à celui qui en exerce les pouvoirs en son nom.

[1213] Georges DECOCQ et *al*., *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3e éd, 2012, n° 33155.

[1214] Voir Mushtak PARKER, « Protecting confidentiality in Islamic financial contracts and structures », *Arab news*, 28 August 2011.

[1215] IFSB, *Guiding principles on shariah governance systems for institutions offering Islamic financial services*, *op. cit*., principe 5.

les rapports et les déclarations / résolutions du comité de conformité de sharī'a publiés par l'institution financière islamique pour la connaissance du public, et les autres informations divulguées dans des documents ou des procédures publics » [1216].

Notons que des exceptions sont posées au principe de confidentialité, ce qui montre qu'il n'est pas absolu [1217]. Ainsi, le secret bancaire ne peut être opposé lorsque l'intérêt général est en cause. En effet, le banquier est tenu d'informer les autorités judiciaires agissant dans le cadre d'une procédure pénale ou lors d'une procédure civile d'exécution forcée obligeant la banque à coopérer. C'est le cas aussi en matière fiscale [1218] où l'on assiste à une sorte d'offensive contre les paradis fiscaux qui acceptent désormais de *« livrer au cas par cas et sur demande concrète et justifiée d'une administration fiscale étrangère ou sur base de preuves concrètes étayant les soupçons", les informations souhaitées sur les comptes bancaires, y compris dans le cas de soupçon d'évasion fiscale »* [1219].

La remise en question du secret bancaire s'est amplifiée ces dernières années, comme le démontre clairement l'avenant à la Convention franco-suisse du 27 août 2009 [1220], prévoyant la levée du secret bancaire en cas de fraude incontestable [1221].

[1216] IFSB, *Guiding principles on shariah governance systems for institutions offering Islamic financial services*, *op. cit*., principe 5.

[1217] En France, l'alinéa 2 de l'article L.511-33 du Code monétaire et financier, précise clairement que : *« Outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel ni à la Banque de France ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale »*. Voir également l'article 132-22 du Code pénal soulignant : *« Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal saisi peuvent obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret »*.

[1218] En droit français, l'article 1649 A du code général des impôts impose aux banques et aux autres établissements la levée du secret bancaire.

[1219] Hervé LÉCUYER, « L'évidence du secret bancaire », *op. cit.,* p. 8.

[1220] « Avenant à la Convention entre la France et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt et sur la fortune, signé le 27 août 2009, entrée en vigueur le 1er janvier 2010. Texte in : https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/10_conventions/suisse/suisse_avenant-a-la-convention-avec-la-suisse-du-27.08.2009-en-vigueur-au-04.11.2010_fd_5182.pdf (consulté le 10 janvier 2017).

[1221] Voir Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE « Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ? » *AJ Pénal*, 2009, p. 165.

Il convient également de signaler les dispositifs mis en œuvre pour lutter contre le blanchiment d'argent [1222]. Rappelons que certaines transactions, comme la *ḥawala* (transfert d'argent), a jeté le trouble dans l'implication de la finance islamique dans l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent [1223].

De même, la mise en œuvre de crédits gratuits (*ḳarḍ al-ḥassān*) tend à augmenter les risques potentiels de blanchiment. En effet, ce système de prêt, par manque de transparence suffisante, semble susceptible d'utilisation suspecte [1224].

Il importe de préciser ici que si le mot blanchiment n'est apparu que récemment dans le langage juridique, en droit musulman, l'argent provenant d'un acte illicite (*ḥaram*) étant fortement prohibé par la religion. Ainsi, dans le Coran, il est interdit d'incorporer l'argent obtenu de manière malhonnête à l'argent légal [1225] : *« Et donnez aux orphelins leurs biens ; n'y substituez pas le mauvais au bon. Ne mangez pas leurs biens avec les vôtres : c'est vraiment un grand péché »* [1226], ou encore : *« Ô Croyants ! Ne prenez pas l'argent des autres, sauf si vous avez fait du commerce en tout consentement … »* [1227]. Dans un *ḥadīth*, le Prophète avait indiqué que *« la charité provenant du vol n'est pas acceptée auprès de Dieu »* [1228].

[1222] Plusieurs législations ont aujourd'hui introduit une certaine atténuation du secret bancaire. Ce dernier est, en effet, de plus en plus assimilé aux opérations de blanchiment d'argent. Les instances internationales et certaines puissances mondiales imposent aux pays d'adopter une législation sur le blanchiment d'argent qui va à l'encontre du secret bancaire, comme une condition centrale pour parfaire la coopération bilatérale. Voir, par exemple en France, *l'Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.*

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000020178250 (consulté le 17 décembre 2016).

[1223] Sur ce point, Voir *supra*, pp. 210-212.

[1224] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, La finance islamique : une finance douteuse », *op. cit.*, p. 20 ; Ibrahim eyyad CEKICI, « Douter de la finance islamique … », *op. cit.,* p. 24

[1225] Amin JAFARI, « Lutte de la finance islamique contre le blanchiment d'argent », Revue Banque, n° 812, sept. 2017. Document in http://m.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/lutte-finance-islamique-contre-blanchiment-argent (consulté le 16 août 2018).

[1226] Coran, *sūrate* 4, verset 2.

[1227] Coran, *sūrate* 4, verset 29 ; aussi *sūrate* 2, verset 188.

[1228] Cité par Amin JAFARI, « Lutte de la finance islamique contre le blanchiment d'argent », op. cit., voir aussi S.A TAJALI (dir.), *Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans les banques*, *Ârad Ketab*, 2011, p. 64.

La condamnation du blanchiment d'argent par le droit musulman a pour support le respect du bien d'autrui. Nous avons constaté que pour être valide, un bien doit provenir d'un acte *ḥalal* (licite) et son propriétaire doit l'utiliser par des moyens légaux, faute de quoi, la chose acquise sera considérée comme impure. C'est au regard de ces recommandations que les législations de nombreux pays musulmans ont voté des lois de lutte contre le blanchiment d'argent [1229].

En fait, la démarche concernant la lutte contre le blanchiment d'argent a été intégrée par la finance islamique et va dans le même sens que les réglementations européennes et internationales.

Après cet aperçu relatif au devoir du secret bancaire et de ses limites, il convient d'examiner maintenant l'autre obligation de la banque, celle d'informer son client.

2. Les obligations liées à l'information

Il existe une asymétrie d'information entre la banque et son client [1230]. Le banquier, en sa qualité de professionnel averti [1231], détient des informations importantes grâce à son expertise et ses compétences. D'où l'obligation d'informer son client [1232] sur l'ensemble des éléments contractuels et ce, avant même la signature du contrat. Cette obligation *« permet de sanctionner l'abus de position à l'encontre d'une personne inexpérimentée »* [1233].

[1229] Ainsi, dans un pays comme l'Iran, où les banques sont intégralement islamisées, le législateur a adopté, en janvier 2008, une loi de lutte contre le blanchiment d'argent. En 2011, la Banque centrale iranienne a publié une circulaire de dix règlements baptisés « règlements d'or » afin de d'améliorer son arsenal juridique contre le blanchiment d'argent (Amin JAFARI, *Droit bancaire islamique*, L'Harmattan, 2014, pp. 13 et s.). À l'occasion de la mise à jour du décret d'application de ladite loi, en 2016, le législateur a élargi le champ de lutte contre le blanchiment en intégrant le simple soupçon (art. 5).

[1230] On déplore généralement la pauvreté du contenu informationnel dans les banques islamiques, Lila GUERMAS-SAYEGH, *La religion dans les affaires : la finance islamique, op. cit.,* p. 26.

[1231] « La qualité de professionnel du banquier en fait de lui, un débiteur d'une obligation d'information très lourde de conséquence vis-à-vis de son client souvent non averti ». Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.* p. 307 ; voir aussi Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, *Droit bancaire*, éd. LexisNexis, 2015, p. 240.

[1232] Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrat*s, LGDJ, 2014, n° 174.

[1233] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit*., p. 65 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 297.

Il peut être reproché à la banque de n'avoir pas été assez active pour rechercher le renseignement ; elle peut étalement être sanctionnée pour sa passivité à fournir l'information [1234].

De même qu'en droit français, le droit islamique fait de l'obligation d'informer un moyen d'éliminer toute forme d'ignorance (*jahl*) ou d'aléa (*gharār*). L'ignorance peut être excessive (*jahl faḥīsh*) et dans ce cas, elle entraîne la nullité du contrat. Mais elle peut être tolérée lorsqu'elle est minime (*jahl yasīr*) [1235].

Cependant, en termes de validité de la convention, le droit exige que les clauses du contrat soient bien lisibles et précises. Ainsi, le contrat ne doit pas susciter des doutes sur son contenu, dans la mesure où il met en jeu des droits et des obligations des parties contractantes. Il est dit que Le Prophète avait interdit aux citadins de vendre un objet au bédouin qui n'en connaît pas le prix du marché [1236].

Cette exigence de renseigner sous-entend aussi le respect du formalisme. Aussi, comme nous l'avons souligné, il est exigé que le contrat de crédit soit écrit [1237] : *« Ô croyants ! Lorsque vous contractez une dette à terme, consignez-la en écrit. À cet effet, choisissez deux témoins parmi vous. N'omettez pas de mettre par écrit tout acte de prêt, quel qu'en soit le montant, et d'en préciser l'échéance. Cette façon de procéder est plus équitable auprès de Dieu, car non seulement elle confère plus d'autorité au témoignage, mais aussi elle écarte de lui toute espèce de doute »* [1238]. *« Si vous êtes en voyage et ne trouvez pas de scribe, exigez la remise d'un gage »* [1239].

[1234] Richard ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 4e éd., 2017, p. 689.

[1235] Voir Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* pp. 126 et s. ; voir également Oualid MADJOUR, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : Étude de droit comparé français-algérien*, thèse, Université Jean-Moulin Lyon 3, 2009, p. 43. L'auteur soutient que *« l'ignorance légitime existe lorsque le créancier de l'information ne peut connaitre celle-ci, ou lorsqu'il fait confiance légitime à son cocontractant »*.

[1236] Cité par Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit*., p. 58.

[1237] En droit français, l'obligation d'information tire son fondement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation : *« Tout professionnel vendeur de biens doit avant la conclusion du contrat mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien... »*

[1238] Coran, *sūrate* 2, verset 282. Ce verset coranique, censé être le plus long est intitulé justement : « verset de la dette ».

[1239] *Ibid*. verset 283.

En général, la banque est tenue de respecter le formalisme d'écrit, permettant au client d'obtenir les informations souhaitées. Dans le cas contraire, le contrat peut être annulé. C'est autrement dire que la banque ne peut jouer sur l'ambiguïté de la rédaction d'une formule inscrite dans le contrat pour s'exonérer de sa responsabilité d'informer le client [1240]. Ce comportement est d'ailleurs considéré par les *fūḳahā* comme une forme de *« réticence dolosive »*, une faute dans l'intention de tromper ou de nuire et pouvant entraîner un dommage [1241].

La banque se trouve par ailleurs dans l'obligation d'informer son client de toute modification apportée aux termes du contrat. Parfois, il est précisé qu'une telle modification doit faire l'objet d'un accord commun des parties contractantes.

L'information peut dans certains cas être adressée à des tiers, notamment quant il s'agit de soupçons concernant la situation financière du client ou son implication dans des activités « douteuses ». Sur ce point, la législation française recommande aux professionnels et aux établissements bancaires de communiquer à l'Administration fiscale [1242], et le cas échéant au juge, les éléments d'information liés aux transactions financières, lorsque *« le produit ou l'opération présente, par sa nature, un risque particulier de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, notamment lorsqu'ils favorisent l'anonymat »* [1243].

En droit islamique, l'information est à la fois un moyen de protection du client et un outil permettant de vérifier le respect les principes religieux et juridiques. Elle sera cruciale dans le secteur bancaire, à plus forte raison dans le système financier islamique encore embryonnaire. L'information doit prendre effet dès le début des négociations des conditions contractuelles mettant en jeu des normes religieuses,

---

[1240] Richard ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, *op. cit.*, p. 799 ; Jean-François CLÉMENT, « Le banquier, vecteur d'information », *RTDcom* 1997, p. 203. Pour plus d'information, voir Chantal CUTAJAR, « La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, mai 2009.

[1241] Voir Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.*, p. 42

[1242] Sabrina SUSEC, *Le secteur bancaire et financier français face à la corruption, op. cit.*, p. 205 ; Hervé LÉCUYER, « L'évidence du secret bancaire *», op. cit.,* p. 8.

[1243] Article 561-10 du Code monétaire et financier.

juridiques et morales, comme par exemple l'absence d'intérêts pour la rémunération des comptes sur le seul fait de l'écoulement du temps. Il faut expliquer au client que cette pratique renvoie à l'interdiction du *ribā*. Il en est de même de l'autorisation du découvert ou de l'octroi de prêt. Là encore, la prohibition d'intérêt reste le point central de l'ensemble de ces opérations.

Nous avons constaté que le fonctionnement des banques islamiques est soumis au principe de partage des pertes et des profits. Ce principe implique la nécessité pour le banquier d'informer le client afin de diminuer les risques de pertes liés à la transaction financière [1244].

Nous avons vu que dans le but de rendre conforme les opérations bancaires aux normes en vigueur au plan international, les banques islamiques ont mis en place de nouveaux produits (*mūrabaḥā, ṣūkūk*, *salām, istisnā'*…), contournant ainsi certaines interdictions établies par la *sharī'a*. Ces produits, qui ont reçu, après coup, le consentement des jurisconsultes musulmans, se fondent parfois sur des opérations financières utilisant plusieurs contrats, donnant ainsi naissance à des régimes juridiques distincts et dont la connaissance nécessite l'intervention de juristes avertis. Dès lors, l'obligation d'information *« y trouve toute sa place, son intérêt et sa raison d'être »* [1245] pour renforcer la sécurité du client. Cette information a également pour vertu de dissiper le doute sur la provenance et l'utilisation des fonds.

Il est à noter que l'obligation de la banque d'informer doit être utilisée avec prudence, dans le sens où elle doit prendre en considération le devoir de non-ingérence corollaire du secret professionnel [1246].

Finalement, il y a nécessité d'échanges réguliers permettant au client de la banque, souvent non-averti, d'accéder facilement à un maximum d'information. La violation de cette obligation par l'institution bancaire est susceptible d'entraîner des sanctions sur la base de la responsabilité civile ou pénale.

[1244] Nasser HIDEUR, Geneviève CAUSSE-BROQUET, « La gestion des risques dans les banques islamiques », *Revue du financier,* mars-juin 2010, n° 182, p. 82.

[1245] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 311.

[1246] Richard ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier, op. cit*. p. 1108.

L'obligation d'informer est renforcée de nos jours par des obligations prudentielles.

3. Les obligations prudentielles

Il est vrai que l'inégalité d'accès à l'information entre le client et sa banque, fait que cette dernière peut se trouver « débitrice » envers le premier d'autres obligations relevant de la prudence [1247]. Ces obligations comprennent d'une part un devoir de conseil et de mise en garde, et d'autre part une nécessité de vigilance.

a) Le devoir de conseil et de mise en garde

Le devoir de conseil du banquier suppose que le client se trouve contraint à choisir entre plusieurs options, souvent sur *« de vagues critères d'opportunité »* [1248]. Il s'agit donc de le guider dans son choix en lui livrant une opinion sur ce qu'il doit faire ou ne pas faire. Sur ce point, il faut noter déjà le rôle des jurisconsultes, légitimé par l'école *ḥānafite*, soulignant que *« tout marchand devrait se faire accompagner par un faqih lui permettant par ses conseils, d'éviter le ribā dans ses opérations »* [1249].

Notons que le conseil donné porte non sur des faits connus par tous mais sur les choses ignorées par le client empruteur, ce qui permet à l'établlissement bancaire de dégager sa responsabilité. En somme, le principe du conseil a pour substance de fournir au client les éléments nécessaires permettant d'éviter les risques liés à toute opération financière. Il s'agit en l'occurrence d'une mesure de protection du client et de la banque en même temps, qui cherche à garantir la sécurité d'une transaction susceptible d'être mise en échec par une menace probable. En vertu de ce principe de précaution, la banque peut être amenée à ne pas octroyer un crédit qui peut s'avérer trop risqué pour le client emprunteur (particulier ou entreprise), d'où l'obligation de mise en garde du client par la banque si le financement enfreint les usages bancaires.

[1247] Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* pp. 322 et s.

[1248] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 299.

[1249] Cité par Michel GALLOUX, *Finance islamique et pouvoir politique*, Paris, PUF, 1997, p. 47.

Le devoir de mise en garde a pour objet de porter à la connaissance du client l'étendue et les conséquences de ses obligations, cela implique de la part de la banque d'être informée sur les capacités financières de l'emprunteur, et lorsque celles-ci sont insuffisantes, ou trop justes par rapport aux charges liés au prêt, elle est tenue de le prévenir des risques encourus. Dans cette optique, la banque n'est pas responsable si son client a été déloyal, c'est-à-dire qu'il ne peut lui être reproché, pour avoir décidé de l'octroi de prêts, de s'être fondée sur des informations « erronées » fournies par l'emprunteur [1250].

Le devoir de la mise en garde s'impose lorsqu'il est démontré que l'endettement susceptible de naître de l'octroi de crédits est susceptible d'aggraver la situation de la personne endettée [1251], c'est-à-dire lorsqu'il est avéré que volume total de la dette excède les facultés contributives de l'emprunteur [1252].

Ainsi, le devoir de mise en garde implique la présence d'un risque réel ou potentiel pouvant mettre en difficulté le client emprunteur : si ce risque dépasse la capacité du client à rembourser sa dette, la banque doit s'assurer qu'il est averti, sinon, elle doit le mettre au courant de l'importance de ce risque [1253].

Maintenant, pour ce qui est de la distinction entre le devoir de conseil et le devoir de mise en garde, celle-ci apparaît au niveau de leur régime juridique. En effet, l'obligation de conseil est perçue comme une *« obligation de moyen »* et de ce fait, *« la présomption de responsabilité n'est pas automatique »*. En revanche, le devoir de mise en garde semble relever du régime d'une *« obligation de résultat »* [1254].

[1250] Arrêt n° 741, Cass. 1ère civ. 25 juin 2009 - *BNP Paribās*, D, 2 juillet 2009.

[1251] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.*, p. 302.

[1252] Pour bénéficier d'un financement islamique, un seuil de tolérance a été établi correspondant *« à un ratio d'endettement inférieur à 33% »*. Voir Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*… », op. cit.*, p. 31.

[1253] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.*, p. 303.

[1254] Mballo THIAM, De la religion à la banque, op. cit., p. 309 ; Ibrahim CEKICI, *Le cadre juridique français des opértions des crédits islamiques, op. cit.,* p. 351.

Pour terminer sur ce point, il convient d'ajouter que la banque se trouve devant un dilemme : elle doit choisir entre son devoir de conseil et son obligation de non-ingérence dans les affaires de son client. Ainsi, bien que l'obligation de mise en garde soit une donnée capitale pour le bon fonctionnement de la banque, cette dernière doit néanmoins prendre en compte le principe de non-immixtion, qui l'oblige à laisser son client prendre ses décisions en toute autonomie, à faire ses choix d'investissement ou de gestion sans subir l'influence du banquier. Mais, il se peut que la banque considère que les choix de son clien sont biaisés, dans ce cas, elle peut toujours refuser l'octroi du prêt, et parfois ce refus, lorsqu'il est fortement justifié, peut devenir une obligation sous peine d'être sanctionnée pour « crédit abusif » [1255]. De là résulte d'ailleurs le principe de vigilance dont la banque doit faire preuve.

b) L'obligation de vigilance

À la base du principe de vigilance [1256] se trouve la notion de risque. Sur ce plan, l'IFSB, chargée de mettre en place des standards de contrôle prudentiel pour les banques islamiques, a calqué ses méthodes sur celles de Bâle II et III [1257].

Il est commun de dire que la banque est un métier à risque, et les cas de fraudes sont possibles. Ce qui peut lui être préjudiciable ainsi qu'à son client et aux tiers. Ce constat marque la nécessité de contrôle et de surveillance des opérations financières par l'institution bancaire. Ces obligations, censées influencer la relation de la banque avec son client, se résument en un devoir de vigilance.

L'application de ce devoir suppose que la banque soit tenue d'identifier son client et recueillir toutes les informations relatives à l'objet et à la nature de la transaction qui lui est soumise.

[1255] Sur cette notion, voir Jennifer CHOSSIS, *Le refus du banquier, op. cit.,* pp. 320 et s.

[1256] Précisons que l'idée de vigilance fait référence à un devoir plutôt d'origine jurisprudentielle, mais constitue néanmoins une obligation ponctuelle résultant aussi de textes législatifs.

[1257] Sur ce point, voir *supra*, p. 181 ; voir également Adel HAR I, « Les banques islamiques à l'heure des exigences réglementaires », *First conference on risk management in Islamic Finance*, Université Paris dauphine, 28 janvier 2010, p. 7. Document en ligne : www.financeislamiquefrance.fr/documents-et-rapports.php (consulté le 20 janvier 2017). Voir aussi Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire, op. cit.,* p. 328.

De plus, durant toute la relation d'affaires, la législation exige une connaissance régulière et actualisée du client ainsi qu'un contrôle étroit des opérations engagées, afin que la banque soit toujours en mesure d'évaluer la pertinence et la cohérence des opérations en question par rapport aux informations qu'elle a sur le client [1258].

Il se dégage de ces remarques que le devoir de vigilance a pour but essentiel la protection des intérêts du client [1259]. Dans cette perspective, la banque ne doit pas se limiter à des données succintes fournies par son client, mais doit, au contraire, mettre en pratique son professionnalisme et mener des études approfondies avant d'accorder ou de refuser le prêt.

Du reste, la banque doit être certaine de la régularité et de la sincérité des différents documents qui lui sont présentés par le client désirant obtenir de crédits. C'est dire que chaque partie, avant de s'engager, doit impérativement avoir une connaissance éclairée de la transaction et des risques qui s'y attachent [1260].

En somme, le devoir de vigilance suppose une obligation de se renseigner de manière plus ou moins complète, en procédant à des investigations supplémentaires pour choisir l'attitude appropriée. *« Ce devoir est plus manifeste dans la lutte contre le blanchiment d'argent, car le banquier est tenu de surveiller les mouvements de fonds du titulaire du compte, pour éviter la circulation d'argents illicites »* [1261]. Il va sans dire

---

[1258] Ces règles sont posées par le Code monétaire et financier dans son article L. 561-6. Il est précisé dans l'alinéa 1 qu'*« Avant d'entrer en relation d'affaires avec un client, les personnes mentionnées à l'article 561-2 recueillent les informations relatives à l'objet et à la nature de cette relation et tout autre élément d'information pertinent sur ce client »*. L'alinéa 2 ajoute : *« Pendant toute sa durée et dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, ces personnes exercent sur la relation d'affaires, dans la limite de leurs droits et obligations, une vigilance constante et pratiquent un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée qu'elles ont de leur client »*.

[1259] François BOUCARD, « Les devoirs généraux du banquier », *J.Cl. com.*, fasc. 343, 23, n° 25, octobre 2002.

[1260] Muhammad AYUB, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley and Sons, LTD, London, United Kingdom, 2007, p. 143.

[1261] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 364 ; voir également Sabrina SUSEC, *Le secteur bancaire et financier français face à la corruption*, *op. cit.,* pp. 174 et s. ; Groupe banque européenne, « Cadre de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », janv. 2018 : http://www.eib.org/attachments/strategies/eib_group_aml_cft_framework_fr.pdf (consulté le 13 avril 2018).

que les banques islamiques doivent se montrer davantage vigilantes dans ces domaines, car elles sont souvent qualifiées de *« banques suspectes »* [1262].

Malgré la ressemblance des obligations de la banque islamique avec celles de la banque conventionnelle, on ne peut pas ignorer l'existence d'une certaine divergence et particularité entre les obligations de chaque banque.

B. Les obligations spécifiques aux banques islamiques

L'étude du droit musulman des affaires laisse apparaître des obligations divines, à côté d'obligations contractuelles assez particulières.

1. Les obligations divines

Dans toute société, il existe des obligations que l'on peut qualifier de naturelles, en ce sens qu'elles reposent sur un engagement d'ordre moral. Ce type d'obligation n'est pas assorti de contrainte : le débiteur peut en effet ne pas s'exécuter [1263]. D'aucuns parlent alors d'un devoir moral relevant de la conscience individuelle [1264], à la limite, une « dette civile » dépourvue de sanction [1265].

Nous avons souligné que le droit islamique se fonde essentiellement sur des règles religieuses et, à ce titre, le croyant est tenu de respecter toute une série de principes qui sont formulés sous forme d'obligations « naturelles ». Leur violation ou leur non-respect, sera châtié dans l'au-delà [1266]. C'est bien cette caractéristique qui la distingue de l'inexécution contractuelle qui, en droit positif, se voit sanctionnée en vertu des clauses pénales prévues dans le contrat. Il semble ainsi que du point de vue juridique,

---

[1262] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *op. cit.,* p. 12.

[1263] Maxime JULIENNE, « Obligations naturelles et obligation civile », *D.* 2009. Selon l'auteur, « *si le débiteur s'engage à s'exécuter, c'est parce qu'il se sent tenu d'un devoir de conscience* », n° 19, p. 1709.

[1264] Voir Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2013, n° 186 : l'auteur avait affirmé que la morale constitue « la sève » qui alimentait le droit des obligations. Voir dans le même sens, Michelle GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris, Sirey, 1957.

[1265] Christian LARROUMET et Sarah BROS, *Traité de droit civil*, t. 3 : *Les obligations. Le contrat*, Paris, éd. Économica, 8e éd., 2016, n° 23.

[1266] Esther DEHOUX, « Le silence du diable : définition de la norme dans l'au-delà et exaltation de la grâce (XIIe et XIIIe siècle », in Jacqueline HOAREAU-DODINAU et Guillaume METAIRIE (dir.*), La religiosité du droi*t, Presses universitaire de Limoge, 2013, pp. 69-93.

les « obligations divines » n'on pas véritablement une influence déterminante sur les transactions islamiques, toutefois, leur connaissance par les banques permet de dégager leur spécificité, et sur ce plan, il est possible de faire une distinction entre des obligations religieuses indirectes et des obligations directes.

Par obligation indirecte, il est fait référence aux injonctions divines que le croyant doit observer dans sa relation à autrui. Dans ce cadre, la principale obligation est celle de verser l'aumône ou *zakāt al-mal*, qui consiste à distribuer annuellement une partie de son argent d'un montant équivalent à 2,5 % au profit des nécessiteux [1267].

La *zakāt* constitue donc un moyen participant à l'idée de solidarité censée être au fondement de la finance islamique [1268]. C'est un devoir moral du croyant envers son prochain qui, en retour, attend la grâce de Dieu, d'où l'appellation d'obligation indirecte. De plus, il est à rappeler que les banques islamiques, afin de répondre à l'idée même de leur mode de financement reposant sur les règles de la *sharī'a*, sont amenées à purifier les revenus provenant d'activités dites illicites, *« en les transférant aux comptes de la zakāt »*, destinés à des œuvres de charité [1269].

Une obligation religieuse, la *zakāt* est également un devoir financier portant sur la richesse des biens [1270]. Dans ce cadre, pour une banque islamique, il s'agit d'une *« obligation de partage qui s'applique sur les gains réalisés »* [1271].

À côté des obligations indirectes dont l'exécution s'effectue envers Dieu, il y a les obligations directes qui sont nombreuses et que résument les notions de *ḥalal* (licite) et de *ḥaram* (illicite). Dans ce sens, une transaction est licite lorsqu'elle ne s'oppose pas aux normes extraites du Coran et de la *Sūnnā*. Ainsi, lors d'un contrat de vente (*bay'*) ou de location (*ijarā*), il est indispensable que le bien objet de transaction existe

---

[1267] Chantal CUTAJAR, Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE et Michel STORCK (dir.) *Finance et éthique*, éd. Lamy, 2013, pp. 263-271 ; Colloque organisé par l'École de Management de Strasbourg sur le thème : « La zakāt et les banques », 26 mai 2012.

[1268] Sur ce point, voir *infra*, chapitre 2, section 2, § 1, A.

[1269] Karim CHÉRIF, *La finance islamique : analyse des produits financiers islamiques, op. cit*., p. 17.

[1270] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* pp. 353-354.

[1271] Yomna DAOUD et Aïda KAMMOUN, « Financement bancaire islamique dans le contexte de la crise financière », *op. cit.,* p. 18

au moment de l'exécution du contrat. Il est en outre interdit de stipuler dans le contrat des conditions qui ne sont pas prévues par la religion, à moins que celles-ci viennent consolider les garanties intégrées dans l'accord. Nous avons constaté que l'intention (*niyyā*) contribue à la validité du contrat. Encore faut-il que cette intention soit guidée par des motifs conformes aux préceptes religieux.

De même qu'il est interdit de tirer profit d'une opération contractuelle dont on ne supporte pas le risque, l'Islam condamne l'enrichissement injustifié. Il s'agit d'établir le « juste prix » qui doit favoriser des rapports d'égalité et d'équité entre vendeurs et acheteurs, d'où l'exigence rigoureuse d'une équivalence dans les prestations, dont un auteur affirme qu'elle constitue *« une idée fondamentale »* [1272], un des principes moteurs de l'Islam.

Essentiellement fondé sur l'équité et l'équivalence des prestations contractuelles, le droit islamique rejette l'intérêt (*ribā*) et l'incertitude (*gharār*), considérés d'ailleurs comme des *« interdictions principales »* [1273], auxquelles il faut ajouter la prohibition de la spéculation (*maīsir*). Au regard de la morale islamique, ces pratiques mettent en cause l'équilibre du contrat.

Il convient de rappeler ici que ces obligations reposent sur le donné scripturaire, mais également sur l'interprétation des théologiens pratiquant l'*ijtihād* (effort) dont l'autorité reste toutefois inférieure, bénéficiant par conséquent d'une *« présomption simplement relative de légalité »* [1274], ce qui n'est pas le cas lorsque les obligations prennent une forme contractuelle.

2. Les obligations contractuelles

La banque islamique peut être tenue d'une obligation d'ingérence dans les affaires de son client, qui peut être envisagée sous forme de participation ou de contrôle. Et en tant qu'intermédiaire, elle est également obligée de restituer les fonds qui lui ont été confiés dans le cadre d'un contrat de dépôt.

[1272] Georges-Henri BOUSQUET, *Le droit musulman*, Armand Colin, 1963, p. 145.

[1273] Voir Malek ABOU HAMDAN, *Les produits dérivés…, op. cit.,* p. 57.

[1274] Louis MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, *op. cit.,* p. 191.

a) L'ingérence dans les affaires du client

L'intervention de la banque dans les affaires du client est une question qui fait débat tant en droit français qu'en droit islamique. Cette immixion peut cependant prendre la forme d'une obligation contractuelle, pesant sur la banque, lorsque cellle-ci joue son rôle d'intermédiaire dans certaines opérations financières. Envisagée sous cet angle, l'ingérence peut se traduire par le devoir du conseil ou de la mise en garde du client par la banque, ou plus globalement une participation à la gestion d'un projet, comme dans le cas du contrat (association).

Notons qu'en matière de crédit, le droit français n'apporte aucun argument juridique préconisant l'intervention de la banque dans les affaires de son client. De fait, elle ne peut réaliser de sa propre initiative des opérations pour le compte de ce dernier, de même qu'elle ne peut l'encourager ou le convaincre de faire tel ou tel choix. Il s'agit là du principe de « non-immixtion » du banquier [1275].

Bien que la banque soit tenue à prévoir les risques potentiels du projet soutenu par le client, *« elle n'a pas à se substituer à celui-ci dans une appréciation de la viabilité de l'opération à financer, ce qui semble être une limite au développement d'un devoir de conseil »* [1276]. Cependant, comme nous l'avons constaté précédemment, il est dans l'intérêt de la banque de se renseigner sur son client avant de décider de lui accorder un prêt, et ce afin d'éviter un soutien abusif ou un financement d'une entreprise illicite ou dont le motif est interdit par la *sharī'a*.

C'est dire finalement que la banque demeure généralement placée en position de neutralité par rapport à ses clients [1277]. Ce principe a pour vertu de protéger ces derniers contre les ingérences de la banque dans la vie de leurs affaires. Il a aussi pour préoccupation de mettre la banque à l'abri, en évacuant les actions en responsabilité

[1275] Voir sur ce point, Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? », *Banque et Droit*, n° 100, mars-avril 2005, pp. 11-19.

[1276] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 306. Voir aussi Michel STORCK, « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 31, oct. 2008, p. 84.

[1277] Michel VASSEUR, *Droit et économie bancaire* 2 : « Les opérations de banque », Paris, Cours de droit, 4e éd. 1987, p. 59.

qui pourraient être engagées contre elle dans l'hypothèse où l'opération financière réalisée se révélerait dommageable pour le client ou pour les tiers.

Il se peut qu'exceptionnellement les parties au contrat de financement décident d'un commun accord que la banque soit autorsée à contrôler l'affectation des fonds. Dans ce cas, l'accord peut contenir une clause stipulant la restitution anticipée des sommes empruntées, lorsqu'il est avéré que le prêt accordé a été utilisé pour une autre fin que celle prévue initialement dans le contrat. En outre, une telle clause a pour objet la protection du prêteur, dans la mesure où une tierce partie, créancière de l'emprunteur, tenterait une action en responsabilité à l'encontre de la banque.

Il est établi que la non-ingérence n'est plus valable lorsque le législateur oblige le professionnel à faire preuve de vigilance [1278]. Nous avons souligné que le devoir de vigilance suppose, de la part de la banque, une grande connaissance des opérations qu'elle est amenée à financer pour le compte de ses clients. Elle a intérêt à ce que ces opérations ne présentent aucun risque grave et, en présence d'un tel risque, elle doit prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter que le client ou un tiers ne soit lésé par la réalisation de ladite opération [1279].

Il résulte des ces dernières remarques que le principe de non-ingérence s'estompe lorsque la banque constate qu'il y a un risque susecptible de porter préjudicie au client ou à un tiers. Notons qu'en l'absence de ce risque, l'inaction du banquier ne peut être source de sa responsabilité, et il ne sera pas redevable du dommage subi.

S'agissant de la finance islamique, les choses se présentent différemment. En effet, en raison de leur modalité de fonctionnement et des principes d'équité, d'égalité et de justice qu'elles défendent, les banques islamiques exercent théoriquement un contrôle *a priori*. Ainsi, en tant que fournisseurs des fonds, elles refusent de financer tout ce qui est illicite au regard de la *sharī'a* [1280]. À ce titre, *« elles sélectionnent avec rigueur les*

[1278] Voir *supra*, pp. 315 et s.

[1279] Jennifer CHOSSIS, *Le refus du banquier*, thèse, Droit, Université de Montpellier, 2015, p. 168 ; voir aussi Jean-Michel DAUNI EAU, Martine LEIMBACH, Jean-Pierre MATTOUT, « Contrôle des risques », *Revue banque*, 2011, n° 77.

[1280] Michaël MOATÉ, La creation d'un droit bancaire, op. cit., p. 43.

projets qu'elles souhaitent financer et surveillent constamment la rentabilité du projet » [1281]. En outre, la banque peut intervenir en tant qu'actionnaire en partageant les risques avec son client [1282]. Il arrive même qu'elle exige un siège au conseil d'administration dans la société qu'elle finance.

Il convient toutefois de noter que dans la plupart des transactions, cette ingérence n'est pas une règle, ou du moins, elle doit faire l'objet d'un accord commun entre les parties. Autrement dit, les conditions et les modes d'interventon de la banque dans un projet financé doivent être définies au préalable dans son accord avec le client.

Enfin, il faut souligner que l'obligation d'ingérence de la banque suscite des enjeux, notamment au niveau des contrats impliquant un transfert de propriété (fiducie). À titre d'exemple, dans un contrat *mūḍaraba*, l'entrepreneur (*mūḍarib*) est seul responsable de la gestion de l'activité sans aucune possibilité d'ingérence de la part du pouvoyeur des fonds (*rāb al māl*). Reste à ajouter que dans ce montage contractuel, malgré l'absence d'intervention de la banque dans la gestion de l'activité, elle dispose néanmoins d'un droit de regard, voire de participation à l'activité, sous réserve de l'accord préalable de l'entrepreneur [1283]. Et dans le cadre d'un contrat de partenariat (m*ūsharaka*), la banque partage avec son client la direction de l'entreprie et à cet égard, peut donner à son partenaire des instructions et surveiller les activités ou le résultat d'investissement.

Parmi les obligations de la banque islamique connaissant une application nuancée par rapport à son homologue occidentale, la plus importante est celle de restitution des fonds déposés par le client.

[1281] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.*, p. 307.

[1282] Kabir HASSAN et Mervyn K. LEWIS, *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, Inc., United Kingdom, 2007, p. 98. Document en ligne : https://www.kantakji.com/media/2129/b029.pdf (consulté le 20 janvier 2017).

[1283] Pascal GRANGEREAU, Mehdi HAROUN, « Financements de projets et financements islamiques », *op. cit.,* p. 54.

b) L'obligation nuancée de restitution

Rappelons tout d'abord que les ressources de la banque, qu'elles soient islamiques ou non, trouvent leur origine dans les dépôts des clients. Ces dépôts se présentent sous trois formes : les comptes courants, les comptes d'épargne et les comptes d'investissement [1284].

Notons également que malgré les différences entre l'institution bancaire islamique et la banque classique, les deux partagent des règles communes, en particulier, leur rôle de dépositaire exclusif [1285] et d'intermédiaire lors des opérations financières [1286]. Cette double qualité fait que les banques sont tenues de restituer les fonds qui lui ont été confiés par leurs clients (personne physique ou morale).

Il importe, toutefois, d'ajouter que s'agissant de la finance islamique, l'obligation de restitution des fonds connaît des limites, en raison du principe de partage des pertes et des profits où ni le montant principal ni la rémunération ne sont assurés [1287]. Comme l'explique un auteur, *« Ce partage peut diminuer ou faire disparaître les fonds déposés ou investis, dans l'hypothèse d'une perte »* [1288].

D'où l'interrogation sur le respect de l'obligation de restitution de la part de la banque islamique en tant qu'intermédiaire. Sur ce point, il faut préciser qu'en sa qualité de dépositaire, la banque islamique agit au nom de son client, en investissant les fonds de ce dernier. Cependant, eu égard à ses modalités de fonctionnement, fondées sur le partage des risques, les pertes et les les profits sont assumés par les deux parties contractantes [1289].

[1284] Karim CHÉRIF, *La finance islamique, : analyse des produits financiers islamiques, op. cit.,* p. 22.

[1285] Selon les termes de l'article 511-5 du Code monétaire et financier, *« Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme »*.

[1286] Saïdane DHAFER, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation, op. cit*., p. 38.

[1287] Jean-Baptiste DESQUILBET et Fadi KALAL, *La baque conventionnelle et la banque islamique avec des fonds prpores : contrat de dépôt et partage du risque de liquidité, op. cit.,* p. 2.

[1288] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 305.

[1289] Mahmoud EL GAMAL, *La banque islamiques aspects légaux, économiques et pratiques*, *op. cit*. p. 193 ; Alain BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ 2017, p. 497.

Sauf qu'en principe, les dépôts doivent toujours être restitués à la demande du client. C'est là une « obligation de résultat ». En conséquence, la responsabilité du banquier peut être engagée en cas d'inexécution [1290].

Par ailleurs, il convient de préciser que dans une banque classique, la restitution des fonds est accompagnée d'intérêts au bénéfice du déposant. Or, si rendre plus ne s'oppose pas à l'obligation de restitution du banquier *« au sens des normes du droit commun »* [1291], il l'est en ce qui concerne la finance islamique, puisqu'il constitue une violation du principe religieux considérant le surplus comme une rémunération de l'écoulement du temps, donc du *ribā* [1292]. C'est en partie sur ce fondement que la banque islamique peut prétendre être une alternative à la banque classique.

Une autre question peut se poser : est-ce que rendre moins que la somme déposée peut être envisagé comme une obligation de restitution ?

Cette interrogation a suscité un grand débat au sein de la doctrine française, car le contrat de dépôt est conçu comme un contrat gratuit dont la rémunération du dépositaire ne constitue pas une condition de validité [1293]. Cette thèse est contestée par certains auteurs prenant en compte l'esprit de l'article 1928 du Code civil, inscrivant dans ce contrat un *« stipulé de salaire pour la garde de dépôt »* (al. 2). Aujourd'hui avec l'essor de cette activité devenue une profession à part entière, l'idée de rémunération semble de plus en plus acquise comme condition essentielle du contrat de dépôt [1294].

Pour reprendre notre interrogation concernant la finance islamique, il importe de rappeler, tout d'abord, ce passage du Coran indiquant : *« (…) S'il y a entre vous une confiance réciproque, que celui à qui on a confié quelque chose la restitue (…) »* [1295].

[1290] Jennifer CHOSSIS, *« Le refus du banquier », op. cit.,* p. 189

[1291] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 306.

[1292] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Le prêt usuraire », *Revue Lamy droit des affaires*, 2008, p. 100.

[1293] Voir Alain BÉNABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.,* p. 493.

[1294] Pour plus de détails, voir Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2017, p. 567.

[1295] Coran, *sūrate* 2, verset 283.

Cependant, dans la pratique bancaire islamique, il est établi par le droit musulman que la rémunération pourrait être déduite de la somme déposée permettant de rendre moins, à condition qu'elle soit préalablement inscrite dans le contrat, et que le déposant ait donné son consentement. En plus de ces critères, il faut que l'accord respecte le principe de l'équivalence qui gouverne le droit des contrats dans la pensé islamique [1296].

Au cours de nos développements, nous avons constaté que parmi les critiques le plus souvent répétées par les détracteurs de la finance islamique se trouve le fait que ce système n'arrive pas à garantir le dépôt de ses clients, par manque de liquidités. Dans les institutions financières classiques sont réglementés d'un côté la rémunération des dépôts mais aussi la conservation et la restitution des fonds. Ces deux obligations sont du reste très liées, car le défaut de restitution ne peut résulter que d'une conservation défectueuse.

La banque doit également restituer l'identique et non l'équivalent. Ainsi, en droit français, le contrat de dépôt implique le droit du déposant de recouvrer totalement les fonds déposés auprès de la banque [1297]. Or, du moment que la banque islamique ne respecte pas une telle obligation, elle ne peut être en mesure de répondre à l'impératif de restitution. Comme nous le savons, la finance islamique interdit la rémunération des opérations par le fait de l'écoulement du temps.

En outre, le déposant accepte d'être rémunéré selon le principe de partage des profits et des pertes, ce qui ne garantit pas la restitution totale des fonds déposés. Il se peut même qu'à l'occasion de grande perte, « le banquier ne restituera pas les fonds reçus » [1298].

[1296] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit*., p. 91.

[1297] L'article 2 de la loi bancaire française de 1984 qualifie les fonds reçus du public de la manière suivante : *« Sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer ... »,* Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit (Voir sur cette question Jean STOUFFLET, « La loi bancaire du 24 janvier 1984 », *JGP. G*. 1985, n ° 3476). Ce texte a subi de nombreuses modifications en raison de l'harmonisation européenne des règles d'accès à la profession.

[1298] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., p. 365.

En toute logique, le fait pour le déposant de recevoir moins que la somme qu'il avait déposée auprès de sa banque, est considéré comme une violation de l'obligation de restitution du banquier en tant que dépositaire et intermédiaire. Toutefois, dans la mesure où les clauses contractuelles contenues dans l'accord fixent, au préalable, les modalités de rémunération en faisant jouer le principe de partage des risques, le banquier peut justifier toute défaillance par le consentement de son client.

Finalement, l'application de l'obligation de restitution dans le système bancaire islamique connaît des limites, notamment avec le principe de partage des pertes et des profits. Mais, la banque islamique, comme la banque classique, est la gardienne de la chose déposée. Raison pour laquelle elle est tenue de prendre des précautions pour mieux conserver, et éventuellement restituer les fonds, titres et valeurs dont elle est dépositaire. Dans cette perspective, toute faute de sa part engagera sa responsabilité.

Chapitre 2
LA RESPONSABILITÉ DES BANQUES ISLAMIQUES
UNE NOTION À DEUX DIMENSIONS

La finance islamique concerne des banques aux activités diverses allant de simples dépositaires des instruments financiers des clients à des opérations plus complexes orientées vers l'octroi de crédits destinés à l'investissement dans de grands projets ou au financement des moyens de consommation et d'administration du patrimoine des particuliers. Mais quelle que soit son activité, la banque islamique, comme toute autre banque, ne peut ignorer sa fonction première, qui est celle d'intermédiaire et de fait, doit se soumettre à des obligations vis-à-vis de son client. Ce dernier n'hésite pas, lorsqu'il subit des pertes ou lorsqu'il n'est pas satisfait des résultats de la gestion conduite par son mandataire, à engager la responsabilité de son banquier.

Nous avons toutefois constaté une certaine particularité des banques islamiques, qui réside dans l'influence des règles du droit musulman en la matière [1299]. Il faut en effet toujours garder à l'esprit qu'en Islam, religion, morale, droit, économie et finance sont liés. Cet aspect fait de la banque islamique une entité plus ou moins distincte des autres banques et cette distinction donne naissance à une relation banque/client très différente, ou du moins fortement nuancée par rapport aux liens entretenus par les banques classiques avec leurs clients. Sur ce plan, nous avons vu, par exemple, que le principe de partage des risques occupe une place importante dans les contrats de financement de projets. Dans ce cas de figure, la responsabilité de la banque est proportionnelle à sa participation [1300].

Pour dégager cette singularité de la banque islamique, nous allons aborder dans un premier temps sa responsabilité contractuelle (Section 1). Une fois ce volet examiné, nous allons, dans un second temps, mettre l'accent sur ce que l'on peut appeler la « responsabilité sociale de la banque » (Section 2), reposant principalement sur le principe de solidarité.

[1299] Voir *supra*, 248 et s.

[1300] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit*, p. 71.

Section 1. La responsabilité contractuelle des banques islamiques

Une institution bancaire, qu'elle soit islamique ou de type classique, ne peut pas fonctionner sans régulation et sans la présence de normes précises et détaillées [1301]. Par conséquent, le banquier doit connaître la réglementation en vigueur définissant aussi bien ses obligations que ses droits. À cet égard, il convient de signaler que cette connaissance devient de plus en plus compliquée dans le cas de la finance islamique, en raison de l'introduction de nouveaux contrats financiers (*ṣūkūk*, *salām* et autres contrats innommés) et surtout, en raison de l'omniprésence des règles de la *sharī'a* permettant à certains auteurs d'affirmer que « *tous les contrats utilisés dans les banques islamiques tirent leur source des règles du droit musulman depuis leur formation jusqu'à leur dénouement en passant par leur exécution* » [1302].

Sur la base de ces considérations, partagées d'ailleurs par de nombreux spécialistes de la finance islamique, il nous semble nécessaire de s'intéresser à l'application de la responsabilité contractuelle aux banques islamiques (§ 1). L'étude de cette question doit nous aider à comprendre les différents modes de règlement des différends issus de cette responsabilité (§ 2).

§ 1. Le champ d'application de la responsabilité contractuelle

Le rôle d'intermédiaire tenu par la banque islamique connaît de multiples facettes et concerne des produits divers. De ce fait, la responsabilité bancaire est bien plus forte que dans la finance conventionnelle. Sur ce point, le droit musulman, malgré une certaine souplesse concernant les contrats, se montre, en revanche, très rigoureux s'agissant de la responsabilité contractuelle. Cette remarque incite à étudier la notion de responsabilité en droit islamique (A), avant de dégager son contenu au niveau du droit bancaire (B).

[1301] Voir Tariqullah KHAN et Habib AHMED, « La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique », *Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, Djeddah (Royaume d'Arabie Saoudite), 2002, pp. 90-91.

[1302] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 410.

A. Le principe de responsabilité en droit musulman

Nous avons vu que le droit islamique repose sur certains principes généraux comme celui de l'équilibre entre les prestations, l'équité dans toute transaction… Ces objectifs entraînent des actes prohibitifs dont notamment l'interdiction des profits sans risque de perte (*kharaj bil-ḍamān*) ou encore l'enrichissement sans cause (*akl al-mal bil-baṭel*). Ces interdictions expliquent la position de la *sharī'a* concernant l'idée de responsabilité (*aḥkam al-ḍamān*) fondée sur la faute, entraînant réparation.

1. L'accent mis sur de la notion de faute par le droit islamique

Dans une vision objectiviste adoptée par le droit islamique, la faute c'est tout fait causant un dommage à autrui [1303]. Dans cette perspective, si une partie exécute ses engagements contractuels avec bonne foi, il ne pourra lui être imputé une quelconque responsabilité, même si les objectifs du contrat ne sont pas atteints. Donc, seule une inexécution fautive ou/et la non-exécution d'obligations contractuelles peut entraîner la responsabilité de la partie concernée.

Ainsi, qu'il soit dépositaire de fonds ou simple intermédiaire, la responsabilité du banquier sera engagée lorsqu'il y a faute de sa part. Il faut aussi qu'il y ait une relation de causalité entre la faute de la banque et le préjudice subi par son cocontractant. Ce qui signifie qu'en cas de force majeure [1304], cette responsabilité n'a pas lieu d'être. En effet, la règle est que *« l'on est responsable de son fait, mais l'on n'est responsable que de son fait »* [1305]. Il faut bien noter que le cas de force majeure implique souvent l'impossibilité d'exécution du contrat [1306].

[1303] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale en droit musulman, op. cit.,* p. 151.

[1304] En droit civil, comme en droit administratif, la question de la force majeure a fait l'objet d'une abondante littérature. Concernant les contrats de droit civil, voir Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », PUF, 22ème éd. 2000 ; Philippe MALAURIE, *Cours de droit civil*, t. VIII, « Les Contrats spéciaux… ». S'agissant des contrats de droit administratif, voir Laurence JÉGOU O, « L'application de la force majeure en droit des contrats », *Mel. L. Richer*, LGDJ, 2013, p. 355.

[1305] Chafik CHEHATA, *Essai d'une théorie générale en droit musulman, op. cit.,* p. 157.

[1306] Laurent AYNÈS et Philippe MALAURIE, *Cours de droit civil*, t. VIII : *Les Contrats spéciaux, civils et commerciaux*, Cujas, 1997 ; André De LAUBADÈRE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs,* LGDJ, 1984, t. 2, n° 1408 ; Yann LAURANS, « La caducité des contrats administratifs », *RFDA*, 2011, p. 495.

En principe, les situations qualifiées de force majeure sont identifiées dans le contrat, afin d'écarter tout litige sur la détermination des événements répondant ou non aux critères établis (imprévisibilité des faits, extériorité et irrésistibilité).

Ces événements sont en outre liés aux caractéristiques de chaque projet. Reste que l'effet ultime est la suspension de l'exécution du contrat pendant toute la durée de l'événement définit comme un cas de force majeure [1307]. Celle-ci ne provoque la fin du contrat qu'au cas où elle persisterait dans le temps. Cette rupture, lorsqu'elle est prévue par une clause contractuelle, peut constituer une solution dans la limte où l'exécution du contrat est devenue impossible en raison d'événements échappant au contrôle des parties contractantes. Dans la pratique, la résiliation apparaît comme une *« mesure de dernier recours »* [1308], en particulier dans les contrats de financement par les institutions bancaires de grands projets internationaux [1309].

Ces considérations mises à part, pour parler de responsabilité, il faut que la victime du préjudice apporte la preuve que la banque a commis un manquement à ses obligations contractuelles [1310]. Ce n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat où la faute du banquier est présumée dès lors que l'objectif n'est pas atteint. C'est autrement dire que la faute est conçue en fonction des particularités de l'activité bancaire, du point de vue compétence et moyens mis en œuvre. Elle est aussi liée à la nature du contrat. Ainsi, dans une transaction de type *mūḍaraba*, la banque, en tant que mandataire (*wakil*), sera responsable vis-à-vis de son client dépositaire des fonds (*rāb al māl*), par exemple en cas de faute dans le choix du *mūḍareb* (l'entrepreneur), alors même qu'elle n'intervient pas dans la gestion des activités financées [1311].

[1307] Philippe KAHN, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *JDI*, n° 3, 1975, p. 478 ; Marcel FONTAINE, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *DPCI*, n° 4, 1979, p. 485.

[1308] *Guide législatif de la CNUCDI, op. cit*., p. 167.

[1309] *Problèmes de l'inexécution et de la force majeure dans les contrats de vente internationale*, *Association internationale des sciences juridiques,* Helsinki, 1961.

[1310] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 292.

[1311] Dans la pratique, cette responsabilité rend les banques islamiques peu réceptives à ce mode de financement qu'est le *mūḍaraba*.

Dans un contrat de type *mūsharaka* (association ou partenariat), les parties contractantes, en tant que mandataires, peuvent participer à la gestion de l'entreprise. Ils se partagent les profits et les pertes proportionnellement à leur contribution. En même temps, chaque partenaire est responsable selon sa part, sauf s'il y a violation par l'un d'eux des conditions du contrat [1312]. Dans la pratique, les banques islamiques ont plutôt tendance à transférer cette responsabilité à leurs clients en les contraignant à souscrire à une assurance contre la perte ou le dommage de l'actif, objet de la transaction [1313]. Notons au passage que cette obligation s'avère incompatible avec le principe de responsabilité en droit musulman, à la fois en raison de la prohibition de l'assurance conventionnelle (cumulant le *ribā* et le *gharār*), et en raison de la violation du principe du partage des profits et des pertes.

S'agissant des contrats de vente, comme le *mūrabaḥa*, le *salām*, *l'istisnā'* et même l'*ijarā*, ceux-ci ont pour trait le transfert de propriété du bien financé, du fabricant au banquier puis au client, l'emprunteur. Donc, à un certain stade de la transaction, la banque islamique se trouve propriétaire de l'actif avant qu'il ne soit remis au preneur ultime. Cette possession momentanée du bien rend la banque responsable des vices cachés, et le cas échéant de la perte du bien. Encore une fois, la banque aura tendance à dégager sa responsabilité en faisant supporter tel risque par des tiers. À cette fin, elle peut conclure une police d'assurance dont elle répercute la prime sur le prix de revente du bien et la faire subir en fin de compte par l'emprunteur. Elle peut aussi mettre à la charge de son client les obligations relatives à l'utilisation du bien (l'entretien de la chose, par exemple). Dans ce cas, ce dernier sera amené à indemniser la banque pour tous les dommages à l'actif causés par sa mauvaise gestion ou sa négligence [1314]. Ces pratiques sont contestées par une partie des juristes musulmans lui reprochant de déroger au principe de partage des risques. Aussi considère-t-elle les contrats comportant de telles clauses comme nuls.

[1312] Muhammad Taqi USMANI, *An introduction to Islamic finance, op. cit.,* p. 32.

[1313] Voir Walid HEGA Y, « Islamic liability (*Damān*) as practiced by Islamic financial institutions », *op. cit.,* p. 811.

[1314] Pascal GRANGEREAU, Mehdi HAROUN, « Financements de projets et financements islamiques », *op. cit.,* p. 60.

Pour terminer sur ce point, notons que la responsabilité peut naître en dehors d'un lien contractuel, c'est-à-dire que les faits générateurs de la responsabilité peuvent exister sans qu'il y ait violation d'une clause contractuelle. C'est le cas lorsqu'il est constaté le non-respect de certaines règles religieuses, en particulier celles de la mise en place au sein de la banque d'un service consacré à la *zakāt* (aumône) ou l'institution d'un comité consultatif de la *sharī'a* chargé de contrôler la conformité des produits aux règles islamiques.

- Le recouvrement de l'aumône fait appel à un tiers (la banque), le rapport entre ce dernier et le client n'est pas fondé sur un contrat [1315].

- Il en est de même lorsque le comité de la *sharī'a*, qui travaille pour la banque, enfreint aux règles de sa mission portant ainsi préjudice à autrui. Le droit musulman précise que les *fūḳahā* chargés de formuler des *fatwa* sont redevables en cas d'infraction d'une règle évidente, comme l'indique un auteur, soulignant que *« 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 »* [1316]. Dans ces conditions, la banque transfère la responsabilité au comité de la *sharī'a* pour avoir transgressé les enseignements religieux [1317].

Il résulte de ces remarques que le droit musulman semble être fidèle à la notion de faute pour engager la responsabilité, et cela se comprend par la prédominance du principe d'équilibre et d'équité dans la sphère contractuelle.

C'est d'ailleurs ce même principe de rétablissement de *« l'équilibre rompu »* qui semble justifier la réparation des dommages, qui peut être perçue comme *« une simple restitution »* [1318].

[1315] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 359.

[1316] IBN HAMDAN, « la qualité de mufti et de celui qui demande la fatwa », Bureau Islamique, Beyrouth, 1982, p. 21. Cité par Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, approche islamo-juridique*, thèse, Droit, Université Côte d'Azur, 2016, p. 419.

[1317] Nazih HAMED « Les instances charaiques dans les banques islamiques, détermination des conditions », *Revue du Groupement Jurisprudentiel Islamique*, n° 19. 2004, p. 297.

[1318] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit*., p. 53.

2. Le dédommagement comme outil rétablissant l'équilibre rompu

En droit musulman, la responsabilité implique la notion de *ḍamān*, qui désigne le fait de garantir le dommage, particulièrement le dommage matériel, quelle qu'en soit la cause [1319]. À ce sujet, les rites *chaféites*, *malékites* et *ḥānbalites* définissent le mot *ḍamān* comme étant une caution (*kafalā*), dont l'objet est de garantir la responsabilité d'une partie (*ḍimmā*) par rapport à une autre partie. Les *hanéfites*, eux, l'utilisent pour signifier l'obligation d'indemniser un préjudice causé à autrui. Reste que selon la majorité des jurisconsultes, le terme *ḍamān* consiste en la responsabilité de supporter la perte résultant de la détérioration ou destruction fautive d'un bien [1320]. Il s'agit dans tous les cas de figure de biens matériels dont l'utilité ou la valeur a été réduite en raison d'une faute, ce qui écarte les biens incorporels ainsi que le préjudice moral [1321]. C'est dire que le droit islamique appréhende le principe de dédommagement dans le sens de réparation en vue de rétablir de manière objective l'équilibre que le dommage a rompu. En outre, un contractant est tenu à compenser l'autre partie seulement si le préjudice subi par ce dernier provient de la faute du premier. Donc, il est question d'un dommage réel, présentement subi et résultant de la faute d'une partie au contrat. Dans cet esprit, il est convenu que *« le dédommagement vaut transfert de propriété au jour du délit : si un agriculteur détruit la récolte de son voisin, il est supposé la lui avoir achetée le jour du délit, l'indemnité étant assimilée à un prix de vente en raison du principe que la chose et son prix ne peuvent être détenus par la même main »* [1322].

Il importe d'ajouter que la garantie d'un dédommagement dans la jurisprudence s'étend à tous les contrats : la *mūḍaraba*, la *mūrabaḥa,* l'*ijarā*, etc. Dans ces conventions, l'indemnisation par la banque repose sur l'idée que le client est présumé non fautif. Pour illustrer cet état d'esprit, prenons l'exemple de la *mūḍaraba* :

[1319] Voir Hiroyuki YANAGIHASHI, « L'évolution de la théorie de responsabilité contractuelle en droit *ḥānafite* et en droit Malikite », *Orient*, vol. 28, 1992, pp. 147-165.

[1320] Mohamed Ali ELGARI, « Credit risk in Islamic banking and finance», *Islamic Economic Studies*, vol. 10, n° 2, March 2003, p. 13. Doc. in http://www.irti.org/English/Research/Documents/IES/104.pdf) consulté le 21 janvier 2017).

[1321] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit*., p. 53.

[1322] *Ibid*., p. 54.

Dans le cadre de ce contrat, l'entrepreneur (*mūḍareb*) agit pour le compte du fournisseur du bien et en tant que partenaire (*sharik*) il partage les profits générés par l'opération. En cas de pertes, il n'est pas responsable du manque à gagner [1323], sauf s'il a manqué à ses obligations ou s'il a commis un acte de transgression (*taḥāddī*) vis-à-vis de la législation, du contrat conclu avec le propriétaire de la chose, ou par rapport à la tradition et à la coutume [1324].

En sa qualité de mandataire, l'entrepreneur bénéficie, en principe, d'une présomption d'honnêteté, de loyauté et de compétence liée à la propriété qui lui a été confiée aux termes de l'accord. Dès lors, en cas de préjudice, il appartient à la banque de prouver qu'il a violé les clauses du contrat ou qu'il a été imprudent ou négligeant dans la gestion du capital qui lui est confié. Si la preuve est établie, l'indemnisation de la banque en vertu des règles de *ḍamān* est limitée aux dommages réels, c'est-à-dire les atteintes qui se produisent sur un actif existant et identifiable, excluant les types de dommages qui pourraient être couverts selon les règles classiques de responsabilité, tels que le manque à gagner ou les dommages moraux [1325]. Là encore, les banques islamiques, se montrent réticentes à considérer *a priori* la présomption d'innocence de l'entrepreneur. Elles ont, au contraire, tendance à inverser cette présomption en exigeant de son cocontractant qu'il prouve n'avoir pas commis de faute.

Pour clore ce point, rappelons que dans le contrat *mūsharaka*, reposant sur le partage des profits et des pertes, seule l'inexécution fautive entraîne la responsabilité et justifie, le cas échéant, le versement d'indemnités à la partie lésée. Ainsi, dans le cadre d'un projet d'investissement, le bailleur de fonds ne pourra pas récupérer son capital ni le profit escompté si son partenaire n'a pas commis d'erreur [1326].

[1323] Selon le droit musulman, le *mūḍarib* n'est pas tenu à garantir un minimum de rendement. Une telle obligation sera considérée comme non exécutoire et le contrat comme nul d'effet. Voir Hiroyuki YANAGIHASHI, « L'évolution de la théorie de responsabilité contractuelle en droit *ḥānafite* et en droit Malikite », *op. cit.,* p. 803.

[1324] La référence à la coutume pour définir la transgression de l'entrepreneur marque l'importance de son rôle comme source de droit islamique.

[1325] Ces limitations sont fondées sur les principes de l'interdiction de l'enrichissement injuste (*akl al-mal bil-baṭel*) ; de l'intérêt, s'agissant de perception ou paiement (*ribā*) et de l'incertitude/aléa (*gharār*).

[1326] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit*., p. 71.

Il résulte de ce qui précède, que la faute est l'élément essentiel générateur de la responsabilité. La faute étant définie comme un manquement aux obligations prévues par le contrat causant à autrui un dommage réel [1327]. Il s'agit alors d'une responsabilité civile [1328].

La responsabilité de la banque peut aussi être engagée à l'issue d'actes considérés contraires aux dispositions de la loi bancaire, voire en infraction avec les normes réglementaires et législatives en général. Dans ce cas de figure, nous sommes en présence d'une responsabilité pénale.

Ces observations nous conduisent à examiner de plus près le contenu de la responsabilité des banques islamiques, qui dégage une certaine spécificité liée à leurs activités et au poids des règles religieuses en la matière.

B. Le contenu spécifique de la responsabilité des banques islamiques

La spécificité relative des modes contractuels de financement islamique a pour effet de faire supporter par la banque une grande responsabilité [1329] que l'on peut constater à la fois au niveau des types d'infractions et par rapport à la position du banquier en tant qu'intermédiaire.

1. Les types d'infractions

Comme n'importe quelle banque, l'institution bancaire islamique est soumise à des obligations générales que l'on a étudiées dans les développements précédents. Les plus connues sont celles de confidentialité et d'information. Toute violation de ces obligations constitue une faute de nature à engager sa responsabilité civile à l'égard de ses clients ou des tiers [1330], et sans doute sa responsabilité pénale. Outre la faute, la négligence peut également être à la base d'une telle responsabilité.

[1327] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.*, p. 53.

[1328] Patrice JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9e éd., Dalloz, 2014.

[1329] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 143.

[1330] François BOUCARD, « Les nouvelles obligations du banquier », *op. cit*., §. 3.

a) La violation de l'obligation de confidentialité

En droit français, le respect de la confidentialité constitue une obligation légale et l'Autorité de Contrôle Prudentiel (ACP) peut prendre des sanctions à l'encontre de l'établissement bancaire en cas de transgression [1331]. Sur ce point, le droit musulman rejoint le régime de la responsabilité en droit français en considérant que toute transgression de l'obligation de confidentialité est sanctionnée par le droit applicable aux contrats. Ainsi, la banque qui enfreint à cette obligation s'expose à des sanctions civiles, pénales et disciplinaires. Sur le plan civil, sa responsabilité peut être engagée en raison du dommage subi par son client. Du point de vue pénal, c'est un délit de violation du secret professionnel et, le cas échéant, il s'agit d'un délit de divulgation d'informations pouvant nuire à la réputation ou à la considération des personnes. La lecture du Code saoudien de contrôle des banques, précise clairement dans son article 19 qu'*« 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 »*. Des sanctions sont prévues par le Code, comme l'indique l'article 23 dans son paragraphe 2 : *« est passible de prison pour une période ne dépassant pas les 2 ans et d'une amende ne dépassant pas 20 000 Riyals saoudiens, ou par l'une de ces sanctions, toute personne qui enfreint l'article 19 »* [1332].

Pour qu'il y ait responsabilité, il faut que les secrets soient divulgués par une personne appartenant à la banque et qu'ils soient indispensables pour le client. Autrement dit, l'élément générateur de la responsabilité est l'importance pour le client du secret détenu par les professionnels de la banque. Sous cet angle, toutes les législations bancaires et financières sanctionnent la divulgation des secrets bancaires en tant que violation de la protection dont bénéficient les clients. Cependant, il faut la réunion de trois éléments pour incriminer l'acte de divulgation : un élément légal, un élément matériel et un élément moral.

[1331] Code monétaire et financier, art. L. 613-21.

[1332] Code saoudien de contrôle des banques, décret royal n° 5 du 11 juillet 1966.

- L'élément légal suppose que la responsabilité n'est établie qu'en la présence d'un « texte incriminant la divulgation des secrets professionnels ». En vertu du principe de la légalité criminelle, il n'y a pas de crime sans une loi le spécifiant clairement (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) [1333]. Cette règle étant absolue et générale, aucune exception ne peut être faite, quelle que soit la gravité de l'acte. Notons, par ailleurs, que ce principe constitue un rempart contre l'arbitraire.

Ce critère légal participant à la responsabilité de la banque n'a pas manqué de soulever quelques interrogations s'agissant des comités de la *sharī'a*. Ces derniers, en fonction de leur mission de contrôle de l'activité bancaire, détiennent nécessairement des informations confidentielles [1334]. Mais, selon certains jurisconsultes, ils ne peuvent être sanctionnés pour divulgation des secrets bancaires, car l'incrimination en elle-même n'existe pas dans les lois positives islamiques.

En outre, il est dit que les membres du comité ne fournissent pas leurs services directement aux clients et les informations dont ils ont connaissance ne leur sont pas données par obligation ou par nécessité, mais du fait de leur mission d'organe du contrôle de conformité des transactions financières à la loi islamique. Ainsi, s'il faut admettre que le comité de la *sharī'a* peut être responsable pénalement de ses actes lorsqu'il porte atteinte à l'institution financière, cela ne pourrait être possible que *« si les textes des lois le stipulent dans leurs articles »* [1335].

- S'agissant de l'élément matériel, celui-ci consiste dans la divulgation en tant qu'acte « concret », et dans le fait que cette divulgation porte sur une information confidentielle, et finalement dans le fait que la confidentialité porte sur la profession, autrement dit, sur les secrets des clients gardés par l'institution financière.

[1333] En ce sens, le code pénal français, à son article 111-3, prévoit que *« seuls les actes expressément incriminés par un texte sont des infractions »*.

[1334] Voir Hassine Hamed HASSEN, « La responsabilité charaique et juridique des membres des instances charaiques », in *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, Bahrayn, 2003, pp. 51-54

[1335] Voir sur ce point, Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, approche islamo-juridique, op. cit*., p. 439.

Il est à noter ici que contrairement aux lois positives incriminant uniquement la divulgation des secrets professionnels, la *sharī'a* invite à la confidentialité de tous les secrets dont la divulgation pourrait causer des dommages à autrui ainsi que toute violation ou atteinte aux principes islamiques, *« et ce indépendamment de la nature du secret, de son propriétaire et de la personne à qui on l'a confié »* [1336].

La divulgation consiste en la transmission à un tiers d'une information, d'une situation ou d'un fait considéré par la législation, les usages ou le titulaire du secret, comme une information essentielle à protéger. Elle peut se faire oralement, par écrit ou par simple indication, insinuation ou rumeur entraînant des préjudices dûment constatés. La *sharī'a*, quant à elle, va plus loin en estimant que la divulgation est une infraction à la loi islamique même si elle ne provoque pas des dommages, et cette infraction est susceptible de sanction.

- Pour ce qui est de l'élément moral, il s'agit de l'intention criminelle, en ce sens, que la divulgation du secret professionnel n'est sanctionnée que si elle est préméditée. Dans cette perspective, n'est pas considéré comme fautif celui qui révèle un secret par négligence ou inadvertance. Cependant ce principe n'interdit pas la responsabilité née du fait de la négligence, qui oblige à indemniser la personne lésée [1337].

Il y a lieu de relever ici que la question de l'intention criminelle est l'objet d'une controverse au sein de la doctrine musulmane. Alors que les uns retiennent l'intention privée, impliquant une volonté de nuire à autrui, d'autres insistent plutôt sur l'intention générale, c'est-à-dire celle de divulguer un secret que la personne à l'origine de cet acte n'aurait pas connu sans sa profession et tout en étant conscient que cette divulgation est punie par la loi. C'est cette deuxième opinion qui a reçu la faveur de la plus grande partie des spécialistes du droit islamique [1338].

[1336] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, approche islamo-juridique, op. cit*., pp. 445-446.

[1337] Voir *infra*, pp. 349 et s.

[1338] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit*., p. 447 ; Hassine Hamed HASSEN « La responsabilité charaique et juridique des membres des instances charaiques », *op. cit,* pp. 26-27.

Sauf les situations où la loi elle-même oblige à la divulgation du secret bancaire dans l'intérêt général, le principe est la sanction des auteurs du délit. C'est le cas également lorsqu'il est constaté un défaut d'information.

b) Le défaut d'information

L'absence ou l'insuffisance d'information à destination du client de la banque peut engager sa responsabilité. Nous avons vu que les parties devaient être pleinement au courant du contenu du contrat et de ses effets. Dès lors, en droit musulman, un contrat incomplet suscite de l'incertitude et par conséquent génère le *gharār* dont l'excès peut rendre l'accord invalide [1339]. Cette situation commande au banquier d'être précis dans la rédaction de l'accord et d'informer son client sur toutes les conditions qui y sont attachées.

L'information est renforcée par le devoir de mise en garde dès lors qu'il existe un risque particulier : la nature spéculative de la transaction [1340], le caractère hasardeux d'une opération de crédit dû à une *« disproportion entre l'endettement né du crédit et les capacités financières de l'emprunteur »* [1341]. Dans tous les cas, le banquier est tenu d'attirer l'attention de son client sur ces risques, et si, par hasard, il omet de faire (consciemment ou inconsciemment), sa responsabilité est engagée, à moins qu'il soit avéré que le client a fourni à la banque des informations erronées, *« ce qui constitue une cause d'exonération tirée de la faute du créancier/victime »* [1342].

En droit français, la sanction du défaut d'information et de mise en garde se traduit par des dommages-intérêts dont le montant varie en fonction de la probabilité de réalisation du risque : plus le risque est excessif, plus la réparation est élevée [1343].

[1339] François GUÉRANGER*, Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.*, p. 55.

[1340] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « Le devoir d'information comme moyen de protection des investisseurs en France », *RDLA* 2013, n° 82, p. 74.

[1341] Jennifer CHOSSIS, *Le refus du banquier, op. cit*., p. 24 ; Stéphane PIÉDELIÈVRE, « Emprunteur non-averti et responsabilité bancaire », *Rec*. *D*, 2007, p. 2081.

[1342] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique, op. cit*., p. 302.

[1343] Marc MIGNOT, « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter ? », in Jérôme. LASSERRE-CAPDEVILLE et Michel STORCK (dir.) *Le crédit : aspects juridiques et économiques*, Paris, Dalloz, 2012, p. 81.

En finance islamique, l'obligation d'informer et de mettre en garde est exigée, notamment dans la commercialisation des produits dérivés (*ṣūkūk, salām, istisnā'*…). Cette activité est jugée par nombre de spécialistes comme étant *« un exercice très risqué »* [1344] qui implique de la prudence de la part des partenaires. Aussi est-il recommandé que les conseils donnés par la banque ne soient pas pris à la légère.

Cette dernière remarque nous amène à une réflexion concernant le comité de la *sharī'a*. On sait que cet organe exerce au sein de l'institution financière un rôle important du contrôle de conformité des produits bancaires à la loi islamique. Il prend à cet effet des *fatwas* (avis) pour éclairer la banque sur ses activités conformes. À ce titre, on considère que son 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 charaique serait plus important car il traite des aspects charaiques 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 charaique n'est pas correctement assuré par les organes en question en toute efficacité, professionnalisme et indépendance* » [1345]. Soit. Mais que penser d'une *fatwa* fallacieuse ? C'est-à-dire lorsqu'un membre du comité autorise une transaction sans être certain sur la permission de son fondement, et que le client de la banque, prenant acte de ce conseil, commet une action blâmable ou prohibée sur la base de cette fatwa. En réponse à notre question, on peut s'appuyer su un *ḥadīth* du Prophète disant que *« celui qui a communiqué une fatwa non mûrement réfléchie ou justifiée, engage sa responsabilité »* [1346]. Dans un autre *ḥadīth*, il est spécifié que *« (…) s'il ne reste plus de sages, les gens vont consulter des ignorants incompétents, qui donnent leur fatwa sans connaissance de cause, ils contribuent de ce fait, à la perte des gens*

[1344] Voir notamment Gilles SAINT-MARC, Miriam DOUNAS, « Commercialisation des produits dérivés, un exercice risqué », *Revue Banque* n° 763, sept. 2013, p. 64.

[1345] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit*., p. 439.

[1346] Rapporté par Ahmad IBN MĀJJĀ dans son recueil des *ḥadīth*, *La Sūnnā*.

ainsi qu'à leur propre perte » [1347]. Il faut en déduire, naturellement, que le comité de la *sharī'a* est responsable de l'avis donné, induisant l'institution bancaire en erreur [1348]. Il appartient à cette dernière de prendre les sanctions qui s'imposent et qui peuvent aller jusqu'à la destitution de l'organe religieux.

Il faut retenir de ce qui précède, que la responsabilité de la banque pour défaut de mise en garde et d'information a pour objectif premier de protéger la partie vulnérable du contrat (le client) et d'assurer un meilleur équilibre contractuel. La mise en cause de l'institution bancaire pour négligence relève du même principe.

c) La responsabilité de la banque pour faute grave ou négligence

La négligence du banquier peut consister en la divulgation, édition ou publication accidentelle de renseignements confidentiels. Ce manque de vigilance est considéré alors comme une faute professionnelle entraînant la responsabilité du banquier qui ne s'est pas comporté comme un vrai professionnel.

Dans ce contexte, la victime de la négligence peut prétendre à des indemnités, à la condition qu'elle arrive à prouver la défaillance du banquier. Le banquier aura donc à répondre à l'accusation d'inexécution de ses obligations et ne pourra s'en libérer qu'en démontrant qu'il a agi conformément au droit bancaire.

Il est connu qu'au sein d'une banque des services d'études et de renseignements sont présents et ont pour fonction d'accumuler les informations au sujet des clients. C'est dire que la banque dispose suffisamment de moyens pour apprécier la solvabilité de son client. Dans ces conditions, l'octroi d'un crédit à la légère pouvant causer un préjudice au client et à la banque elle-même est assimilé à une négligence, donc une faute pouvant entraîner la responsabilité du banquier.

Notons que ce n'est pas toujours facile de définir le contenu de cette obligation de vigilance [1349]. Celle-ci doit être apprécié par rapport à la nature de l'opération que le

---

[1347] Ṣaḥiḥ 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 », éd. Al-Ḥadīth, 2012, *ḥadīth* n° 2673.

[1348] Voir Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit*., pp. 448 et s..

[1349] Voir sur ce point, Jennifer CHOSSIS, *Le refus du banquier, op. cit*., pp. 232 et s.

banquier sera amené à effectuer (dépôt bancaire, crédit, paiement et encaissement, virement, etc.) ; c'est elle qui va déterminer sa responsabilité, sans négliger les *« usages professionnels »* [1350] qui peuvent jouer un rôle important, vu que les activités du banquier ne sont pas toutes prévues expressément par la loi, et encore moins dans les contrats conclus avec les clients.

La négligence peut aussi résulter du non-respect du délai dans une transaction mettant en jeu des intérêts considérables, comme en matière de financement de projets industriels ou commerciaux. Vu le risque encouru dans ce genre d'opérations, le manque de diligence peut faire perdre au banquier ses droits cambiaires [1351]. Prenons le cas du contrat *ijarā* (location-bail). Dans ce domaine, les banques islamiques ont innové en dépassant leur rôle conventionnel de simple prêteur de fonds pour endosser également celui d'associées à une entreprise, avec tout ce que cela implique en termes d'obligations et de responsabilités. Elles doivent par conséquent se montrer vigilantes en étudiant profondément la situation financière et comptable de l'entreprise avec laquelle elles s'engagent et ce, afin de minimiser les risques résultant parfois du manque de transparence et d'information sur leurs futurs partenaires. À défaut de cet effort d'investigation, la banque engage sa responsabilité pour négligence ou faute grave et en assume les conséquences.

Reste à déterminer les types de responsabilités nés d'une faute ou de négligence. Sur ce point, on distingue deux cas d'espèce : il y a 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 à la *sharī'a* et aux lois positives. La deuxième responsabilité est celle née d'une négligence qui incombe au contractant ayant failli à une obligation non clairement stipulée dans le contrat [1352].

[1350] Éric NEMADEU DJUITCHOKO, *Le traitement du conentieux bancaire*, thèse, Droit privé, Université Jean Monet, Saint-Étienne, 2011, p. 25 ; Nathalie Laure TSOBGNI DEJOUMETIO, *Les banques et la mise en œuvre du dispositif préventif de lutte contre le blanchimen des cpaitaux au Cameroun et en France,* Droit pénal et Siences criminelles, Université de Strasbourg, 2015, p. 102.

[1351] Olivier JERE , *Le secret bancaire*, Paris, éd. Revue banque, 2000.

[1352] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit*., p. 408.

Mais pour qu'il y ait responsabilité contractuelle liée à une négligence, il faut la réunion de trois conditions : la faute contractuelle, le dommage, et la relation de cause à effet entre les deux.

La faute contractuelle résulte du non-respect par la banque de l'engagement pris dans le contrat. Précisons que la responsabilité contractuelle ne fait pas de différence entre la faute volontaire et la négligence quant à la sauvegarde des intérêts du client.

Il est à noter également que 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 »* [1353].

La règle est celle que la personne doit être capable de discernement pour que sa responsabilité soit engagée et pour que la négligence soit retenue.

Cependant, la faute à elle seule ne suffit pas à prouver la responsabilité contractuelle, il faut qu'elle engendre des dommages réels, effectifs ou susceptibles de l'être. Ces dommages peuvent être matériels ou moraux. Le dommage matériel est constaté lorsqu'il y a négligence d'un intérêt ayant *« une valeur financière »*, et le dommage moral prend forme quand une personne a été affecté dans sa dignité, dans son honneur et dans sa réputation et *« peut être évalué en argent »* [1354].

Mais il ne suffit pas de prouver la faute contractuelle et de juger que la personne concernée a été lésée, encore faut-il qu'il y ait un lien de cause à effet, en d'autres termes, il faut prouver que les dommages subis résultent indiscutablement de cette faute contractuelle. Et c'est à la personne dénonçant la violation des termes du contrat de montrer qu'il existe une relation entre la faute de la banque et le préjudice subi [1355].

[1353] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit.*, p. 417.

[1354] *Ibid.*, p. 418.

[1355] Voir Loulla CHAMINAH, *Le responsabilité civile du banquier en droit malgache*, thèse, Droit des affaires, Université Paris I, 2015, p. 82.

Il importe d'ajouter que la responsabilité due à la négligence recouvre, en droit islamique, la notion de *ḍamān* (garantie de dédommagement). Ainsi, selon les règles de la *sharī'a*, l'auteur d'une faute doit indemniser la personne lésée [1356]. Cependant, ce principe semble connaitre des limites lorsque la personne en cause est le comité de la *sharī'a*. En effet, s'il est démontré que ce comité a commis une faute en prononçant une *fatwa* sur un produit ou sur une transaction financière, puis s'est rétracté par la suite ou a changé d'avis, et que dans l'intervalle, cela a porté préjudice à l'institution bancaire ou à des tiers, *« elle n'est pas tenue responsable car la question relève de l'ijtihād, tant que ce dernier ne comporte pas une infraction d'une règle connue et évidente, implicitement ou par mention explicite dans les textes »* [1357].

Cette opinion est soutenue par les jurisconsultes musulmans affirmant que les *fūḳahā'* (théologiens) ne peuvent être tenus responsables des préjudices financiers causés par leur effort de réflexion sur *« des questions pour lesquelles il n'y a pas de textes clairs »* [1358] et qu'il faut les interpréter, selon les circonstances, les lieux et la nature des produits soumis à leur jugement.

Selon Aasem Madkhali, cette rigueur dans le raisonnement explique pourquoi la faute pour négligence n'est admise que lorsque l'avis du comité de la *sharī'a* aborde une question évidente, c'est-à-dire que la *fatwa* erronée avait porté sur une question déjà consacrée par la loi islamique, par la logique analogique (*ḳiyāṣ*) ou par un enseignement précis qui ne prête pas à interprétation. C'est dans ce cas seulement que l'organe religieux assume les dommages causés à la banque et les pertes financières qui en résultent [1359].

[1356] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit*., p. 418.

[1357] *Ibid*., p. 415.

[1358] *Idem*.

[1359] *Ibid*. p. 416. Voir également Nazih HAMED, « la responsabilité charaique et juridique des membres de l'instance de contrôle charaique », étude présentée lors du 2e congrès des instances charaiques des institutions financières islamiques, Bahreïn, 2001, pp. 12-13.

On ne peut clore ce point sans évoquer des cas de fautes graves engageant indubitablement la responsabilité de la banque. Il s'agit tout d'abord du blanchiment d'argent [1360]. Rappelons à cet égard que plusieurs législations ont aujourd'hui introduit une certaine atténuation du secret bancaire, ce dernier étant de plus en plus assimilé aux opérations de blanchiment d'argent [1361]. Les instances internationales et certaines puissances mondiales vont jusqu'à imposer à de nombreux pays d'adopter une législation sur la lutte contre ce phénomène, comme une condition centrale pour parfaire la coopération bilatérale et multilatérale [1362].

Il en est de même des actes frauduleux consistant en des détournements de fonds, du vol ou de corruption impliquant une partie interne à la banque.

Toutes ces actions sont porteuses de responsabilité, ou plutôt, comme le précise Jennifer Chossis, *« l'irresponsabilité du banquier eu égard à ces fautes commises par ses clients cesse lorsque des anomalies révélatrices de fraude auraient dû l'alerter sans qu'il ait, pour autant, besoin de s'immiscer dans les affaires de son client »* [1363]. Il s'agit alors d'un manque de vigilance de la part du banquier, constitutif de faute grave qui peut lui être imputée.

La responsabilité de la banque peut être appréhendée sous un angle différent, celui du statut du banquier en tant que mandataire.

2. La responsabilité de la banque en sa qualité de mandataire

En tant que mandataire, la responsabilité du banquier est engagée par rapport à l'exercice de ses opérations de paiement et d'encaissement. La banque engage aussi sa responsabilité concernant les fonds déposés par son client ainsi qu'en ce qui concerne l'octroi de crédit.

[1360] Jean-Louis RIVES-LANGE et Monique CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6e éd., Dalloz, 1995, n° 169.

[1361] Voir Sabrina SUSEC, *Le secteur bancaire et financier français face à la corruption : un système d'intégrité en construction*, Thèse, Université Cergy-Pontoise, 2015, pp. 80 et s.

[1362] Voir Jean CHAPPE , « La lutte internationale contre le blanchiment des capitaux d'origine illicite et le financement du terrorisme », *AFDI*, 2003, pp. 542-562.

[1363] Jennifer CHOSSIS, *Le refus du banquier, op. cit.*, p. 167.

a) La responsabilité en lien avec le paiement et l'encaissement

Les opérations de paiement et d'encaissement constituent des éléments essentiels de l'activité bancaire. Dans ce cadre, le banquier est forcé d'exécuter son mandat ; il s'agit alors d'une obligation de moyen qui demande de sa part de la vigilance d'un *« bon père de famille »* [1364] ou d'homme avisé agissant en *« bon professionnel »* [1365].

En même temps, le banquier droit rendre compte de l'accomplissement de sa tâche, qui est apprécié comme étant une véritable obligation de résultat [1366]. Dans ce cadre, la simple inexécution ou toute faute dans l'exécution de ses obligations entraîne la responsabilité du banquier [1367]. Ainsi, une inexécution injustifiée de paiement ou une exécution entachée d'irrégularité est une faute susceptible d'engager la responsabilité contractuelle, voire délictuelle du banquier, s'il en est résulté un dommage au cocontractant, donneur d'ordre.

Il faut savoir que le banquier est tenu de se conformer aux instructions qu'il reçoit, ainsi qu'aux usages spécifiques concernant chaque opération [1368]. Ainsi, la réception d'un ordre de virement au bénéfice de son client signifie paiement immédiat et à partir de cet instant, la responsabilité de la banque est engagée : Il ne peut, par exemple, ajourner l'échéance de paiement, sinon il se rend responsable de son acte [1369].

[1364] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 175 ; Ibrahim CECIKI, *Le cadre juridique français des opérations des opérations de crédit islamique, op. cit.,* 547

[1365] Philippe Le TOURNEAU, *Responsabilité civile professionnelle*, 2e éd., Dalloz, 2005, n° 1.10 ; Richard ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier, op. cit.,* p. 17 : *« la responsabilité du banquier même a subi une évolution considérable. La responsabilité du banquier est passée en quelque sorte du régime général de la responsabilité civile au régime particulier de la responsabilité des professionnels, mais aussi de la responsabilité particulière des professionnels à une responsabilité (…) encore plus particulière »*.

[1366] Voir Paul-Henry ANTONMATTEI, Jaques RAYNARD, *Droit Civil : Contrat spéciaux*, LexisNexis, 7e éd. 2017, p. 407.

[1367] Jennifer CHOSSIS, Le refus du banquier, *op. cit.,* pp. 188-189 ; Françoise DEKEUWER-DÉFOSSE , Sophie MOREIL, *Droit bancaire*, LGDJ, 2016, p. 87.

[1368] Voir Ghita LAHRECH, « La responsabilité du banquier », p. 6. Document disponible sur le site : https://docplayer.fr/8698584-La-responsabilite-du-banquier-lahrech-ghita-introduction.html (Consulté le 26 avril 2017).

[1369] Voir Loulla CHAMINAH, *La responsabilité civile du banquier en droit malgasy, op. cit.,* p. 319.

Dans tous les cas, le plaignant peut obtenir une réparation correspondant le plus souvent à la perte financière subie [1370] ou au discrédit que le refus ou le retard de paiement aura occasionné [1371].

Il convient cependant de signaler que selon l'article L.133-10 du Code monétaire et financier, le banquier peut refuser d'exécuter l'ordre transmis, à codition de motiver son refus et de le notifier au donneur d'ordre [1372].

Dans la mesure où paiement et encaissement sont des opérations indissociables, la même réflexion peut donc être menée pour ce qui est de l'opération d'encaissement. En principe, la responsabilité du banquier peut être engagée lors de la réception des fonds. Sur ce point, il est nécessaire de rappeler que la banque, en vertu du principe de non-immixion, n'a pas à chercher la provenance de l'argent, ni *« les mouvements de fonds que lui ordonne le client, ni même l'origine et la destination de ces fonds »* [1373]. Toutefois, l'opération d'encaissement peut parfois cacher des actes illicites, pouvant porter préjudice à des tiers, telle, par exemple, la réception de fonds provenant d'un vol, de blanchiment de capitaux, de fraude fiscale ou de chèques falsifiés. Dès lors, la banque, en sa qualité de mandataire, doit faire preuve d'une grande vigilance en vérifiant les anomalies éventuelles, afin d'éviter tout ce qui pourrait être source de dommage financier, sinon elle peut être tenue responsable envers les victimes.

En tant qu'intermédiaire, la banque dans ses activités de commerce d'argent, est responsable des fonds déposés et des crédits accordés à ses clients.

[1370] Régine BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, 11e éd., LGDJ, 2015, n° 362.

[1371] Richard ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier, op. cit*., n° 21-30. *Ibrahim Zeyyad CEKICI, Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.*, p. 366.

[1372] En effet, l'article L.133-10 du Code monétaire et financier précise : *« Lorsque le prestataire de services de paiement refuse d'exécuter un ordre de paiement ou d'initier une opération de paiement, il le notifie à l'utilisateur de services de paiement, ou met la notification à sa disposition selon les modalités convenues, dès que possible et, en tout état de cause, dans un délai ne pouvant excéder celui prévu à l'article L. 133-13, et lui en donne, si possible et à moins d'une interdiction en vertu d'une autre disposition du droit de l'Union ou de droit national pertinente, les motifs. Lorsque le refus est justifié par une erreur matérielle, il indique, si possible, à l'utilisateur de services de paiement la procédure à suivre pour corriger cette erreur… Un ordre de paiement refusé est réputé non-reçu »*

[1373] Jennifer CHOSSIS, *Le refus du banquier, op. cit.,* p. 164 ; voir également Monique CONTAMINE-RAYNAUD et Jean-Louis RIVES, *Droit bancaire*, Dalloz, 6e éd. 1995, n° 169.

b) La responsabilité de la banque en tant que dépositaire des fonds et pourvoyeuse de crédits.

Lorsqu'on parle du banquier dépositaire, cela suppose à la base l'existence d'un contrat de dépôt conclu avec le client [1374], qui souhaite mettre ses fonds en sécurité.

Notons ici que, contrairement à un dépositaire de droit commun, *« détenteur précaire »*, et dont la mission est de conserver et de restituer la chose déposée [1375], et de ne pas s'en servir sans une autorisation expresse du déposant, la banque recueille les fonds « *avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer »* [1376]. Cette liberté confère à la banque la qualité de « propriétaire » des fonds déposés [1377], qu'elle peut utiliser pour ses activités d'investisseur ou de prêteuse, avec néanmoins l'obligation de restituer la somme déposée à la première demande du client [1378], même lorsqu'un terme de restitution a été conclu. C'est dire qu'une demande de paiement, sollicitant les fonds déposés par le titulaire du compte, doive être honorée par le banquier à n'importe quel moment. C'est là un risque supporté par la banque en sa qualité de dépositaire irrégulier des fonds, sachant qu'elle ne peut se libérer que lorsqu'elle a effectivement restitué les sommes au client.

Ainsi, si la banque acquiert l'usage des fonds déposés auprès d'elle, lui permettant de financer des projets ou simplement d'accorder des crédits, il lui incombe également d'en supporter les risques, en particulier l'exécution, à tout moment, des ordres de

---

[1374] Il existe une divergence d'opinions concernant la notion de dépôt, entre, d'une part les économistes, qui considèrent toutes les sommes figurant sur le compte bancaire du client comme un dépôt de fonds, et l'approche juridique, qui estime que le dépôt de fonds désigne la somme d'argent remise au banquier à charge pour ce dernier de la restituer au déposant à sa demande et aux conditions prévues dans le contrat. Pour plus de détails sur ce point, voir Jennifer CHOSSIS, *Le refus du banquier, op. cit.,* pp. 370 et s.

[1375] Dans ce contexte, le contrat de dépôt peut être défini comme étant *« un contrat réel par lequel une personne (le déposant) remet une chose mobilière à une autre (dépositaire), qui accepte de la garder et s'engage à la restituer en nature lorsque la demande en est faite »,* Jack VÉ IAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, éditions techniques, 1977, n° 83 ; Thierry DEBARD, Serge GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018, p. 319.

[1376] Art. L.312-2 du Code monétaire et financier.

[1377] Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, vol. 3, Paris, LGDJ, 1956-1959, n° 2275.

[1378] Régine BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement, op. cit.,* n° 376.

restitution émanant du « déposants lui-même, de son représentant ou de toute autre tierce personne ayant reçu le pouvoir de ce dernier » [1379]. Autrement dit, si la banque ne fait pas que conserver l'argent, mais l'utilise pour son propre compte, elle doit tenir à la disposition du déposant un volume de liquidité équivalent à celui déposé par lui. C'est ce qui ressort, d'ailleurs, de l'article L. 511-41 du Code monétaire et financier [1380]. Et *« c'est, du reste, ce qui caractérise le dépôt de fonds en banque dans la mesure où ce droit de disposer des fonds relève de l'essence même du commerce bancaire »* [1381].

Partant du principe que la restitution des fonds est une obligation de résultat, en cas d'inexécution non justifiée [1382], ou de mauvaise exécution, comme, par exemple, la restitution des fonds sur présentation d'un ordre frauduleux, l'utilisation des fonds à des fins étrangers à l'objet et à l'activité d'un établisseement bancaire, la banque est en faute, et de ce fait, engage sa responsabilité.

En droit musulman, le dépôt bancaire (*al amana*) [1383] est une *« obligation spéciale de garde »* portant sur un bien dû, qui, selon Moaté, *« peut entraîner la responsabilité sans faute du gardien, sur la seule base de son obligation de résultat, la garde en l'état (…) assuré par le dépositaire »*. En principe, *« le défaut de restitution ou la confusion du dépôt avec le patrimoine du dépositaire sont des motifs entraînant la responsabilité de ce dernier »* [1384].

À l'image de la banque classique, l'établissement bancaire islamique reçoit des dépôts sous ses différentes formes (compte courant, épargne, dépôt d'investissement, etc.) qu'elle peut utiliser pour fournir des crédits, réaliser des gains ou escompter des

---

[1379] Fady NAMMOUR, *Droit bancaire, op. cit.,* p. 7.

[1380] Il est dit en substance que *« les établissements de crédit et les sociétés de financement sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière »*.

[1381] Jennifer CHOSSIS, *Le refus du banquier, op. cit.,* p. 374.

[1382] L'irresponsabilité de la banque peut être retenue s'il est démontré que le refus de restitution des fonds a pour motif une tentation du déposant de blanchir l'argent.

[1383] *« La amanah renvoie à la notion de confiance, en droit classique elle désigne la remise d'une chose à une personne (el amin) qui se charge de la garder »*. Voir Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire, op. cit.,* p. 146.

[1384] *Idem*.

effets de commerce [1385]. Elle s'expose dès lors à de nombreux risques : dévaluation de la monnaie, inflation, variabilité du taux de rendement, retrait massif des fonds par leurs titulaires... [1386]

Et si les déposants peuvent réclamer la restitution de leurs fonds, la banque islamique n'est pas tenue au respect de cette obligation, surtout dans l'hypothèse où l'opération ou le projet a échoué [1387]. Au lieu de restituer, la banque demande plutôt une participation aux pertes selon les clauses contractuelles et le type de contrat conclu.

S'agissant de l'octroi de crédit, plusieurs questions se posent :

Tout d'abord, dans le système bancaire conventionnel, le débiteur verse un intérêt pour l'usage de capitaux empruntés ou en contrepartie d'un rééchelonnement dans le paiement de sa dette [1388]. Le droit français reconnaît expressément le droit du prêteur à une rémunération en échange du service obtenu dans le cadre d'une opération de crédit qualifié par la législation de contrat à titre onéreux [1389]. Or, nous avons vu qu'en finance islamique, l'intérêt est considéré comme illicite (*ḥaram*) [1390]. Dans cet esprit, l'emprunteur n'est tenu de rendre que la somme empruntée. Autrement dit, il ne paye pas d'intérêt. La banque serait alors en faute si elle accompagne la somme due d'un surplus associé par la *sharī'a* au *ribā*.

En outre, en droit français, le débiteur doit supporter les aléas liés à l'emprunt effectué. *« Du fait de cette responsabilité unilatérale, le banquier, ou le bailleur de fonds, se voit toujours remboursé d'un montant fixe, indépendant de la réalisation ou*

[1385] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire, op. cit.,* p. 147.

[1386] Tariqullah KHAN et Habib AHMED, « La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique », *op. cit.,* pp. 60 et s.

[1387] Pour plus de développement sur ce point, voir *supra*, pp. 331-334.

[1388] AIDIMM, *Finance islamique,* Rapport 2011, *op. cit.,* p. 53.

[1389] Article L. 313-1 du Code monétaire et financier : *« Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ».*

[1390] Voir notamment Gilbert PARLEANI, « Regards pragmatiques sur la finance islamique », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, dossier 12, mars 2012.

de la réussite du projet financé » [1391]. Ce n'est pas le cas en finance islamique fondée sur le partage des risques, ce qui, selon certains auteurs, *« correspond à un partage contractuel, entre le préteur et l'emprunteur, des pertes et profits escomptés d'une opération de financement »* [1392]. Suivant cet esprit, il est affirmé que *« le transfert de l'ensemble des risques sur une seule partie prenante dans une transaction se heurte aux principes financiers islamiques »* [1393].

Enfin, il est reconnu que l'octroi abusif d'un crédit peut engager la responsabilité du banquier lorsqu'il est en connaissance de la situation du surendettement du crédité, ou lorsque de clauses comportent une *« immixtion caractérisée »* du banquier *« dans la gestion du débiteur »* [1394], ou encore lorsque la banque a des soupçons sur la destination douteuse des fonds prêtés.

Il s'agit là de causes particulièrement utilisées pour qualifier de fautif l'agissement du banquier, celui-ci ayant manqué à son devoir de vigilance. Il est à rappeler ici que, contrairement à la finane classique, l'ingérence dans les affaires du débiteur n'est pas retenue comme faute en finance islamique [1395].

Parler de responsabilité sous-entend qu'il peut y avoir litige. Or, nous avons vu que la finance islamique ne se limite pas aux pays musulmans, mais s'étend à des zones géographiques variées : Europe, États-Unis, Asie.

Cet essor grandissant de la finance islamique multiplie les litiges, qui pourraient naturellement relever de la compétence des tribunaux locaux. Cependant, les parties peuvent aussi ne pas être satisfaites des solutions proposées ou redouter le manque d'impartialité des juges nationaux et par conséquent préférer soumettre le différend à

[1391] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 105.

[1392] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les Contrats nommés, op. cit.,* p. 30.

[1393] Elyès JOUINI, Olivier PASTRÉ, *La finance islamique : une solution à la crise ? op. cit.*, p. 9.

[1394] En France, on ne peut désormais invoquer le crédit abusif que dans trois cas limitativement prévus par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Il est dit en substance que *« (…) les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci »*.

[1395] Voir *supra*, pp. 329-330.

un tribunal arbitral neutre et indépendant. Cette posture peut se justifie par les mutations économiques au niveau mondial incitant de nombreux pays à attirer des capitaux étrangers et pour cela à accepter l'arbitrage international comme moyen consensuel de règlement des contentieux liés au contrat de financement.

Le financement de grands projets à caractère international fait parite des objectifs de la finance islamique, d'où l'importance des risques encourus par les banques, pouvoyeuses de fonds. Cela peut inciter les partenaires à considérer l'arbitrage comme un mode alternatif au recours aux tribunaux [1396].

§ 2. La soumission des banques islamiques à l'arbitrage international

Dans la pratique, la recherche d'une solution à un litige commence généralement par la négociation entre les parties du contrat en vue de concilier des points de vue opposés [1397]. Dans le cas où la discussion n'aboutit pas, on fait appel à un médiateur qualifié [1398], et ce n'est que dans l'hypothèse où cette méthode échoue que les parties peuvent recourir à l'arbitrage. Commençons par examiner le contenu de ce concept (A) avant d'aborder le contexte de son application aux banques islamiques (B).

A. Le concept d'arbitrage

Une définition du concept d'arbitrage devrait nous permettre de dégages ses avantages et ses inconvénients comme procédé alternatif du règlement des différends nés des contrats impliquant la banque islamique.

[1396] Voir à ce sujet, Abdelsattar AL KHOUILDI, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », *Études en économie islamique,* n° 1, vol. 8, 2016, pp. 37-56.

[1397] *« La négociation est inhérente à la procédure de conciliation en vue d'aboutir à un règlement amiable du litige. Elle fait intervenir un tiers (le conciliateur) désigné librement par les parties. Ce mode alternatif de règlement de litige est facultatif, à moins qu'il soit prévu par les clauses d'un contrat »* Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT (Build, Operate, Transfer) au Koweït : Un modèle de partenarait public-privé*, Thèse, Droit public, Université de LORRAINE, 2018, p. 380. Pour plus de détails sur ce point, voir Roger-Christian DUPUY, « Rappel des principes de la conciliation, une nouvelle forme de règlement des conflits », *RFDA*, 1999, p. 611-614 ; Daniel CHABANOL, « Modes alternatifs de règlement des conflits : vertus et limites », *ACCP*, n° 100, juin 2010, p. 95-96.

[1398] Dans le domaine contratuel, le médiateur opère comme une tierce personne, désignée par les parties et dont la mission est de trouver une solution à leur litige qu'elles sont libres d'accepter ou non (Voir Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, PUF, 2015). Pour recourir à cette méthode de règlement, les parties inscrivent en général, dans leur accord ce qu'on nomme la « clause de médiation conventionnelle ».

1. Définition

Bien qu'il n'existe pas, à proprement parler, de définition juridique de l'arbitrage international, unanimement reconnue [1399], l'idée soutenue est qu'il s'agit du règlement d'un litige rendu par un ou plusieurs arbitres « auxquels les parties ont décidé d'un commun accord de s'en remettre » [1400]. Plus précisément, la notion d'arbitrage désigne une *« procédure de règlement de litiges conventionnellement prévue par les parties : celles-ci s'engagent au terme d'une convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire), à soumettre leur litige à une ou plusieurs personnes privées (...), à qui elles confèrent ainsi un véritable pouvoir juridictionnel »* [1401].

En droit musulman, il semble que *« l'arbitrage a toujours été considéré comme un mode privilégié de règlement des différends »* [1402]. À ce propos, il y a lieu de signaler le grand recueil connu sous le nom de « *Medjellé al-Ahquam el Adlié »* [1403]*,* qui, dans son article 1790, définit l'arbitrage comme « *une soumission par deux ou plusieurs parties à un tiers d'un litige pour être jugé conformément à la chari'a* ».

De manière générale, le *fīḳh* islamique rejoint la définition commune de l'arbitrage, en l'identifiant comme étant « *la convention en vertu de laquelle les parties à un litige déterminé confie à un tiers le pouvoir de le trancher en vertu d'une sentence* » [1404].

[1399] Voir Olivier POMIÈS, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 17.

[1400] Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* p. 378 ; Antoine KASSIS*, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, Paris, LGDJ, 1987, t. 1, p. 13 ; voir dans le même sens, Fathi WALI, *Le droit de l'arbitrage entre théorie et pratique*, Alexandrie, éd. Mounchaa Maarif, 2007, p. 13.

[1401] Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018, p. 71.

[1402] Walide BEN HAMIDA, « La finance islamique international : quel rôle pour la CNUDCI », Texte in http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/86-BEN_HAMIDA_-_la_Finance_islamique_et_la_CNUDCI.pdf (consulté le 11 avril 2018).

[1403] Ce recueil, composé de seize livres publiés entre 1870 et 1877, sous l'Empire Ottoman, est considéré comme *« la première codification" officielle dans l'histoire de l'islam faite des principes tirés de la sharī'a. Il est, en outre, le premier « code » original d'un État musulman de forme moderne mais de contenu exclusivement religieux »* (Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage international », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, p. 99). La *Medjellé* a consacré 11 articles à l'arbitrage (1841 à 1851), Abdelsattar AL KHOUILDI, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », *op. cit.,* pp. 42-44.

[1404] Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage… », p. 104.

Il faut toutefois noter que les jurisconsultes musulmans évoquent l'arbitrage, chacun selon la conception qu'il se fait des règles de la *sharī'a*.

Ainsi, l'école *ḥānafite* estime que l'arbitrage représente l'une des branches de droit inférieur à la loi islamique, et à partir de là, ils avaient défini ce mode de règlement des différends *« comme le recours de deux adversaires à un juge tranchant entre eux »* [1405].

De son côté, le rite *malékite* fait référence à *« 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 »* [1406].

Les *shāfi'ītes* vont définir l'arbitrage comme étant : *« la désignation par deux adversaires d'un arbitre apte à délibérer afin qu'il tranche entre eux »* [1407]. Enfin, les théologiens *ḥānbalites* conçoivent l'arbitrage comme étant *« le choix 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 »* [1408].

Ces différentes définitions se recoupent néanmoins sur un point : l'arbitrage désigne un mode non-étatique du règlement des litige [1409]. C'est le point de vue défendu par les juristes contemporains, pour qui l'arbitrage est fondé sur la volonté des parties à transmettre leur différend à des personnes privées, appelées arbitres, au lieu le confier à un juge [1410].

[1405] IBN ABIDIN, *Rad al Mohtar ala Al Dor al Mokhtar, charh tanwir al absar*, vol. 8, p. 125.

[1406] Khalil AL MALIKI, *Charh al mokhtasar al farii de Ibn al Hajib*, vol. 7, p. 399

[1407] AL CHIRA I, *Al Mouhadhab fi fikh al imam al chafii*, vol. 5, p. 473.

[1408] IBN KOUDAMA, *Al moghni*, *Librairie du Caire, 1969.,* vol. 14, p. 92.

[1409] Pour un aperçu historique se rapportant à l'arbitrage dans le contexte mususlma, voir Ali ME GHANI, « Le droit musulman et l'arbitrage », *Rev. de l'arb.,* n° 2, avril-juin 2008, pp. 211-225.

[1410] Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, LexisNexis, 2019 ; Ahmed ABDELKRIM SALĀMA, *Le droit de l'arbitrage en matière de commerce international et national,* Dar Nahdha Arabya, t. 1, pp. 18-19 ; Abderrahman AL DOURI *Le contrat d'arbitrage dans la jurisprudence islamique et le droit positif*, Jordanie, éd. Dar Al Fourkan pour la publication et la distribution, 2002, p. 2.

La plupart des législations admettent l'arbitrage dans les litiges commerciaux, sous certaines conditions. Ainsi, l'article 1er du code d'arbitrage d'Arabie Saoudite stipule que *« l'accord d'arbitrage dans un litige donné est autorisé, comme il est aussi permis de se mettre d'accord au préalable sur l'arbitrage de tout litige pouvant surgir de l'application d'un contrat donné »*. Mais la validité de l'arbitrage dépend du respect des règles de la *sharī'a* [1411].

Pour sa part, l'article 203, du premier paragraphe du code d'arbitrage des Émirats Arabes Unis précise : *« 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 »*. Il y a lieu de signaler que le code d'arbitrage aux Émirats Arabes Unis précise clairement qu'il n'est plus possible de recourir à un tribunal si les parties conviennent de l'arbitrage pour le règlement d'un différend donné [1412].

L'arbitrage peut être libre ou obligatoire [1413]. Ainsi, la loi koweïtienne de 1995 [1414], définissant la justice arbitrale en matière civile et commerciale, « consacre l'arbitrage facultatif, sauf dans certains cas où il est obligatoire » [1415]. Il est précisé à cet égard que *« l'instance arbitrale statue sur les litiges relatifs aux contrats conclus dans le cadre de cette loi et sur les contentieux soumis à l'arbitrage, sauf disposition contractuelle ou légales contraires ».*

[1411] Article 2 de la loi saoudienne du 16 avril 2012.

[1412] Aux termes de l'article 203 du paragraphe 5 : *« 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 ».*

[1413] Ahmed Mohammed ALHOUARI, « La position des législations arabe à l'égard des tendance modernes de l'arbitrage », in Sixième colloque de l'Université des Émirats-Arabes-Unis sous le titre : « *Arbitrage dans le commerce international* », Abu Dhabi, 28-30 avril 2008, p. 619.

[1414] La loi n ° 11/1995 sur l'arbitrage judiciaire dans les affaires civiles et commerciales, *JOK*, année 41, annexe n ° 196, 28 février 1995.

[1415] Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* p. 382 ; voir également Azmi ABDELFATAH ATIA, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, Koweït, éd. Mou'assassat Dar El Kateb, 2012, p. 596.

L'Académie internationale du *fiḳh* islamique est allée plus loin en affirmant clairement que *« l'arbitrage n'est pas un recours obligatoire et il ne lie ni les parties ni le juge arbitre. Ainsi, l'une ou l'autre des parties peut être légalement fondée à se rétracter tant que la procédure d'arbitrage n'est pas engagée »* [1416]. Commentant cette décision, Fadi Nammour estime que *« l'absence du caractère obligatoire et la possibilité de renoncer à la convention d'arbitrage cadre mal avec les principes qui gouvenent le droit des contrats de type laïque »* [1417].

Notons que les parties ont la possibilité de convenir d'un arbitrage *ad hoc* [1418] ou institutionnel [1419]. Dans les deux cas de figure, il y a intervention d'un tiers. Ce critère contribue à la définition même de la notion d'arbitrage. C'est bien l'opinion soutenue par Charles Jarrosson évoquant une *« institution par laquelle* un *tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci* » [1420].

La liberté laissée aux parties du contrat fait que l'arbitrage soit accepté par les législations en matière de résolution des litiges contractuels. Cette dernière remarque nous amène à parler des avantages de l'arbitrage, mais aussi de ses inconvénients.

[1416] Parag. 2 de la Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh n° 91 (8/9).

[1417] Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage international », *op. cit.,* p. 104 ; dans le même sens, Abdelsattar AL KHOUILDI, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », *op. cit.*, p. 46.

[1418] Parmi les règles essentielles de l'arbitrage *ad hoc* conçues actuellement au niveau international, nous pouvons citer les normes retenues par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNICITRAL) que les parties adoptent librement si elles le souhaitent.

[1419] 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 centre régional d'arbitrage commercial international du Caire. Depuis 2005, est fondé à Dubaï le Centre islamique international de réconciliation et d'arbitrage commercial (CIIRAC) qui joue un rôle de médiateur et statue également sur les litiges qui opposent institutions financières islamiques nationales, régionales et internationales. On peut aussi citer le centre de l'arbitrage commercial des pays du Golfe à BahreÏn, et au Koweït la création d'une chambre d'arbitrage au sein de la Cour d'appel, compétente pour les litiges opposant des personnes privées, physiques ou morales, aux organismes gouvernementaux et aux personnes morales de droit public (loi 11/1995 relative à la justice arbitrale).

[1420] Charles JARROSSON, *La notion de l'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p. 372.

2. Les avantages et les inconvénients de l'arbitrage

Alors que pour certains auteurs, l'arbitrage étant une technique contractuelle inventée par les hommes, *« fait piètre figure »* face à la *sharī'a*, qui est un droit religieux issu des commandements de Dieu [1421], d'autres, en revanche, lui reconnaissent volontiers plusieurs vertus :

L'arbitrage aurait pour qualité de concilier des intérêts divergents entre les parties participantes et se distinguerait par sa souplesse et sa confidentialité [1422].

On reconnaît aussi à l'arbitrage la simplicité de ses procédures et la rapidité dans le règlement des différends, contrairement à la lenteur des procédures qui caractérise les tribunaux. De plus, l'arbitrage serait moins onéreux et *« fait appel à des personnes ayant une grande connaissance du commerce international »* [1423].

En tant que mode alternatif du règlement des litiges, l'arbitrage évite aux parties de saisir le juge étatique et donc de « désengorger les juridictions nationales » [1424].

Le mode arbitral tire son existence de la volonté des parties, alors que l'action en justice implique une autorité gouvernementale. Sur ce point, il faut préciser que la *sharī'a*, prenant en compte le caractère consensuel de l'arbitrage, conclut qu'aucune personne ne peut être contrainte à se présenter devant un arbitre si elle n'a pas, au préalable, donné son consentement à ce mode de règlement des différends**.**

Enfin, il appartient aux parties contractantes de désigner les arbitres. À ce propos, l'école *shāfi'īte* suggère que l'acceptation de l'arbitre doit se faire antérieurement à la sentence, alors que les *ḥānafite* admettent qu'elle puisse intervenir *a posteriori* [1425].

[1421] Voir Fadi NAMMOUR, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage international », *op. cit.,* p. 96.

[1422] L'arbitrage aurait pour avantage de garder confidentiels les secrets des parties impliquées dans un litige, ce qui n'est pas le cas dans les procès juridictionnels qui sont généralement publics.

[1423] Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* p. 377 ; Jacques BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, p. 8.

[1424] Pierre DELVOLVÉ, « Modes alternatifs, autres modes et mode », *ACCP* n° 64, 2007 ; Daniel CHABANOL, « Modes alternatifs de règlement des conflits : vertus et limites », *ACCP*, n° 100, 2010, p. 95.

[1425] Voir notamment Nathalie NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international,* Paris, LGDJ, 2004.

Par ailleurs, dans des pays où la *sharī'a* occupe une place importante, la question s'est posée de savoir si, en cas de recours à l'arbitrage, les personnes désignées pour trancher le litige ne doivent pa être des musulmans. Longtemps, la loi saoudienne avait retenu ce critère avant qu'il ne soit abrogé par la loi de 2012. S'agissant de la posture des *fūḳahā'* sur le sujet, on peut distinguer deux cas de figure : si l'arbitrage implique des parties non-musulmanes, il va de soi que l'arbitre peut ne pas être de confession musulmane et la sentence qu'il rend est exécutoire. Par contre, si l'une des parties ou les deux sont de tradition musulmane, l'arbitre doit, lui aussi, être musulman, sinon, la sentence rendue n'est pas valable [1426]. Face à ce problème, et devant la complexité des contrats et des produits islamiques, certains chercheurs contemporains ont suggéré, en cas de litige, de désigner un arbitre élu par l'organe de contrôle de la *sharī'a*, et un autre arbitre choisi par la chambre de commerce et d'industrie, et un arbitre qui serait nommé par les deux autres arbitres déjà qualifiés [1427].

Pour conclure sur ce point, il est évident que l'arbitre doit être pourvu de la pleine capacité de juger et d'une bonne conduite. Et s'agissant de différends mettant en cause des banques islamiques, il est naturel que l'arbitre ait une connaissance suffisante des principes de la *sharī'a* [1428].

Parmi les inconvénients de l'arbitrage, on retiendra surtout que ce procédé permet d'établir une « justice privée », donc de dessaisir les juridictions nationales des litiges qui naîtraient de l'exécution des contrats. Comme l'observe Jean Robert, « *On entend par l'arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger* » [1429].

[1426] Abdelsattar AL KHOUILDI, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », *op. cit.*, p. 56.

[1427] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit.*, p. 460 ; voir aussi Ali Mohieddine DAGHI, « L'arbitrage dans les banques islamiques (obstacles et suggestions) », Recherches jurisprudentielles et économiques dans les affaires des banques islamiques », 8 août 2009 ; Ghassen Slim ARNOUS, « L'arbitrage » Recherche publiée, Faculté de droit, Université Al Baath, Syrie Service d'enseignement ouvert, 2011-2012.

[1428] Il est important de noter que la plupart des législations des pays musulmans passe sous silence la quetion du sexe de l'arbitre, alors que le *fīḳh* islamique exige que celui-ci soit de sexe masculin.

[1429] Jean ROBERT, *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, Paris, Dalloz, 6 éd, 1993, p. 3.

Toutefois, il est à préciser que l'arbitre tient son autorité de la volonté des parties, traduite souvent sous forme de « clause compromissoire » inscrite dans le contrat, ou sous forme de compromis prévu dans un accord, dit « convention d'arbitrage » [1430], et de ce fait, la sentence s'impose aux parties. Cette position est adoptée par le législateur saoudien, qui reconnaît la force obligatoire de la clause compromissoire, à conditiion qu'elle soit stipulée par écrit [1431]. Il est même affirmé que la clause d'arbitrage demeure effective même en cas de résiliation du contrat : « *la nullité du contrat sa résiliation ou sa dissolution, n'affecte pas la clause compromissoire qu'il contient si la clause est intrinsèquement valable* » [1432].

Cela n'a pas empêché des controverses nées de l'application de l'arbitrage, notamment au Koweït. En vertu de la loi 11/1995 sur l'arbitrage visant des contrats impliquant l'intérêt général [1433], c'est la légalité de ce mode de règlement des litiges qui est remis en cause. La Cour de cassation koweitienne a en effet contesté l'arbitrage en s'appuyant sur l'argument selon lequel le législateur a octroyé à des tribunaux nationaux l'exclusivité du règlement des litiges relatifs aux contrats administratifs. Il existe nombreuses applications judiciaires de ce principe. Il en est ainsi, par exemple, de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1998 énonçant l'incompétence des organes d'arbitrage en ce qui concerne les litiges liés à des contrats publics. La Cour a motivé sa décision en soulignant que *« le tribunal administratif bénéficie d'une compétence exclusive pour régler les conflits en matière d'annulation du contrat ou d'indemnisation »* [1434].

[1430] Abdelsattar AL KHOUILDI, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », *op. cit.*, p. 49. L'auteur indique qu'il n'existe pas dans le *fiḳh* classique de distinction nette entre la clause compromissoire et le compromis qui est le produit du droit positif.

[1431] Art. 9-21 de la loi du 16 février 2012.

[1432] *Ibid*., art. 21.

[1433] La loi n ° 11/1995 sur l'arbitrage judiciaire dans les affaires civiles et commerciales, *JOK*, annexe n° 196, 28 février 1995. Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* p. 391 ; voir aussiDaoud Abdel Razak AL BA , « *Les tendances jurisprudentielles koweitiennes relatives à l'arbitrage en matière de contrats administratifs* », sixième congrès d'arbitrage en matière de commerce international, p. 324.

[1434] Cour de cassation, recours n° 51 de 1997, commercial, *Recueil de la jurisprudence administrative* période 1982-1999, publiée par le département de la fatwa et de la législation, livre 1, première partie, p. 274. Voir aussi Cour de cassation, arrêt du 19/12/1999, pourvoi n° 368/99, commercial ; arrêt du 05/03/2000, pourvoi 431/1999, commercial. Cité par Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* p. 392.

Il est à signaler que cette attitude de rejet de l'arbitrage semble avoir caractérisé pendant un moment le droit français. En effet, le législateur interdisait à l'État et aux collectivités territoriales de recourir à l'arbitrage pour régler les litiges impliquant le puissance publique [1435]. Cette interdiction était inscrite dans les articles 1004 et 83 de l'ancien code de procédure civile réfutant tout compromis dans les affaires concernant les personnes publiques (État, domaine, communes et établissements publics) [1436]. Il s'agissait là d'un principe général de droit (non écrit) [1437] défendu par la doctrine et la jurisprudence française [1438]. Pour justifier cet interdit, *« il est souvent fait référence à l'incapacité de compromettre des personnes publiques et aux règles relatives à la répartition des compétences »* [1439]. Ainsi, d'après Laferrière *« Le compromis ne saurait trouver place parmi les contrats de l'État car il est de principe que l'État ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant en raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage que des considérations d'ordre juridique qui veulent que l'État ne soit jugé que par des juridictions instituées par la loi »* [1440]. En conséquence, comme le rappelle l'article 2060 du Code civil, *« on ne peut compromettre sur les questions d'État (…) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »*. Il en résulte que, sous réserves de dérogations issues, soit de dispositions législatives expresses, soit de stipulations de conventions internationales, toute méconnaissance du principe d'interdiction de l'arbitrage *« est atteint d'une nullité d'ordre public »* [1441].

[1435] Jean-Marie AUBY, « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA*, 1955, I, p. 81 ; Pierre DELVOLVÉ, « L'arbitrage en droit public français », in David RENDERS, Pierre DELVOLVÉ et Thierry TANQUEREL (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, 2010, p. 208.

[1436] Concl. Gazier sous CE, 13 décembre 1957*, Société nationale de vente des surplus, Lebon* 678 ; *D.* 1958, 517).

[1437] Dominique VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, éd. Gualino, 2012, p. 23.

[1438] Gérard TEBOUL, « L'arbitrage international et personnes morales de droit public : brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratifs », *AJDA,* 1997, p. 25.

[1439] Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* pp. 392-393.

[1440] Édouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris, 1888, p. 152 ; Voir Olivier FILLE-LAMBIE et Jean-Marc LONCLE, « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public : Aspects de droit français et de droit OHADA », *RDAI*, n° 1, 2003, p. 3.

[1441] CE, 23 déc. 2015, *Territoire des îles Wallis et Futuna*, n° 376018, *BJCP* n° 106, p. 205, concl. B. Bourgeois-Machureau ; *AJDA* 2016, p. 1182, A. Gras.

Précisons que l'interdiction de recourir à l'arbitrage vise indistinctement toutes les personnes morales de droit public et concerne toutes les conventions d'arbitrage, compromis ou clauses compromissoires.

Cette rigueur a été infléchie par la loi n° 186-972 du 19 août 1986 qui, à travers son article 9, prévoit expressément la possibilité pour l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics de consentir des clauses compromissoires dans les contrats qu'elles concluent *conjointement* avec des sociétés étrangères pour la réalisation de projets d'intérêt national [1442]. Certains auteurs ont douté de l'utilité de cette loi au regard du droit international applicable en matière d'arbitrage [1443].

Il a fallu attendre la décision du Tribunal des conflits pour voir l'arbitrage s'étendre aux contrats administratifs du commerce international [1444]. On considère que *« l'arrêt du Tribunal des conflits concerne une sentence arbitrale rendue en France à propos de contrats internationaux exécutés en France, mais la solution qu'il retient est valable pour le contrat exécuté à l'étranger »* [1445]. Est-ce à dire que le principe de l'interdiction d'arbitrage pour les contrats impliquant les personnes publiques est finalement remis en cause ? D'après certains auteurs, cette question n'est pas à l'ordre du jour, dans la mesure où *« l'interdiction de l'arbitrage s'explique, autant sinon davantage, par la protection de la justice administrative (…) l'existence même de la juridiction administrative est en jeu. Admettre la résolution des litiges administratifs par une instance privée, c'est ruiner le fondement du système français de contrôle juridictionnel de l'action administrative »* [1446]. Dès lors, pour l'instant, *« il ne saurait (…) exister que des exceptions »* [1447].

[1442] *J.O.*, 22 août 1986, loi n° 86-972 du 19 août 1986, p. 10190. Voir dans le même sens, la loi n° 2011-617, 1er juillet 2011, portant sur la construction et la rénovation des enceintes sportives devant accueillir l'Euro 2016.

[1443] Mathieu De BOISSÉSON, « interrogations et doute sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. Arb.,* 1987, p. 3.

[1444] TC, 17 mai 2010 *Institut national de la santé et de la recherche médicale*, 3754, *Rec*. p. 580.

[1445] Laurent RICHER et François LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs,* LGDJ, 2016*,* p. 328.

[1446] Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif,* Dalloz, 2011, t. 2, p. 610.

[1447] Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs,* Dalloz, 2016, p. 494.

À ce stade, il est important de préciser qu'en matière de contrats impliquant des relations de commerce international, les juridictions de l'ordre judiciaire ont plus ou moins accpeté le principe d'arbitrage en dehors de toute loi ou autorisation, suggérant par là même l'autonomie du contrat international.

Ces considérations ont pour intérêt de montrer que les pays musulmans sont plus ou moins familiers de la procédure d'arbitrage en matière de contrat. En outre, l'apparition de conventions internationales de financement islamique [1448] incitent ces pays à confier à des tiers la tâche de prendre des décisions contraignantes quant à l'interprétation et à l'application du droit en cas de litige.

Reste à ajouter que si, dans les contrats commerciaux mettant en relation des acteurs privés, la question de l'arbitrage ne soulève *a priori* aucun problème particulier, car il s'agit d'un mécanisme secondaire auquel il est rarement fait recours, la situation est toute autre dans le domaine des contrats engageant la personne publique et où l'arbitrage demeure une procédure exceptionnelle de règlement des litiges, sans doute en raison des problèmes juridiques soulevés par son application.

B. Le caractère exceptionnel du recours à l'arbitrage international

L'arbitrage international, comme solution alternative de règlement des différends d'origine contractuelle [1449], permet aux parties de transcender le système judiciaire, pour attribuer l'appréciaton fr leurs différens à des tierces personnes. C'est pourquoi il constitue une procédure exceptionnelle qui prend forme généralement dans le cadre d'un projet de financement de grande envergure qui ne peut être lancé que par la personne publique [1450]. Et vu que l'arbitrage est une « justice privée », la question du droit applicable se pose nécessairement.

[1448] Nefeli ROUPAKIA, « L'application de la sharī'a dans les contrats internationaux sous l'égide du règlement Rome I », *Les Cahiers de la finance islamique*, numéro spécial, 2015, p. 41.

[1449] En effet, le pouvoir de juger attribué aux arbitres repose sur la volonté des parties, formalisée par un accord. Ce caractère intrinsèque de l'arbitrage a soulevé la question de savoir s'il s'agissait véritablement d'une juridiction. Voir Charles JARROSSON et Dominique BUREAU, « Arbitrage », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

[1450] De manière générale, le recours à l'arbitrage dans le cadre du contentieux bancaire, occupe une place marginale. *Traitement du contentieux bancaire, op. cit.* p. 181.

1. Le contexte d'application de l'arbitrage international : financement de projet

Le financement de grands projets d'infrastructures fait partie des objectifs de la finance islamique.

Très en vogue dans le domaine des investissements internationaux, le financement de projet (ou *project financing*) désigne *« l'ensemble des techniques juridiques et financières permettant la réalisation d'infrastructures d'importance, financées essentiellement sur la capacité du projet à générer les revenus nécessaires au remboursement des prêts »* [1451].

Ainsi entendu, le financement de projet porte généralement sur la gestion ou la réalisation d'un ouvrage d'intérêt général. Il implique nécessairement l'État ou l'un de ses organes. Ce genre d'opération prend souvent la forme générique de contrat BOT (*Build, Operate and Transfer*), littéralement « Construire, Exploiter, Transférer ». Il consiste pour un gouvernement de confier *« à un promoteur privé la gestion d'un service public ou la construction, à ses frais, d'infrastructures publiques »* [1452]. Pour ce faire, le partenaire privé obtient de l'État, le site de construction et des banques le financement approprié. En contrepartie, il pourra exploiter l'ouvrage pendant une certaine période censée assurer sa rémunération ainsi que le remboursement des bancques pouvoyeuses des fonds. Une fois cette période écoulée, le bien revient de droit à l'État [1453].

Ainsi envisagé, le contrat BOT correspond à une concession ou partenariat public-privé. Les deux formules se recoupent plus ou moins [1454].

[1451] Maya BOUREGHDA, Mohamed HAMRA KROUHA, « Problématiques pratiques des financements de projets islamiques », *Banque stratégie*, 2007, n° 253, p. 55. Pour une analyse détaillée des financements de projets, Anne-Marie TOLEDO et Paul LIGNIÈRES, *Le financement de projet - Project Finance*, éd. Joly, 2002.

[1452] Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* p. 17.

[1453] Voir Nimrod Roger TAFOTIE YOUMSI, *Build, Operate and Transfer, Modalité de partenariat public-privé, Approche Law and Economics*, éd. Larcier, 2013.

[1454] Voir Riadh JAIDANE, « La gestion des contrats internationaux de concession », *RDAI* n° 3, 2005 ; CEDR, « Partenariat public-privé », Rapport, mai 2009, p. 3 et s. ; Christian BETTINGER, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, Paris, Berger-Levrault, 1997, p. 97.

Le montage financier de ce type d'opération fait intervenir une multitude de participants (étatiques, privés nationaux, étrangers), donnant lieu à une pluralité de contrats qui prennent souvent la forme de contrats en chaîne liés les uns aux autres :

- Au sommet de la pyramide, un contrat de concession qui lie le gouvernement à la société de projet, créée pour piloter l'ouvrage, depuis sa conception jusqu'à sa réalisation et son exploitation, conformément aux spécifications techniques et aux critères de performance prévus dans l'accord [1455].

- Compte tenu de la grande taille des projets BOT et du besoin d'une capacité technique élevée, il est difficile pour la société de projet d'exécute à elle seule l'ensemble de l'ouvrage. Elle va alors contracter avec un « entrepreneur principal » chargé de la construction de l'ouvrage qu'il doit livrer dans un délai déterminé [1456].

- Une fois l'infrastructure achevée, la société de projet peut assurer elle-même l'exploitation et la maintenance, mais très souvent elle confie cette tâche à des entreprises spécialisées.

- La diversité de l'opération BOT apparaît également à travers deux autres types de contrats : l'accord d'approvisionnement en matière première, conclu avec la société de projet, couvrant toute la durée de la construction et de l'exploitation et à des prix préétablis, et l'accord d'enlèvement ou contrat d'achat, passé avec les utilisateurs, de préférence entre la société de projet et l'autorité concédante sous la forme d'un contrat *take or pay* qui oblige l'État à verser un paiement périodique déterminé, en contrepartie du service-produit, qu'il consomme ou pas. Le contrat d'enlèvement définit en outre les conditions du retour de l'ouvrage à l'autorité concédante.

Il est à noter que ce montage contractuel à plusieurs étages est fondé par une communauté d'intérêts et une coopération active entre les différents partenaires.

[1455] Voir Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* p. 93 ; également Benjamin LABONNELIE, *Le montage BOT (Build, Operate, and Transfer, c'est-à-dire construire, exploiter et transférer) des grands projets immobiliers internationaux*, thèse, Droit, Université Paris XII, 2003, p. 15 ; Euloge-Anicet NKOUNKOU, *Les Projets Build, Operate and Transfer (BOT) : une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux*, Mémoire, Droit des Affaires, Université de Montréal, 2002, p. 24.

[1456] Pascal GRANGEREAU et Mehdi HAROUN, « Financements de projets et financements islamiques, *op. cit.,* p. 56

Il convient aussi de préciser que l'opération de concession BOT ne se limite pas aux contrats que l'on vient d'énumérer. En effet, outre la présence de ces actes juridiques essentiels, il importe de rappeler toute une série de contrats de sous-traitance, « *très fréquents dans le contrat de concession en raison de la variété des tâches à exécuter. De fait, au contrat unissant la société de projet maître d'ouvrage au constructeur et à l'exploitant, se greffent d'autres types d'accords liant cette fois-ci le constructeur ou/et l'exploitant à des sous-traitants dont la fonction sera axée sur l'accomplissement chacun de son côté et selon sa spécialité, des travaux ou des services qui lui ont été confiés »* [1457].

Le financement de projet fait donc intervenir un grand nombre de participants, et par conséquent de très nombreux contrats qui doivent respecter le droit islamique, ce qui veut dire, qu'il faut éviter le *ribā, le gharār et le maīsir.* En outre, ces contrats ne doivent pas être nuisibles (*ḍarār*). C'est pourquoi *« le droit islamique exige que les contrats soient indépendants les uns des autres, bien qu'ils concernent le même projet afin d'éviter le gharār : il ne peut y avoir deux contrats en un »* [1458].

Dans un contrat BOT classique, la propriété du terrain et de l'ouvrage réalisé est transférée à la société de projet pendant toute la durée de l'accord. Et à la fin du contrat, cette propriété revient à l'État. Or, aucun contrat nommé de ce type n'existe en droit islamique. Mais il est possible de recourir à un contrat *mūsharaka* dégressif entre l'autorité concédante et la société concessionnaire *« dont la part dans la propriété du bien construit diminue jusqu'à s'annuler »*. On obtient alors le même résultat que dans un contrat BOT classique, affirme François Guéranger [1459].

Le contrat de construction est conclu entre la société de projet et l'entreprise de construction. Il s'agit en général d'un *« contrat clé en main »* [1460]. À ce niveau, un problème de responsabilité se pose : dans la finance classique, la règle commune est

---

[1457] Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* pp. 112-113.

[1458] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 171.

[1459] *Ibid*., p. 172.

[1460] Bruno De CA ALET, « Conditions applicables aux contrats de conception-construction et clé en mains », *International Business Law Journal*, 1996/3, pp. 279-300.

que vis-à-vis de la société de projet, les risques sont supportés par le constructeur [1461]. En effet, tout problème pouvant survenir (construction défectueuse, augmentation du coût initial, retard dans l'exécution, etc.) lui est imputé. Ce transfert de risque résulte du contrat de construction mettant à la charge du constructeur toutes les obligations liées à la réalisation du projet sans la moindre faille. Or, les contrats de droit islamique, dans un objectif d'équité, impliquent le partage des risques.

Une fois la construction de l'infrastructure achevée, la société de projet est en quelque sorte le maître d'œuvre de l'équipement qu'elle gère pendant une longue durée, moyennant rémunération perçue sur les usagers ou directement verseé par l'État. Dans ce cadre, lorsque la gestion et l'entretien de l'ouvrage sont confiés à une société tierce, il est possible de prévoir un contrat d'*ijarā* : la société de gestion, étant *« locataire de l'installation, reçoit alors le droit de percevoir, pour une période donnée, tous les revenus afférents à celle-ci, ce qui lui permet de régler ses loyers »* [1462].

Dans le cas d'un accord d'enlèvement établi entre le producteur et la société de projet cette dernière peut désigner comme agent une société de distribution des produits*. « Cet accord peut prendre les formes des contrats nommés comme bai-istisnā' ou bai- salām, dans le cadre desquels doivent être fixés à l'avance le prix, la quantité et toutes les spécifications nécessaires pour bien définir le bien concerné »* [1463].

Plusieurs difficultés peuvent survenir à l'occasion de la vie du contrat BOT qui s'étale sur une longue durée, notamment des conflits d'intérêt entre les promoteurs du projet dans la mesure où les banques prêteuses de fonds *« peuvent aussi être gestionnaires dans le cadre des contrats de mūsharaka ou de mūḍaraba »* [1464].

En outre, dans le contrat BOT classique, il est généralement confié à des experts juridiques internationaux le soin d'émettre des avis sur les droits et obligations des

---

[1461] Voir Samy ABDEL BAKI, *Les projets internationaux de construction, op. cit.,* pp. 140-156.

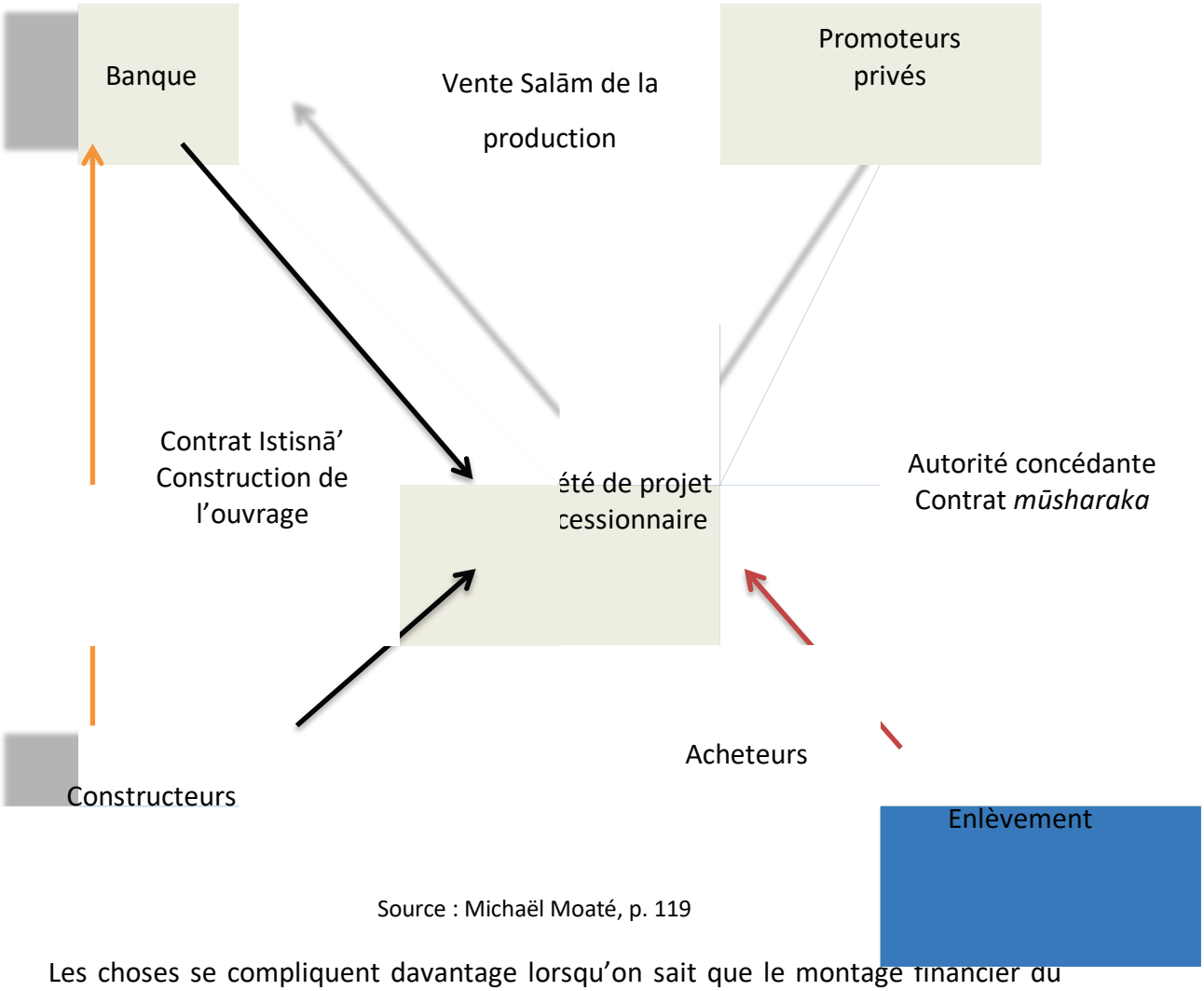
[1462] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 174.

[1463] *Idem*.

[1464] *Ibid*., p. 175.

parties contractantes [1465]. Or ces experts sont peu habitués ou pas de tout au droit islamique [1466].

Figure 14 : Structure contractuelle fondée sur *salām*, *istisnā'* et *mūsharaka*



Source : Michaël Moaté, p. 119

Les choses se compliquent davantage lorsqu'on sait que le montage financier du projet BOT se compose de plusieurs contrats et peuvent réunir des banques conventionnelles et islamiques. À titre d'exemple, on peut retenir le projet koweitien A- our (2012) visant la création d'une station de production d'électricité et du dessalement de l'eau de mer, confié à GDF-SUE (70%) et à la compagnie locale

[1465] Selon le Guide de la CNUDCI, *« (…) les experts et conseillers indépendants jouent un rôle important aux différentes étapes des projets d'infrastructure à financement privé »*, *Guide législatif de la CNUDCI op. cit.,* p. 47.

[1466] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 175.

International *Power et Partnerships Technical* (PTB). Le financement du projet est assuré par la banque française BNP-Paribas et des banques locales, dont la banque islamique, *Kuwait Finance House* [1467]. Il s'ensuit un montage composé d'une *« tranche conventionnelle et d'une tranche islamique »* [1468]. Dans ce cas, *« pour la phase de construction, un contrat d'istisnā' peut être utilisé pour une partie des infrastructures quand l'autre recevra un crédit conventionnel rémunéré par intérêts »* [1469]. Ce filtrage peut toucher des éléments précis du contrat, afin de séparer les produits conformes à la *sharī'a* de ce qui ne l'est pas. Par exemple des infrastructures hôtelières au sein desquelles se trouveront des bars servant des boissons alcoolisés aux visiteurs étrangers. Le montage contractuel global *« prendra alors en compte cette absence de conformité pour l'écarter de la partie islamique et la réserver à un financement conventionnel »* [1470]. Or, cette juxtaposition de tranches islamiques et conventionnelles peut introduire des distorsions dans le traitement des prêteurs [1471].

Le découpage par tranche implique l'intervention des comités de la *sharī'a* qui valident les produits douteux. Mais il faut rappeler que malgré le processus d'uniformisation des règles de conformité à la loi islamique par l'AOFII [1472], des différences d'appréciation existent sur la pratique des contrats innommés comme l'*istisnā'* ou encore l'*ijarā*, ce qui peut avoir comme effet une application distincte des normes de la *sharī'a* par les banques, rendant ainsi plus ambigüe la structuration de l'opération du financement de projet.

[1467] Muna ALHAJRI, *Le contrat BOT, op. cit.,* p. 104 ; « Az- our North IIWPP » Project, Partnerships Technical Bureau. Attachment 2, Project Briief, september, 2010. Pour en savoir plus sur le projet, on peut se reporter au site de l'Autorité publiques des projets de partenariat public privé au Koweït : http://www.ptb.gov.kw/en/Home

[1468] François GUÉRANGER, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 175 ; Maya OUREGHDA, Mohamed HAMRA KROUHA, « Problématiques pratiques des financements de projets islamiques », *Banque stratégie*, n° 25,3 2007, p. 6.

[1469] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire, op. cit.*, p. 302.

[1470] *Idem*.

[1471] François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.*, p. 175.

[1472] Voir *supra*, pp. 115-120.

L'enseignement que l'on peut tirer de ces faits est simple : les banques islamiques cherchent avant tout l'efficience et la modernité, et à ce titre, elles vont emprunter les techniques de financement ayant fait leur preuve en Occident, quitte à externaliser les points de friction qui s'opposent aux exigences du droit musulman. Ce faisant, en la matière, nous dit Michaël Moaté, *« la réflexion islamique ne semble pas prétendre à une quelconque émancipation »* [1473], ce qui conforte l'idée que la finance islamique ne serait, en fin de compte, qu'une simple adptation à la finance classique

À l'absence d'un raisonnement islamique propre concernant le financement de projet, s'ajoute la question du droit applicable. En principe, quel que soit le pays dans lequel est réalisée l'infrastructure, la conformité au droit national, ou même le choix du droit international, ne peut exonérer le contrat d'être conforme à la *sharī'a*. Pourtant, en pratique, le constat montre que l'on est largement en retrait par rapport à cette exigence.

2. La question du droit applicable

À ce niveau, deux éléments doivent être pris en compte : l'internationalisation du contrat ayant pour corollaire le rejet de la *sharī'a* dans le règlement des litiges.

a) L'internationalisation du contrat

L'idée commune concernant le règlement des litiges nés des contrats consiste à dire qu'il appartient aux parties de choisir l'organe devant intervenir ; il peut s'agir d'un juge national, d'arbitres ou d'une institution arbitrale. Cette liberté fondée sur l'autonomie de la volonté en matière contractuelle n'est pas anodine, s'agissant du règlement des litiges, car *« le choix d'une entité particulière pour trancher un différend serait, dans cette perspective, le moyen pratique pour les parties de choisir le droit international qu'elles veulent se voir appliquer »* [1474]. En tout cas, le contrat sera « délocalisé » de l'ordre interne de l'État - lieu de l'exécution du projet - et soumis à

[1473] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire, op. cit.*, p. 301.

[1474] Julien FOURET et Mario PROST, « La multiplication des juridictions internationales : de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure », *Revue québécoise de droit international*, n° 15, vol. 2, 2002, p. 129.

l'ordre international ou à un « tiers-ordre » [1475] : il deviendrait dès lors un « contrat internationalisé ». Selon Prosper Weil, dès lors qu'un contrat s'insère dans l'ordre juridique international et que le droit international qui lui est appliqué, au moins partiellement, le contrat doit être défini comme un contrat de droit international [1476]. On voit que cette question d'internationalité du contrat n'est pas purement théorique, et sa qualification ne se résume pas à un simple exercice rhétorique. En effet, faisant l'objet d'un arbitrage international, un différend né du contrat se voit appliquer un régime plus ou moins spécifique où la nécessité demeure d'éviter, dans toute la mesure possible, que le droit interne ne vienne interférer sur le règlement du conflit opposant l'État aux opérateurs privés [1477]. Cette remarque nous amène à rappeler les critères de l'internationalité qui sont au demeurant variables.

Au sens du premier paragraphe du Protocole de Genève du 24 septembre 1923, est « international » l'arbitrage reposant sur une convention conclue *« entre parties soumises respectivement à la juridiction d'États contractants différents »* [1478].

Pour sa part, la Convention de Genève de 1961 relative à l'arbitrage commercial international, précise dans son article 1er qu'elle s'applique *« aux conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents »* [1479].

[1475] Michel VIRALLY, « Un tiers-droit ? Réflexions théoriques », in *Le droit des relations économiques internationales*. Études offertes à Berthold Goldman, Lib. tech. 1987, pp. 373-385.

[1476] Prosper WEIL, « Droit international et contrat d'État », in *Le droit international, unité et diversité, Mélanges Paul REUTER*, Pédone, 1981, p. 566.

[1477] Philippe FOUCHARD, « Quand un arbitrage est-il international ? », *Rev. arb.,* 1970, pp. 59 et s. ; Berthold GOLDMAN, « Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1980, p. 323.

[1478] Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage. Société des Nations (SDN), Recueil des traités, vol. 27, p. 158, n° 678 (1924). Document disponible sur le site :
https://www.uncitral.org/pdf/french/publications/sales_publications/Registre_textes_vol_II.pdf (consulté le 10 mars 2017)

[1479] Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international, Genève, 21 avril 1961. Texte in : http://www.lexinter.net/Conventions%20Internationales/convention_de_geneve_sur_l%27arbitrage_commercial_international.htm consulté le 10 mars 2017).

On constate donc que la Convention combine un élément objectif (« opérations de commerce international ») avec un élément subjectif (« leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents ») [1480].

Il importe cependant d'ajouter que chaque pays peut établir des réglementations spécifiques relatives à l'internationalité de l'arbitrage. Ainsi, dans certaines législations, il est convenu que, pour être qualifié d'international, il faut qu'il n'y ait aucun lien avec l'État du siège. Dans d'autres, il suffit que l'une des parties à l'arbitrage n'ait pas sa résidence, son domicile ou siège social, ou n'exécute pas d'opérations au lieu du siège. Enfin, certaines prennent en compte d'autres critères, tel que le lieu d'exécution de la sentence prononcée. Notons qu'en droit français, c'est le critère économique qui est retenu pour définir l'internationalité de l'arbitrage. Plus précisément, l'article 1504 du code de procédure civile modifié par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage dispose : « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »* [1481].

Rappelons à cette occasion que la plupart des pays ont adhéré à la Convention de New York de 1958 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et ont signé la *Convention de Washington de 1965 pour le règlement des litiges relatifs aux investissements*, laquelle Convention a institué un *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements* (CIRDI) qui suppose, pour sa mise en œuvre, que les États qui y adhérent renoncent d'eux-mêmes à se prévaloir des dispositions de leur droit interne qui leur interdiraient le recours à l'arbitrage avec des particuliers étrangers.

Il est probable que l'arbitrage international participe à l'internationalité du contrat. Les auteurs favorables à cette thèse estiment que les parties contractantes disposent, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, inhérente au droit des contrats, de

---

[1480] Andréa BONOMI et David BOCHATAY, « Arbitrage interne et international », Actes du Colloque de Lausanne, 2 octobre 2009, Lib. Droz, Genève 2010, p. 193.

[1481] Cette formule est d'une portée double. Elle permet de déterminer, d'une part, l'internationalité d'un contrat ou d'un arbitrage et, d'autre part, les règles matérielles applicables au commerce international. Philippe LEBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », *Rev. arb.,* 2005, pp. 487-506.

la faculté de soumettre leurs rapports au régime juridique de leur choix, et notamment à l'arbitrage international [1482]. En ce sens, ils admettent les limitations à la souveraineté économique et les renonciations par l'État d'exercer ses prérogatives de puissance publique en matière contractuelle [1483].

Cette posture n'a jamais fait l'unanimité parmi les États. Ainsi, au Koweït, la décision 11/1988, relative au règlement des litiges résultant des accords conclus par les personnes morales de droit public avec des entreprises étrangères, spécifie qu'à défaut de dispositions législatives expresses ou d'une mention claire et explicite de l'arbitrage international ou local dans le contrat [1484] le système judiciaire koweïtien est seul compétent pour connaître du contentieux contractuel et la loi koweïtienne est la loi applicable [1485]. Et dans l'hypothèse où l'arbitrage international est accepté, des conditions préalables doivent être remplies, dont notamment le respect de l'ordre public, des coutumes du pays et du principe d'autorisation émanant des plus hautes autorités de l'État. Par ailleurs, le choix de l'arbitrage doit avoir le consentement de toutes les parties concernées par le litige.

On peut expliquer cette réticence par l'immunité de juridiction qui vise à empêcher les atteintes à la souveraineté et à l'indépendance de l'État, c'est-à-dire à éviter que la puissance publique soit soumise à système juridique d'un autre État ou à la magistrature de l'arbitrage international [1486]. En théorie, cette possibilité donnée aux États d'évoquer l'immunité juridictionnelle présente un obstacle à l'application de

---

[1482] D'après le guide de la CNUDCI, *« Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de concession »*, *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, op. cit.* p. 45.

[1483] Cet argument peut s'appuyer sur la sentence arbitrale rendue en 1958 dans l'affaire qui opposait la société *Aramco* à l'Arabie Saoudite, dans laquelle il est dit que *« rien ne s'oppose à ce qu'un État, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par les clauses de concession et attribue à un concessionnaire des droits irretracables », RGDIP*, 1963, p. 315.

[1484] Rappelons que l'arbitrage résulte soit d'une clause compromissoire contenue dans le contrat, soit d'un compromis, c'est-à-dire d'une convention par laquelle les parties à un litige acceptent de soumettre celui-ci à l'arbitrage.

[1485] Décision 11/1988, Conseil des Ministres, séance n° 14/88 du 13 mars 1988.

[1486] L'immunité de juridiction constitue un privilège accordé au souverain. « Universellement connu et respecté ». Il est qualifié de « principe coutumier du droit international », Isabelle PINGEL-LENU A, *Les immunités des États en droit international*, Bruylan, 1998, p. 11.

l'arbitrage international. En vérité, il s'agit là d'une opposition de principe, étant donné que la plupart des pays acceptent désormais de se soumettre à l'arbitrage, dans la mesure où ils accueillent régulièrement des investissements étrangers et investissent eux-mêmes à l'étranger. Reste toutefois la question du droit applicable, et sur ce plan, force est de constater un rejet de la *sharī'a* en tant que norme pouvant servir de référence dans les règlements des litiges.

b) Le rejet de la *sharī'a* comme référence

Rappelons que le financement de projet est généralement passé entre un État et une partie étrangère en vue de développer un ouvrage ou un service qui sera exploité pour la satisfaction de l'intérêt général et ce, par le recours au savoir-faire et aux capitaux étrangers. Donc, il y a mouvement des biens et de services d'un pays à l'autre, ce qui implique la rencontre de systèmes juridiques différents. C'est bien ce croisement de deux ordres juridiques distincts qui permet de soutenir que le contrat de projet ne peut être assimilé à un contrat interne [1487]. Et dans la mesure où il révèle un large éventail d'éléments d'extranéité (investissements extérieurs, transfert de technologie, etc.), il est qualifié de contrat de commerce international [1488]. Pourtant, la qualité d'internationalité attribuée à ce type de contrat n'est pas aussi nette [1489] car, comme l'observe un auteur, *« d'une part, il se situe à la croisée de la distinction historique entre les relations internes et les relations internationales et d'autre part, il se trouve sans cesse influencé par les exigences de l'adaptation constante aux impératifs économiques »* [1490].

[1487] Prosper WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCDAI*, vol. 128, 1969-II, p. 224 ; Charles LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCDAI*, vol. 302, 2003-III, pp. 197-386.

[1488] Mohamed Ahmed GHANEM, *Les projets d'infrastructure du système BOT*, Alexandrie, éd. Al Maktab Al Jamii Al Ḥadīth, 2009, p. 104. Sur la notion de contrat de commerce international, voir Rita WAKED JABER, *Le contrat administratif international*, *Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate and Transfer),* Paris, LGDJ, 2013, pp. 254-262.

[1489] En ce sens, Stéphane CHATILLON, *Le droit du commerce international*, éd. Vuibert, 1999, p. 5. Notons qu'il n'existe pas de définition unanime sur la nature internationale du contrat BOT, et c'est généralement au juge ou à l'arbitre de trancher en la matière.

[1490] Rita WAKED JABER, *Le contrat administratif international, op. cit.,* p. 254.

Toujours est-il qu'au niveau de l'application des normes juridiques, on va se référer au droit interétatique et aux principes généraux, éventuellement à la coutume internationale. Or, l'apparition et le développement de la finance islamique devraient, en principe, nuancer cette exclusivité des règles du droit international, en y ajoutant des références à la *sharī'a*, d'autant plus qu'il est avéré que les banques islamiques démontrent une certaine flexibilité dans leur adhésion aux principes religieux *« du fait du rapprochement réel et effectif entre les institutions financières »* [1491].

Alors qu'en matière du *fīḳh* classique, *« la loi applicable ne peut être que la sharī'a sans aucune exception »* [1492]*,* il faut bien admettre que l'appréciation de la *sharī'a* comme norme présente plusieurs lacunes :

Tout d'abord, il s'agit d'une notion foncièrement morale et religieuse où le caractère juridique n'apparaît pas vraiment. C'est l'avis de Fadi Nammour, qui cite comme exemple la loi saoudienne de 2012 relative à l'arbitrage. Cette loi, rappelle-t-il, s'applique *« sans porter atteinte aux règles du roit musulman et aux conventions internationales dont le Royaume est partie ».* L'auteur constate cependant que *« la loi ne définit ni la notion de droit musulman ni celle de la sharī'a islamiya »* [1493].

Ensuite, la *sharī'a* varie d'un pays à l'autre. Certains pays comme la Tunisie ou le Liban lui dénient toute normativité, alors que d'autres, comme l'Arabie Saoudite ou le Pakistan en font une source de droit étatique à part entière. En corrélation avec cette diversité, la multiplicité des rites qui, au plan de l'arbitrage international, soulève une question décisive : qui interprète le droit islamique ? Le *mufti*, l'*imam*, les *fūḳahā* ? Ceux-ci commentent et expliquent les règles de la *sharī'a* suivant leur appartenance à telle ou telle école religieuse et d'après leur manière, restrictive ou extensive, de percevoir et d'interpréter les dispositions de la loi islamique visant tel ou tel problème. Dans ces conditions, pour que la *sharī'a* soit considérée comme un droit pouvant être utilisé dans l'arbitrage international, il faut d'abord qu'elle soit harmonisée au niveau

---

[1491] Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit.,* pp. 461-462.

[1492] Abdelsattar KOUILDI, « L'arbitrage en droit financier musulman moderne », *op. cit.,* p. 52.

[1493] Fadi NAMMOUR, *De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage internationale*, *op. cit*., p. 99.

des pays musulmans et que les États concernés la reconnaissent comme système de droit applicable aux contrats.

Enfin, en raison de son inspiration religieuse, la *sharī'a* a du mal à s'adapter aux besoins d'une société moderne. Dans ce contexte, le fait de reposer sur des principes immuables et de fonder les règles sur des dogmes et des traditions millénaires et non sur des normes rationnelles et variables de la société, a pour effet de rendre difficile le recours à l'arbitrage international. C'est cet immobilisme qui ordonne aux parties dans le choix du droit applicable au litige de ne pas enfreindre les règles du droit musulman. En fait, dans ces conditions, il n'y a même pas lieu de s'interroger sur le droit applicable, puisque seule peut s'appliquer la *sharī'a*, sous peine de nullité de la convention d'arbitrage. Cette prétention a pour origine l'idée que la *sharī'a* a vocation universelle qui justifie son extension à l'arbitrage international se déroulant dans un pays étranger [1494]. Elle a aussi pour fondement la conviction que la finance islamique, étant liée à l'éthique, se présente comme une culture et non seulement comme connaissance technique ou théorique. Dans cette optique, il est difficile de demader à un arbitre, ne maîtrisant pas les règles générales gouvernant cette finance, de trancher des litiges en matière de contrat ayant des caractéristiques propres (partage des risques, absence de pénalités en cas de retard dans l'exécution d'un ouvrage…) [1495].

Reste à ajouter que toutes ces considérations doivent être largement nuancées. En premier lieu, il faut préciser que ce n'est pas toute la *sharī'a* qui est susceptible d'être applicable en matière de finance islamique, mais uniquement les règles du *fīḳh al-muamalat*, c'est-à-dire les principes régissant les échanges commerciaux [1496] et ayant des points communs avec le droit positif, sauf à tenir compte des spécificités.

[1494] Voir Fadi NAMMOUR, *De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage internationale*, op. cit., p. 107.

[1495] C'est ainsi que selon la résolution 109 (3/12) de l'Académie islamique du *fīḳh* « Si le débiteur-acheteur accuse un retard dans l'acquittement de ses traites, il n'est pas permis de lui faire subir une charge supplémentaire sur le montant de la dette, que ce soit selon une clause préalable ou sans clause, car ce serait alors du "riba" (usure) qui est prohibé », Abdelsattar AL KHOUILDI, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », *op. cit.*, p. 51.

[1496] Nefeli ROUPAKIA, « L'application de la sharī'a dans les contrats internationaux sous l'égide du règlement Rome I », *op. cit.,* p. 42.

En second lieu, le contrat islamique, comme tout autre contrat, est gouverné par un ensemble de règles qui doivent être observées. Ainsi, selon la *sharī'a*, un bien objet de transaction doit exister au moment de l'accord, afin d'éviter le risque d'aléa ou gharār générateur du déséquilibre des prestations. De même, la chose doit être licite, en conséquence, la pratique du *ribā* est interdite par référence à la *sharī'a*. Enfin, toute opération financière doit être adossée à un actif réel, afin de se prémunir contre la spéculation. Au regard de ces dispositions prohibitives, il paraît légitime qu'une convention d'arbitrage international soit soumise, en ce qui concerne l'appréciation de sa validité, aux normes édictées, qu'elles soient d'ordre moral ou religieux. Ce raisonnement est appuyé par Michaël Moaté qui considère que *« la validité des conventions soumises à la Shari'a comportant un élément d'extranéité est aujourd'hui de mise pour tout ce qui, en France, ne contrevient pas à l'ordre public »*. L'auteur ajoute qu'*« en matière bancaire, de nombreux éléments du droit français n'étant pas d'ordre public leur application peut par conséquent être accueillie par le juge. Il en va ainsi du refus de l'intérêt, de la spéculation ou de l'incertitude dans le contrat, qui ne peuvent constituer un motif de refus de reconnaissance ou d'exequatur en France d'une sentence arbitrale ou d'un jugement étranger »* [1497].

En trosième lieu, aux yeux de la *sharī'a*, il n'existe pas d'obligation de choisir le droit islamique comme droit applicable au contrat, mais il est vrai que ce dernier ne doit pas heurter de front les grands principes de la *sharī'a* [1498].

Cela étant dit, la règle est le rejet de l'application des prescriptions religieuses dans un arbitrage international. Dans une affaire opposant la *Banque Chamel du Bahreïn* à la société pharmaceutique américaine *Beximco* en 2003-2004 [1499], le tribunal anglais, après avoir constaté que le contrat était soumis aux principes de la *sharī'a* mais aussi au droit anglais, conformément à la clause de droit applicable, avait conclu que la

[1497] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 312.

[1498] Article 9/4 de la résolution n° 91 (8/9) relative à l'arbitrage.

[1499] *Shamil Bank of Bahrain EC v. BeximcoPharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ. 19.

sharī'a ne constitue pas une loi nationale et donc ne pouvait être applicable à un contrat international, en vertu de l'article 3-1 de la Convention de Rome de 1980 [1500].

Cette position du juge anglais a été confirmée dans la décision *Musawi* du 14 décembre 2007 [1501]. Dans cette deuxième espèce opposant la banque du Golfe pour l'investissement islamique domicilié au Bahamas à la société Symlhony Gems, le contrat de *murabaha*, conclu entre ces deux sociétés contenait une clause d'arbitrage désignant expressément le droit anglais comme droit applicable « *sous la condition de ne pas violer la sharī'a islamiya* ». Là encore, le juge, se fondant sur le Traité de Rome relatif au droit applicable, a retenu exclusivement la loi anglaise, en écartant la *sharī'a* au motif qu'il n'est pas un droit étatique reconnu.

Ces deux décisions ont porté sur des affaires antérieures à l'adoption de la convention Rome I [1502] qui permet, en principe, aux parties contractantes de soumettre leur différend à une loi étrangère autre que la loi du *for* et le cas échéant à un droit non-étatique. Ce qui laisse entedre qu'*« aujourd'hui, les tribunaux des pays européens se doivent de respecter l'autonomie de la volonté des parties et donc de donner effet à l'application de la Shari'a, sur le modèle de la lex mercatoria dont le caractère normatif à été reconnu comme règle de droit non-étatique »* [1503].

Sauf que cette solution n'a pas été envisagée jusqu'à présent. On attribue cette lacune au fait que le texte consacrant la liberté de choisir une loi qualifiée de non-étatique se trouve contenu dans le Préambule. En effet, il est dit dans le considérant n° 13 que « *Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* ». Or, la valeur normative de ce considérant est controversée. Selon Sophie Lemaire, « (...) *tout*

[1500] Selon l'énoncé de l'article 3-1 de la Convention, *« Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat »*.

[1501] Musawi v RE International (UK) Ltd & Ors, Court of Appeal - Chancery Division, December 14, 2007 [2007] EWHC 2981 (Ch) Reporting Judge: [2007] EWHC 2981 (Ch).

[1502] Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

[1503] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 312.

énoncé propre à modeler effectivement les comportements - serait-il initialement dépourvu de caractère contraignant - peut l'acquérir par l'usage. En pratique, plusieurs voies peuvent permettre à un texte d'accéder à la force obligatoire qui lui manquait. Parmi elles, la voie juridictionnelle, autrement dit la consécration par le juge du caractère contraignant de l'énoncé, paraît la plus incontestable » [1504].

Reste à ajouter que le juge a plutôt tendance à appliquer le plus souvent le droit connu. Or, *« le droit musulman est peu connu »*, voire méconnu par les juges, en comparaison avec le droit occidental laïque [1505]. Dans ce cas, on comprend l'opinion de certains auteurs soutenant que les parties à un contrat international ne pourront pas faire valoir le considérant n° 13 pour soumettre leur différend à la *sharī'a* [1506]. Ainsi, *« le choix de la sharī'a comme loi applicable à un contrat de financement islamique ne vaudrait pas choix de loi au sens du droit international privé »* [1507].

Dans tous les cas, rien que le fait d'envisager la *sharī'a* comme une loi suscite crainte et suspicion. Son rejet et d'ailleurs souvent justifié par son incompatibilité avec les principes régissant l'ordre public [1508].

Cet aspect a été relevé par le Professeur Jahel soulignant que *« les parties à un contrat international peuvent désigner la sharī'a comme droit applicable au contrat, mais les juges ou arbitres occidentaux en ont souvent refusé l'application au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public international, lacunaire ou inappropriée »* [1509].

[1504] Sophie LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D*. 2008, 2157, n° 13.

[1505] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 372.

[1506] Voir notamment Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, 7e édition, Économica, 2013 ; Vincent HEU E et Pierre MAYER, *Droit international privé*, 11e édition, LGDJ, 2014, pp. 524-526.

[1507] Nefeli ROUPAKIA, « L'application de la sharī'a dans les contrats internationaux sous l'égide du règlement Rome I », *op. cit.,* p. 64.

[1508] Selon l'article 6 du Code civil français, *« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».*

[1509] Selim JAHEL, « Chari'a et contrats internationaux », in *Clés pour le siècle* (collectif), Dalloz, 2000, p. 294.

Bien que les pays musulmans aient intégré la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, ces droits, dans la pensée islamique, ne peuvent devenir effectifs qu'en conformité avec la *sharī'a*. Or, la *sharī'a* se confond parfois avec l'ordre public. C'est bien ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation de Dubaï définissant l'ordre public comme « *les règles ou fondements sur lesquels repose la société et qui ne sont pas contraires aux décisions judiciaires exécutoires et aux principes de la sharī'a islamiya* » [1510]. En effet, dans certains pays, comme l'Arabie Saoudite, le Pakistan ou le Soudan, l'observation rigoureuse de l'orthodoxie musulmane implique que les lois élaborées ne doivent pas enfreindre l'ordre moral et religieux issu de la *sharī'a*, voire une atteinte à la volonté divine [1511]. Il en résulte que la violation de la loi est considérée comme une violation de la *sharī'a*. Cet amalgame va permettre à un partenaire de demander l'annulation d'un contrat, et dans le cas d'un arbitrage international, de proclamer la nullité de la sentence arbitrale. Cette situation a été nommée par la doctrine anglo-saxonne de « *Sharī'a Risk* » pour signifier le degré d'insécurité juridique pour les contractants : *« Une partie peut en effet refuser de remplir ses obligations contractuelles et demander l'annulation du contrat en attaquant sa conformité aux règles de la Sharī'a, bien que la partie opposée ait respecté ses obligations »* [1512].

Il arrive que l'incompatibilité de la *sharī'a* se situe au niveau du respect des règles démocratiques. C'est ce qu'affirme la Cour européenne dans un arrêt du 13 février 2003. Il et dit que *« La cour partage l'analyse effectuée par la chambre quant à l'incompatibilité de la sharī'a avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la convention : À l'instar de la cour constitutionnelle, la cour reconnaît que la sharī'a, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictées*

[1510] Arrêt du 9 novembre 2008, *Revue du monde arabe*, 2010 vol. 7 p. 240, note H. EL MOULA. On peut évoquer dans le même sens la position de la Cour suprême du Soudan affirmant que la violation de l'ordre public équivaut à une violation de la sharī'a (Arrêt 11 janv. 2009, *Revue du monde arabe*, 2011 vol. 10, pp. 309 et s.) Cités par Fadi NAMMOUR, *De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage internationale, op. cit.,* p. 115.

[1511] Selim JAHEL, « Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, n° 4, p. 787.

[1512] Nefeli ROUPAKIA, « L'application de la sharī'a dans les contrats internationaux sous l'égide du règlement Rome I », *op. cit.,* p. 45.

par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques. La cour relève que, lues conjointement, les déclarations en question qui contiennent des références explicites à l'instauration de la sharī'a sont difficilement compatibles avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la convention, comprise comme un tout. Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'Homme et de soutenir un régime fondé sur la sharī'a, qui se démarque nettement des valeurs de la convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses » [1513].

Non compatible avec la démocratie, la *sharī'a*, en raison de sa source divine, ne peut pas, non plus, constituer une loi applicable dans l'arbitrage international. Cette idée est confortée par la prise de position de certaines écoles religieuses prônant des mesures discriminatoires qui ne peuvent que heurter le modèle de société des pays occidentaux. On peut citer à ce titre l'opinion des écoles *ḥānafite*, *malikites* et *shāfi'īte* interdisant à un non-croyant d'avoir juridiction sur un musulman ou les avis imposant un magistrat de sexe masculin [1514]. Il faut toutefois ajouter que ces enseignements du *fīḳh* classique ne s'appliquent plus de nos jours [1515]. Il suffit, à ce titre, de rappeler la position de l'Académie islamique du *fīḳh*, affirmant que *« Le principe est que l'arbitre doit être musulman sauf s'il y a un besoin de requérir un arbitre non-musulman. Dans ce cas, il est permis de nommer un arbitre non-musulman, pourvu que le jugement prononcé soit conforme aux principes de la sharī'a »* [1516].

[1513] CEDH, arrêt du 31 juillet 2001 *Refah Partisi c. Turquie*.

[1514] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire, op. cit.*, p. 313.

[1515] Georges AFFAKI (dir.), *Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, *op. cit.*, pp. 24 et s.

[1516] Parag. 8/2 de l'article 8 de de la Résolution n° 91(8/9) relative à l'arbitrage.

De manière générale, chaque fois qu'une prescription de la *sharī'a* vient contredire des règles d'ordre public, le tribunal arbitral écartera en pratique cette règle religieuse, sans pour autant remettre en cause la soumission globale du contrat à la loi islamique.

Le rejet de la *sharī'a* trouve également un argument dans l'imprécision qui caractérise les contrats islamiques. Nous savons que le contrat repose sur l'autonomie de la volonté. Aussi, pour que l'application des règles de la *sharī'a* soit possible dans un système de droit occidental, il est impératif que les parties aient décidé clairement de s'y soumettre. *« À défaut d'une telle mention conventionnelle les juges appliqueront la loi du for »* [1517].

À cette imprécision s'ajoute la confusion, lorsqu'on sait que dans la pratique des banques islamiques, adoptant des techniques des banques classiques pour contourner les contraintes de la *sharī'a*, nombre de produits n'ont d'islamique que le nom [1518].

Finalement, malgré la liberté des parties de choisir le droit applicable dans un arbitrage international, cette possibilité, consacrée par le Règlement de Rome I, demeure hors de portée de la *sharī'a,* celle-ci, étant considérée comme un droit non étatique, à défaut de sa codification et de son harmonisation. En tout cas, *« ses règles (…) sont floues, elle n'est ni une loi étatique ni un règlement, c'est une interprétation fiqhi qui n'a d'égale que la diversité des écoles islamiques »* [1519].

En outre, nous sommes en présence d'un droit religieux, ce qui soulève en réalité l'éternel et délicat problème du compromis entre religion et laïcité. La question de l'appicabilité de la *sharī'a* dans l'arbitrage international est donc d'ordre culturel. En effet, en tant qu'ensemble de normes s'inspirant de la religion, la *sharī'a* fait appel à la divinité, à l'universel, à l'absolu et au sacré, *ce qui fait que « son assimilation" par le droit de l'arbitrage nécessite une double communauté : technique et idéologique »* [1520].

[1517] Abdelilah HAJJY et Jérôme BALLET « Les banques islamiques, un modèle éthique alternatif ? », *op. cit.,* p. 6.

[1518] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire, op. cit.*, p. 315.

[1519] Fadi NAMMOUR, *De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage internationale*, *op. cit.,* p. 116.

[1520] *Idem*.

Pour clore ce point, il convient de préciser que, si certaines opérations bancaires contiennent des clauses particulières pouvant s'avérer incompatibles avec l'ordre public international, globalement, le rapprochement avec des pratiques classiques, le poids des acteurs conventionnels sur ce marché financier et la volonté de développer le modèle islamique par le biais de la clientèle non-musulmane, incitent à penser que les règles de la *sharī'a,* une fois réaménagées, pourraient, peut-être, faire partie du droit applicable dans le règlement des différends par voie d'arbitrage international.

Toutes ces considérations ont pour mérite de montrer ce qui fait la spécificité de la finance islamique. En même temps, l'analyse a permis de trouver éléments de rapprochement avec la finance conventionnelle, du moins de vue pratique. La question qui se pose maintenant est de savoir si le critère de responsabilité sociale pourrait être retenu pour distinguer les banques islamiques des banques conventionnelles.

Section 2 : La responsabilité sociale des banques islamiques

L'intégration des finalités à connotation sociale et morale est un élément décisif dans la vie économique du musulman, elles en sont les fondements, les composantes principales. Dans le domaine bancaire, ces finalités constituent *« des gages de réussite du système et c'est ce qui le distingue du modèle conventionnel »*, affirme Pascal Grangereau [1521].

« Vos richesses et vos enfants ne sont qu'une tentation alors qu'une récompense sans limite se trouve auprès de Dieu », dit le Coran [1522]. Il s'ensuit que l'attitude appropriée du musulman ne se limite pas à la bonne gestion de sa fortune, c'est-à-dire la fructification de son patrimoine, elle englobe aussi le soutien et la générosité vis-à-de l'autre. Du point de vue de la finance islamique, cette solidarité apparaît à travers la dimension redistributive de la banque (§ 1) et grâce à certaines activités faisant de l'institution bancaire une régulatrice sociale (§ 2).

[1521] Pascal GRANGEREAU, Mehdi HAROUN, « Financement de projets et financements islamiques : Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *op. cit.*, pp. 55. et s.

[1522] Coran, *sūrate* 64, verset 15.

§ 1. La dimension redistributive des banques islamiques

Les banques islamiques lient constamment la question de l'argent et celle de la religion, ce qui fait appel à l'idée de l'éthique en lui donnant un sens original. Cette éthique qui est censée gouverner l'activité bancaire, se définit comme un corps de règles dont les bases proviennent du Coran et de la tradition du Prophète. Autrement dit, les banques islamiques vont intégrer les domaines de l'éthique, de la morale et du social dans leur réflexion en s'occupant de la distribution de la *zakāt* (A) et en acceptant d'orienter certaines pénalités infligées à ses clients défaillants vers des œuvres de bienfaisance (B).

A. La *zakāt* ou l'aumône légale

Il est de coutume de dire que le droit islamique en général, et la finance islamique en particulier, font prévaloir l'intérêt de la collectivité sur l'intérêt individuel [1523]. Cette idée autorise certains auteurs à parler de finance *« éthique, participative, socialement responsable, équitable, alternative profondément ancrée dans l'économie réelle »* [1524]. Envisagée sous cet angle, l'activité bancaire islamique incite à réfléchir sur les principes de justice et d'égalité que résume, en partie, le mot *zakāt* dont il importe de définir le contenu avant d'aborder son intégration dans l'activité bancaire.

1. La notion de *zakāt*

Alors que les banques conventionnelles reposent principalement sur des bases économiques et pécuniaires, les banques islamiques tendraient plutôt à concilier l'activité bancaire classique avec des impératifs religieux parmi lesquels figure la *zakāt*.

La *zakāt* ou aumône que l'on peut traduire par « purification » est le troisième pilier de l'Islam et elle a été prescrite de tout temps, à chaque musulman [1525]. Il est dit dans le Coran : *« Soyez assidus à la prière, faites l'aumône, vous retrouverez auprès*

[1523] Najla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.,* p. 1.

[1524] Abderrazak BELABES, « Épistémologie des principes de la finance islamique », *op. cit.*, p. 6.

[1525] Rappelons que premier pilier est la *shahada* (attestation de foi), le second est la salat (prière) le quatrième, sawm (le jeûne de ramadan) et le cinquième hajj (pèlerinage).

d'Allah le bien que vous aurez acquis à l'avance, pour vous-même » [1526]. On distingue deux types de *zakāt* : *zakāt al Fitr*, exigée à la fin du ramadan et la *zakāt el-mal*, calculée en fonction des revenus et qui doit être acquittée annuellement.

- La *zakāt al-Fitr* est équivalente à un « *saa'* » (quatre portions remplissant les deux mains) d'une denrée alimentaire la plus généralement en usage dans le pays où l'on vit, telle que blé, orge, dattes, riz, raisin sec, etc. Étant destinée aux plus pauvres, elle a pour objectif de « purifier » le croyant de ses péchés *« commis pendant le mois de ramadan »* [1527].

- *La zakāt al māl* (aumône légale) est en fait un impôt social, et ce *« dès l'époque du Prophète jusqu'à la chute de l'empire Ottoman »* [1528]. Il est perçu annuellement sur l'or, l'argent, le bétail, les marchandises stockées par les commerçants, les produits agricoles, les ressources extraites du sol, salaires, titres bancaires, primes, héritages, et sur des revenus divers (location de biens immobiliers par exemple) [1529]. L'assujetti verse 2,5% de son patrimoine, pour venir en soutien à des personnes se trouvant dans une situation économique et sociale précaire.

Avec cette dimension solidaire, la *zakāt* vise à diminuer la différence qui existe au sein de la communauté musulmane, notamment entre les riches et les nécessiteux. Versée en priorité aux pauvres, la *zakāt* est également allouée à ceux qui sont fortement endettés, voire à des voyageurs se trouvant dans le besoin, etc. [1530]

[1526] Coran *sūrate* 2, verset, 110. Il existe plus de 89 versets coraniques consacrés à la *zakāt.*

[1527] Voir Abdlekader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 132.

[1528] Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.*, p. 122.

[1529] *« Sont exclus de la zakāt les biens suivants : terrain, immeuble, bâtiment (non soumis à la vente), maison privée principale ou secondaire, mobiliers, vêtements, voitures, etc. hypothèque, les bijoux personnels (pour les femmes suivant l'école shāfi'īte leurs parures en or sont exemptés de zakāt, dans les trois autres écoles, tous les bijoux sont exemptés de zakāt sauf l'or et l'argent) »*, Abdlekader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 133.

[1530] L'affectation de la *zakāt* est fixée par le Coran qui a désigné huit catégories de bénéficiaires : *« Les aumônes sont destinées aux pauvres, aux nécessiteux, à ceux qui sont en charge de recueillir ces dons et de les répartir, à ceux dont les cœurs sont à gagner, au rachat des captifs, aux endettés insolvables, à ceux qui se consacrent à la cause de Dieu, et aux voyageurs démunis (...) »*, Sūrate 9, verset 60. Sur la gestion de la zakāt, voir Ali YOUALA, « Le fonctionnement du système sakataire :

Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'un acte d'adoration de Dieu, voire une obligation : la règle est que le prélèvement effectué *« purifie sur le plan religieux, sacré et moral le bien de celui qui le possède »* [1531]. Les sources islamiques reviennent très souvent sur le sens de la purification : *« Qui donne ses biens pour se purifier… »,* dit le Coran [1532].

L'objectif de la *zakāt* est de purifier le croyant de ses tentations « malsaines » pour l'argent et sa convoitise des biens de ce monde. Nous avons vu que, dans la pensée islamique, les ambitions et les actions de l'homme sont subséquentes à la volonté de Dieu, créateur de l'univers [1533] : « *C'est à Dieu qu'appartient tout ce qui est dans les cieux et sur la terre. Que vous manifestiez ce qui est en vous ou que vous le cachiez, Dieu vous en demandera compte »* [1534].

Dieu, propriétaire absolu et originel de tout bien, c'est Lui qui a fait de l'Homme son mandataire des biens terrestres, le terme de mandat, « *istikhlaf* » est clairement rappelé par le Coran : *« C'est Lui qui a fait de vous les successeurs sur terre et qui vous a élevés, en rangs, les uns au-dessus des autres, afin de vous éprouver en ce qu'Il vous a donné... »* [1535]. En vertu de ce don, l'homme doit se comporter ici-bas dans le respect strict des règles religieuses et de la justice sociale *: « Nous avons effectivement envoyé nos messagers avec des preuves évidentes, et fait descendre avec eux le Livre et la balance, afin que les gens établissent la justice... »* [1536].

De ces versets résulte cette norme sociale qui veut que toutes les richesses mises à la disposition des hommes, leur ont été confiées par Dieu pour qu'elles soient utilisées d'une façon juste et pour le bien-être de tous. De là découle d'ailleurs cette éthique

---

l'affectation », in *Les sciences de la chari'a pour les économistes, op. cit*., pp. 424 et s. ; voir également Ibrahim CEKICI, « Du filtrage islamique *», op. cit.,* p. 17 ; Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 26.

[1531] Abdlekader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 131.

[1532] Coran *sūrate* 92, verset 18.

[1533] Imane KARICH, *Le système financier islamique. De la religion à la banque*, Larcier, 2002, p. 14.

[1534] Coran, *sūrate* 2, verset 284.

[1535] Coran, *sūrate* 6, verset 165.

[1536] Coran, *sūrate* 57, verset 25.

que l'argent n'a pas de valeur et d'utilité qu'associée à une activité productive, d'où la condamnation de l'enrichissement injuste qui consiste à gagner de l'argent en se servant de l'argent (intérêt ou spéculation). Ce sont ces mêmes idées qui expliquent le principe de purification liée à la *zakāt* : *« Prélève une aumône sur leurs biens pour les purifier et les rendre sans tache »* [1537].

Cette purification dont parle le Coran revêt deux aspects : le premier est lié à l'obligation d'épurer les revenus entachés d'intérêt qui se traduit concrètement par le versement des « sommes usuraires » à des pauvres ou à des œuvres de charité [1538].

Le second aspect concerne la *zakāt* en tant qu'obligation spirituelle. Elle est un moyen de purifier son cœur et d'élever son âme, une voie, un chemin enrichissement dans l'au-delà : *« (…) Ce que vous donnez comme zakāt, pour être agréables à Dieu, sera pour vous porté à plusieurs fois sa valeur »* [1539].

Du point de vue pratique, la mise en œuvre de la *zakāt* se traduit par l'institution de fonds destinés à sa collecte et à sa redistribution. Traditionnellement, ces fonds étaient organisés le pouvoir public. De nos jours, ce sont plutôt des organismes non-gouvernementaux qui s'en chargent. Encore faut-il préciser que dans certains pays, comme le Pakistan, l'Arabie Saoudite ou les Émirats Arabes Unis, très attachés à l'application de la *sharī'a*, ce sont les États qui continuent de gérer la *zakāt,* répartie sous forme d'impôt [1540].

Du point de vue juridique, la *zakāt* crée une relation contractuelle entre l'assujetti et le bénéficiaire ; le premier devient en quelque sorte le créancier du second. *« Les*

[1537] Coran, *sūrate* 9, verset 103.

[1538] Voir Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.*, p. 33

[1539] Coran, *sūrate* 30, verset 39. Voir également *sūrate* 2, verset 276 : *« Dieu réduira à néant le profit usuraire et fera fructifier le mérite des aumônes »*.

[1540] Dans les États entièrement islamisés, la *zakāt* est considérée comme une aumône obligatoire pour tout musulman, elle est qualifiée d'impôt et sa gestion est confiée à l'administration des impôts. Dans les autres États, les musulmans doivent prendre l'initiative de l'acquittement de la zakāt. Voir Sâmi HA OUG, « De quelques aspects éthiques de la finance islamique », in Chantal CUTAJAR, Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE et Michel STORCK (dir.), *Finance et éthique*, *op. cit.,* pp. 257-261.

obligations qui en découlent sont de même nature que le transfert complet de propriété au profit du bénéficiaire avec un droit de regard sur les choses données » [1541].

Enfin, dans sa substance même, la *zakāt* révèle l'importance de la participation sociale dans le monde musulman. C'est un devoir d'équité et de justice sociale imposé aux riches afin de soutenir les plus défavorisés. Dans cette limite, on peut parler d'une « responsabilité collective prônée par l'islam » : en ralliant le cœur des hommes à Dieu, la *zakāt* doit permettre aux plus pauvres de subvenir à leurs besoins les plus élémentaires (accès à la santé, à l'éducation...) [1542].

Attachée à une vision sociale imposée par la *sharī'a*, les institutions bancaires islamiques se sont contentées, au départ, de respecter le principe de l'interdiction de l'intérêt (*ribā*). Ce n'est que par la suite qu'elles ont intégré une mission distributive de richesses en vertu de leur engagement en tant qu'agent collecteur et dispensateur des fonds provenant de la *zakāt* [1543].

2. L'intégration de la *zakāt* dans l'activité bancaire

Généralement, les banques islamiques incluent volontairement la *zakāt* dans leurs activités et, à ce titre, créent un département chargé de cette mission. Dans le cas où la banque islamique est contrainte par la législation locale de collecter l'aumône, ou bien en raison de ses statuts ou d'une décision de ses dirigeants, elle est tenue d'ouvrir un fonds spécial de gestion de la *zakāt*, géré indépendamment des autres comptes sous le contrôle d'un comité religieux qui *« étudie les projets sociaux devant bénéficier de la zakāt et décide de l'affectation de celle-ci »* [1544].

Le fonds de gestion de la *zakāt* joue un double rôle : il collecte la *zakāt* auprès des personnes concernées : actionnaires, détenteurs de comptes, employés de la banque et tout autre bénévole qui veut utiliser la banque comme intermédiaire pour accomplir

---

[1541] Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.*, p. 122.

[1542] Voir Abdlekader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 131.

[1543] Mballo THIAM, De la religion à la banque, op. cit., p. 100.

[1544] Michel RUIMY*, La finance éthique, op. cit.,* p. 78.

un devoir religieux. Ce fonds se charge ensuite d'en calculer le montant en collaboration avec la Direction des impôts ou d'autres instances officielles [1545]. Notons à cet égard que dans la plupart des pays musulmans où la *zakāt* n'est pas considérée comme un impôt, aucune institution de prélèvement n'est prévue. Selon A. Bessedik, *« Dans l'hypothèse où la banque n'est pas obligée de collecter la zakāt, mais que ses clients actionnaires le lui demande elle agira comme agent, et la banque calculera et retiendra la zakāt sur les profits distribués. S'il n'existe pas de profit, la banque règle alors la zakāt et notifie aux actionnaires ce qu'ils auront à payer »* [1546].

Quoi qu'il en soit, l'importance de la *zakāt* en tant que pilier de l'islam a forcément des répercussions sur les banques islamiques, théoriquement attachéees à une vision sociale et éthique de l'activité bancaire. Et dans la mesure où il est question de purifier leurs revenus entachés du *ribā*, la *zakāt* s'impose comme un instrument approprié « d'assainissement » [1547], dont l'accomplissement revient au comité de la *zakāt* créé à cet effet et sous certaines conditions : L'assujetti doit, sur la durée d'une année lunaire (*ḥawl*), avoir franchi le seuil de l'imposition (*niṣab*) estimé à environ 1200 euros (soit l'équivalent de 85 grammes d'or). Dans ce cas, 2,5% sont prélevés sur son patrimoine et distribué aux nécessiteux [1548].

L'argent qui circule n'entre pas dans l'assiette de la *zakāt* étant donné que du moment où il sert à produire de la richesse, il peut lutter contre la pauvreté. Donc, ce qui est visé par l'aumône, c'est l'argent thésaurisée, *« ce sont les épargnes »* [1549]. Cette restriction n'est pas partagée par certains juristes musulmans qui estiment que tout

---

[1545] Hamid ALGABID, *Les banques islamiques*, *op. cit.,* p. 68 ; Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique op. cit.*, p. 43.

[1546] Abdlekader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 132.

[1547] Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.*, p. 156.

[1548] Voir Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.*, p. 157 ; Malik NEKAA, « Pour une finance islamique et solidaire », *op. cit.,* p. 94 ; AIDIMM et IFAAS, *Finance islamique*, Rapport 2011, *op. cit*., p. 54 ; Banque islamique de développement : *Les sciences de la chari'a pour les économistes, op. cit*., p. 397.

[1549] Voir Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.*, p. 157.

flux d'argent (*cash flow*) doit entrer dans l'assiette de la *zakāt*. Pour justifier leur position, ils procèdent à un raisonnement par analogie (*ḳiyāṣ*), transposant la *zakāt* sur les produits agricoles, exigible dès la récolte, aux autres ressources financières.

En tout cas, le processus de purification des revenus semble, de prime abord, une chose acquise auprès des banques islamiques qui doivent de ce fait redistribuer une partie de leur chiffre aux plus démunis visés par le Coran [1550].

Il est intéressant de noter ici que si la banque s'impose de manière volontaire la collecte et la distribution de la *zakāt*, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une contrainte puisque l'établissement bancaire ne peut pas disposer librement des fonds destinés à la *zakāt* [1551] et gérés par un comité religieux qui, outre le fait qu'il soit sollicité pour en calculer le montant, identifie également les bénéficiaires de l'aumône.

Et puisque d'après le Coran les personnes endettées et insolvables figurent parmi les bénéficiaires de la *zakāt* [1552] les banques vont devenir les garantes de leur clients incapables de s'acquitter de leur dette, en mettant notamment en place un fonds de soutien aux surendettés.

De même, à travers la *zakāt*, les banques remplissent une partie de l'éthique islamique en favorisant l'investissement dans des secteurs négligés par les autorités publiques (écoles, hôpitaux…) et en finançant des indigents capables de produire. Les capitaux ainsi investis viennent en soutien à la demande, stimulent l'emploi et évitent la thésaurisation des richesses par les plus fortunés, un péché selon la religion islamique : il est dit dans le Coran : *« à ceux qui thésaurisent l'or et l'argent, bien loin d'en faire dépense sur le chemin de Dieu, annonce-leur un châtiment douloureux »* [1553].

Notons que le fonds d'investissement *zakāt* s'inscrit dans le long terme. Il vise principalement à corriger le caractère statique de la redistribution de la *zakāt*, *« en investissant une partie des fonds dans des projets afin de générer des richesses*

[1550] Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit.*, p. 158.

[1551] Michel RUIMY*, La finance éthique, op. cit.,* p. 78.

[1552] Coran, *sūrate* 9, verset 60.

[1553] Coran, *sūrate* 9, verset 34.

durables redistribuables aux futures personnes éligibles à la zakāt » [1554]. Lorsque les recettes sont élevées, la *zakāt* peut même servir à financer la création d'entreprise et des projets économiques.

Il convient aussi de rappeler qu'en assumant la collecte et la redistribution des recettes de la *zakāt*, la banque islamique se voit attribuer une mission de cohésion sociale, qui échappe au système bancaire classique. Cette idée de protection est d'ailleurs au cœur de l'activité bancaire, ce qui justifie l'importance des règles éthiques dans le processus d'instauration de la *zakāt* : *« promouvoir la prise de conscience d'une certaine responsabilité sociale » ; mobiliser le spirituel par un certain renoncement désintéressé du matériel ; tendre vers un idéal socio-économique (…) ; augmenter le pouvoir d'achat des démunis et décourager toute thésaurisation »* [1555].

Finalement, prenant appui sur ces principes éthiques du droit musulman classique, la banque islamique semble préfigurer l'établissement d'un nouveau modèle, reposant sur *« des valeurs positives et offrant aux musulmans les possibilités légitimes de bénéficier des services bancaires modernes en suivant le chemin de Dieu" »* [1556].

Cependant, certains auteurs constatent que *« beaucoup de discrétion entoure le financement de la zakāt et il est difficile de connaître en détail la façon dont les banques islamiques gèrent cette obligation qui est très complexe à remplir »* [1557]. Ils rejoignent, en cela, d'autres analyses affirmant, de manière générale, que *« la finance islamique s'est détachée de (sa) formulation théorique et s'est orientée vers une approche purement technique et utilitariste aux dépens de la dimension éthique »* [1558].

Le même constat concerne l'application des autres valeurs éthiques, comme l'orientation des pénalités de retard vers les œuvres caritatives.

[1554] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique et solidaire », *op. cit.,* p. 94.

[1555] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 355.

[1556] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 26.

[1557] Abdlekader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 134.

[1558] Abdelilah HAJJY et Jérôme BALLET, « Les banques islamiques, un modèle éthique alternatif ? », *op. cit.,* p. 9.

B. Le versement des pénalités à des œuvres de bienfaisance

Nous savons que la pensée islamique repose sur l'illicite (*ḥaram*) et le licite (*ḥalal*) Ces deux notions ont pour support la recommandation du bien et le rejet du mal, mais elles débordent cette dimension intrinsèque à l'Homme [1559] pour aller chercher leur substance dans les prescriptions coraniques, plus particulièrement dans le principe de l'interdiction du *ribā* et du *gharār*. C'est cette caractéristique qui donne à la banque islamique des traits spécifiques, et c'est pourquoi l'imposition de pénalités due à un retard de paiement est interdite. Cette interdiction semble logique dans la mesure où l'application des pénalités fait intervenir le temps (*gharār*) et permet à l'argent de créer de l'argent (*ribā*). En réalité, il faut distinguer entre le débiteur solvable de celui qui ne l'est pas, et à partir de là diriger les pénalités vers des associations caritatives.

1. La distinction entre le débiteur solvable et le débiteur en difficulté

Il est établi qu'en droit romain ancien, le créancier pouvait saisir lui-même le débiteur (*Manus injectio* : la main au collet) ou les biens (*pignoris captio* : la prise de gage) du débiteur [1560]. Ainsi, on peut lire dans les *Lois des Douze Tables* [1561] :

« Pour s'acquitter d'une dette avouée ou d'un paiement juridique, que le débiteur ait trente jours de délai ; passé lequel, qu'il soit saisi et amené en justice. Faute de lui de payer ou de fournir caution, que le créancier l'emmène chez lui et qu'il l'enchaîne avec des courroies ou avec des fers aux pieds d'au moins quinze livres ou davantage, s'il veut... » [1562].

[1559] Imane KARICH, *Le système financier islamique, op. cit.* p. 14.

[1560] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.*, p. 40 ; voir aussi Robert VILLERS, *Rome et le droit privé*, éd. Albin Michel, 1978 ; ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Le obligations*, éd. Defrénois, 2011, p. 625 ;

[1561] Les « lois des XII Tables », œuvre de décemvirs (Comité dont les membres sont élus) au Ve siècle av. J.C., constituent une constitution, gravée sur douze Tables, qui devait demeurer le code de Rome et la source de tout le droit, tant public que privé. Voir sur ce point, Paul-Frédéric GIRARD, « L'histoire des XII Tables », *Nouvelle revue historique de droit*, 1902, t. XXVI, pp. 381-436. Des fragments du texte sont présentés par l'auteur, Textes de droit romain, 4e éd., Paris, A. Rousseau, 1913, pp. 9-23 (textes en latin).

[1562] Cité Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.*, p. 40 ; voir également Ali TOUSSI, *Les banques dans le système bancaire islamique*, LGDJ, 2010, p. 48.

En général, dans l'Antiquité, le créancier détenait un pouvoir immense sur le débiteur. Ainsi, après le décès de ce dernier, le créancier était autorisé *« à s'emparer des enfants pour les réduire en esclavage, en échange du remboursement de la dette de leur père »* [1563].

Les lois germaniques ne sont pas plus clémentes à l'égard des débiteurs. En effet, la sanction était l'appropriation par le créancier de la personne même du débiteur insolvable : la mise de celui-ci en esclavage était l'effet légal de l'insolvabilité.

En France et dans de nombreux pays européens, jusqu'à la fin du XIX[e] siècle, le créancier avait le droit de faire emprisonner son débiteur qui ne pouvait pas honorer ses dettes. Et dans le droit classique, la notion de faillite *« traduisait à la fois une fonction punitive et liquidative »* : on sanctionne le débiteur qui n'a pas pu tenir ces engagements, et l'on vend ses biens aux enchères pour rembourser ces créanciers. La faillite constituait donc à la fois une punition pour le débiteur et *« une voie d'exécution pour le créancier »* [1564]. C'est bien la sévérité de ces mesures portant atteinte à la dignité humaine qui ont poussé le législateur français à adopter la loi du 25 janvier 1985, plusieurs fois modifiée [1565], et dont l'article premier, devenu article L.620-1 du Code de commerce dispose : *« Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur (…) qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »* [1566].

[1563] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.*, p. 40. Notons qu'en Grèce antique, l'esclavage fut un fait général et aucun philosophe n'a trouvé cette institution contraire à la justice et à la morale. Il importe toutefois de signaler que comme partout à cette époque, l'esclavage pour dette était une pratique courante. Voir Jacques ANNEQUIN « Esclavage et dépendance dans l'antiquité *», Academic Journal*, 2007, pp. 155-174 ; Sami ALDEEB ABU-SAHLIEH « Les Intérêts et les banques en droit juifs, chrétien et musulman », Paris, éd. L'Harmattan, 2010.

[1564] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.*, p. 41 ; Pierre-Michel LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz 2016, p. 18.

[1565] Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires, à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise et experts en diagnostic d'entreprise (consolidée en 2018).

[1566] Code de commerce, titre 2 : « De la sauvegarde », article L620-1, §. 1.

Aujourd'hui, *« en cas de mauvaise exécution d'un contrat de crédit »*, les banques conventionnelles *« imposent généralement au débiteur des pénalités de retard »* [1567]. Or, la religion musulmane prône la solidarité, et celle-ci se manifeste notamment quand le créancier accepte *« une remise de la dette sans pénalité »* [1568] lorsque le débiteur est en difficulté pour rembourser à l'échéance. Cependant, la position de la jurisprudence islamique moderne diverge sur cette question :

Pour les uns, les pénalités de retard relèvent des intérêts usuraires (*ribā*), donc illicites [1569]. Elles ont aussi pour effet d'augmenter la dette, ce qui contrevient à la *sharī'a* interdisant l'enrichissement injuste.

Mais l'interdiction d'exiger des pénalités peut inquiéter les banquiers et leurs craintes sont justifiées lorsqu'on sait l'effet dissuasif immédiat des pénalités de retard sur les emprunteurs indélicats. En plus, le manque à gagner pour la banque est avéré. Aussi certains juristes (*fūḳahā*) autorisent-ils cette pratique à condition que les sommes récoltées soient versées à des œuvres de charité et ne participent pas au profit de l'établissement bancaire [1570].

Cette solution paraît d'autant plus légitime, que le retard du débiteur pour payer sa dette à l'échéance *« ne signifie pas toujours son insolvabilité et son incapacité pour régler la dette exigible »* [1571]. En effet, il peut arriver qu'un client « peu scrupuleux » cherche à ne pas rembourser sa dette alors qu'il est solvable. C'est pourquoi le droit islamique permet de classer les débiteurs en deux types : le débiteur insolvable et le débiteur solvable [1572] :

[1567] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 92.

[1568] François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.*, p. 66.

[1569] AAOIFI, 2004-5a : Standard on *ijarā*, clause 5/2/5, p. 143.

[1570] Pour plus de détails sur cette divergence des opinions des juristes, voir Aasem MADKHALI, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, op. cit.,* pp. 186-190.

[1571] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 369 ; Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 92 ;

[1572] Lmahfoud SAADOUNI, « La Mūrabaḥa : principes, pratiques, controverses », Le développement de la finance islamique dans les législations nationales : à la recherche d'un cadre commun, *Les Cahiers de la finance islamique*, n° spécial, 2015, p. 16.

- S'agissant du débiteur insolvable, lui imposer des pénalités de retard irait à l'encontre de la *sharī'a* islamique qui incite plutôt à porter assistance à ceux qui sont dans des situations difficiles.

Le Prophète a dit : *« celui qui soulage la difficulté d'un croyant dans cette vie, Dieu le délivrera d'une difficulté le jour du jugement »* [1573]. Il est aussi indiqué : *« que Dieu fasse miséricorde à l'homme qui est bienveillant et généreux lorsqu'il vend, achète (s'acquitte de ce qu'il doit) et réclame (le paiement de sa créance) »* [1574].

Aussi la doctrine musulmane est-elle unanime pour accorder au débiteur insolvable un délai gracieux, comme le prescrit le Coran : *« À celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité ! Si vous saviez ! »* [1575].

Dans un *ḥadīth* du Prophète, il est précisé que *« Celui qui donne un répit à un (débiteur) sans argent ou qui efface (partiellement ou complètement) sa dette, Allah lui donnera place sous l'ombre (de Son Trône le Jour du Jugement Dernier) »* [1576]. On peut y ajouter cette parole affirmant que *« Celui qui aimerait qu'Allah l'épargne de la peine du jugement dernier, qu'il donne un délai (de règlement) supplémentaire ou qu'il pardonne à son débiteur qui se trouve dans une situation (financière) difficile »* [1577]. Ce qui implique naturellement *« une attitude bienveillante »* considérée, au demeurant, comme une source importante de récompense pour le croyant dans l'au-delà [1578]. Le délai de grâce est toutefois accordé à condition que *« le débiteur n'ait pas de fortune au-delà de ses besoins fondamentaux »* pour régler sa dette [1579].

[1573] *Ḥadīth* rapporté par Al Būkhari, « Ṣaḥiḥ Al Būkhari », Dar Ehyeê al Tourath, Liban, le livre des griefs, chapitre : « le musulman ne porte pas préjudice au musulman », n° 2442.

[1574] *Al-Ṣaḥiḥ Al Būkhari*, vol. 3, *ḥadīth* n° 2387.

[1575] Coran, *sūrate* 2, verset 280.

[1576] Al-*Ṣahîh* Mūslim, *ḥadīth* n° 1088.

[1577] *Ibid*., vol. 6, *ḥadīth* n° 4992.

[1578] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 319.

[1579] *Ibid*., p. 369.

La solidarité à l'égard du débiteur défaillant peut également se manifester dans la possibilité d'étalement des échéances, voire un remboursement de la dette sans surplus [1580]. Dans le cas d'un débiteur solvable, en revanche, les avis des juristes sont partagés concernant l'imposition d'une pénalité pécuniaire. Selon un *ḥadīth* du Prophète, *« Le retard du paiement de la dette par le débiteur solvable est injuste »* [1581]. Dans un autre *ḥadīth*, il est spécifié que *« la personne aisée qui retarde le paiement de sa dette se soumet à la peine et la disgrâce »* [1582].

La religion islamique ordonne donc aux débiteurs de rembourser leurs arriérés, mettant même en garde ceux qui décèdent sans avoir acquitté leurs dettes [1583] : *« En vérité, le plus grand péché avec lequel un serviteur peut rencontrer Allah, après les kabâïr (péchés majeurs) qu'Il a interdit, c'est qu'il meure alors qu'il avait une dette (non remboursée) et qu'il n'a rien laissé pour que celle-ci soit honorée »* [1584]. On peut lire dans le même sens que *« l'âme du croyant reste suspendue en raison de sa dette, tant que celle-ci n'est pas acquittée »* [1585]. Autrement dit, une personne qui n'a pas réglé sa dette sera privée du paradis. Arriérés

À la lecture de ces textes, on comprend que la doctrine musulmane considère que le débiteur solvable doit absolument rembourser sa dette en plus de tout profit réalisé sur la pénalité non payée. C'est ainsi que la majorité des théologiens a estimé que le retard du règlement d'une dette par un débiteur solvable constitue une transgression aux principes de la *sharī'a*. Dans cette perspective, certains auteurs ont énoncé que malgré l'interdiction de *ribā*, il est autorisé de stipuler dans le contrat des pénalités de

---

[1580] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit*., p. 66.

[1581] *Al-Ṣaḥiḥ Būkhari*, vol. 3, *ḥadīth* n° 2400 ; *Al-Ṣaḥiḥ Mouslim,* vol. 3, *ḥadīth* n° 1564. Cité par Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, t. 2, chap. 9.

[1582] *Al-Ṣahir al-Būkhari*, vol. 2, *ḥadīth* n° 46 et *Al-Ṣahir Mūslim* vol. 5, *ḥadīth* n° 55.

[1583] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 318 ; voir égalemnet Mohamed PATEL, « L'enseignement du Messager de Dieu (saw) concernant les dettes », 17 déc. 2010, Texte in http://www.finance-muslim.com/2010/12/enseignement-dettes (consulté le 25 mars 2017).

[1584] Mousnad Ahmad et Sounan Abou Dâoûd, (1555). *Les adjectifs nucléaires de l'imam al-Nawawi* 1/94, n ° 21.

[1585] *Al-Ṣaḥiḥ al-Būkhari,* vol. 8, *ḥadīth* n° 6534.

retard à l'emprunteur solvable, puisque ce dernier est censé être en mesure d'honorer sa dette dans le respect des échéances convenues [1586].

Si les conditions de principe pour engager la responsabilité du débiteur sont satisfaites, la collecte de la pénalité de retard demeure liée à cette exigence morale de diriger les sommes perçues vers des œuvres caritatives.

2. L'exigence morale de versement des pénalités à des associations caritatives

Il existe un avis partagé par plusieurs juristes soulignant que la prohibition de *ribā* englobe la sanction de toute stipulation rémunérant l'écoulement du temps : c'est le cas notamment des pénalités de retard, voire des indemnités pour remboursement anticipé, sauf si les sommes prélevées sont remises à des œuvres de charité [1587]. Cette solution dissuasive est conforme aux principes classiques de la *sharī'a* en matière de finance islamique [1588] impliquant *« une redistribution éthique des sommes perçues au titre de fautes commises »* [1589].

Il est à noter que dans la plupart des contrats de financement islamique, qu'il s'agisse du *mūrabaḥa*, *ijarā* ou contrat *salām*, il est possible d'inclure une clause prévoyant des pénalités de retard dans l'exécution des obligations, mais dans tous les cas, la marge bénéficiaire étant définie initialement et ne pouvant être modifiée ultérieurement [1590], le montant de ces pénalités sera obligatoirement versé à une œuvre charitable pour les raisons d'interdiction du *ribā*.

[1586] Nicolas MATHEY, « La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, dossier 13, mars 2012, §. 22.

[1587] Ibrahim eyyad CEKICI, « La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques », *op. cit.*, p. 3.

[1588] Au Maroc, des banques participatives (*Umnia Bank, BTI Bank, Bank Al Yousr, Bank Assafa, Al Akhadr Bank*), validées en 2017 par la Commission de la finance issue du Conseil supérieur des *'Ūlamā*, peuvent désormais proposer des prêts à taux zéro. Ces établissements bancaires ne sont pas autorisés à appliquer des pénalités de retard, dans la mesure où ces prélèvements sont assimilés à l'intérêt. Voir « Pas de pénalités de retard pour les prêt islamiques », Journal *RIBH*. Document disponible sur le site : https://ribh.wordpress.com/tag/penalites-de-retard/ (consulté le 21 avril 2017).

[1589] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit*., p. 93.

[1590] Yasmina DJABALI, *La finance isamique, Un systèmefinancier à ancrage éthique, op. cit*., p. 28 ; Kaouther JOUABER-SNOUSSI, *La finance islamique*, *op. cit.,* p. 22.

Ainsi, comme le précise un auteur, *« Le débiteur défaillant ne peut se voir imputer un supplément de prix même si une clause en ce sens a été arrêtée à l'avance »* [1591]. Cela va dans le sens de la philosophie musulmane réprouvant toute stipulation dans un contrat financier pénalisant l'une des parties. En effet, conformément au principe de l'enrichissement sans cause, il est interdit à une institution financière de réaliser un surplus résultant des pénalités de retard, versées par un débiteur ne respectant pas les échéances du remboursement. Par contre, un créancier se voit autoriser d'imposer le paiement de pénalités de retard, dès lors qu'il s'agit d'une mesure d'encouragement à un paiement rapide [1592]. Cette option est acceptée par un certain nombre de *fūḳahā*. Il est ajouté toutefois que *« ces pénalités ne pourront être conservées par le créancier que dans la mesure où elles correspondent à la somme des frais qu'il a réellement dépensés du fait du retard de paiement »* et toute somme ne répondant pas à de tels frais devra être réorientée vers des œuvres de caritatives [1593].

En pratique, souvent, les risques d'impayés seront couverts par la souscription à une assurance. Il arrive aussi que dans certains contrats comme la *mūrabaḥa*, la banque qui a acquis la marchandise pour le compte de son client, peut majorer le prix de revente [1594], ce qui lui évite de *« se référer à un taux d'intérêt »* [1595]. Si le client est de mauvaise foi, la banque peut même exiger « *un dédommagement des échéances non-honorées »*, dont le montant sera porté sur un compte spécial : *« produits à liquider »* [1596], entendons par là que la somme récoltée sera versée à une œuvre de charité.

[1591] François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.,* p. 62.

[1592] Herbert SMITH, *Guide de la finance islamique*, *op. cit.,* p. 3.

[1593] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 362.

[1594] Shucri Joseph SERHAL, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, n° 106, 2006, p. 42 ; Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique, op. cit.,* p. 99.

[1595] François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.,* p. 106 ; Fatima ahra ABDELMALEK, *La place de la finance islamique dans le financement des petites et moyennes entreprises, op. cit.,* p. 99.

[1596] Michel RUIMY, *La finance islamique, op. cit.,* pp.112-113.

Quoi qu'il en soit, ces mesures constituent, à n'en pas douter, un contournement de la *sharī'a* qui soutient, en principe, que le débiteur doit absolument être exonéré de paiement de pénalités assimilées au *ribā*.

Mais il ne faut pas non plus que l'interdiction des pénalités de retard intègre dans les contrats *« une incitation à faillir pour les clients immoraux »* [1597]. Il existe dès lors une autre alternative jugée légitime, comme par exemple la proposition par un débiteur dans une transaction de type *mūrabaḥa* de verser une certaine somme à *« un fonds de bienfaisance, créé par la banque islamique et parfois précisé dans l'accord, à défaut du règlement de sa dette à l'échéance »* [1598]. Il convient ici de préciser que la banque n'est pas autorisée à utiliser cette somme comme source de revenu, mais elle peut toutefois s'en servir pour octroyer des prêts sans intérêt aux personnes en difficulté [1599]. Cette solution repose sur la décision de quelques juristes *malékites* qui estiment catégoriquement interdit par la *sharī'a* l'imposition d'une pénalité en argent en cas de défaut du débiteur. Mais, afin de ne pas pénaliser la banque, ils ont admis que le débiteur puisse s'engager, de sa propre initiative, à verser un certain montant à des œuvres charitables en cas de retard. Il faut signaler qu'un tel engagement est une obligation morale ou religieuse à la charge du débiteur, et si dans certains cas, elle est bien envisagée et appliquée par quelques banques islamiques, elle n'est pas pour autant « exécutoire devant le juge » [1600].

Enfin, il est important de rappeler qu'en cas de défaut du débiteur, l'absence de faute de sa part ne peut en théorie entraîner la mise en cause de sa responsabilité. Si les principes du droit musulman classique lui recommandent fermement d'honorer sa dette, *« la banque ne peut exiger de lui qu'il paie son dû ou, à tout le moins, ne peut le*

[1597] Munawar IQBAL, Ausaf AHMAD , Tariqullah KHAN (dir.), *Défis au système bancaire islamique*, *op. cit.,* p. 48 ; Mohamed Ali CHATTI « L'Impact de l'Application d'une Éthique Bancaire sur la Diversification des Banques Islamique », in *Études en économie islamique,* Institut islamique de recherches et de formation (IIRF), vol. 6, n° 1, novembre-décembre 2012, p. 13.

[1598] Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 367.

[1599] *Idem*. Voir aussi Taqi USMANI, *An introduction to Islamic finance*, *op. cit.*, p. 96.

[1600] Académie du Fiqh Islamique, Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard, in Résolutions et recommandations du Conseil de l'Académie du Fiqh Islamique : 1985-2000, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p. 275.

faire en lui imputant des pénalités » [1601]. Lorsque les banques dérogent à cette interdiction, les comités de la *sharī'a* qui ont la responsabilité de valider la transaction, peuvent manifester leur profond désaccord [1602]. En vérité, une approche interprétative extensive des préceptes islamiques par les *'Ūlama* (savants) a permis d'apporter des aménagements de la *sharī'a*, tolérés par la pratique bancaire [1603], et ce dans le but récurrent de favoriser, au nom de la nécessité (*ḍarūra*) et de l'intérêt général (*maṣlāḥa*), l'essor du modèle finacier islamique [1604].

Pour schématiser, retenons que contrairement aux banques conventionnelles qui appliquent les pénalités de retard dans les échéances, s'ajoutant ainsi à la dette, les banques islamiques distinguent deux situations : la première concerne le débiteur en difficulté de paiement, dans ce cas il bénéficie d'un délai gracieux comme le préconise la *sharī'a* et sans contrepartie [1605]. La seconde situation vise le débiteur solvable vis-à-vis duquel la banque peut exiger des pénalités de retard, mais elle ne peut en aucun cas en tirer profit. Les sommes perçues devront être versées à une œuvre de bienfaisance. Toutefois, dans la pratique, le manque à gagner des banques sera compensé par des subterfuges juridiques visant à contourner les règles immuables de la loi islamique [1606] : recours à des assurances couvrant les risques d'impayés, imputation au client défaillant des frais judiciaires, honoraires d'avocats et autres dépenses, etc.

[1601] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 306.

[1602] *Idem*.

[1603] *Shucri* Joseph SERHAL, « La structuration des produits Chari'a compatibles », *op. cit*., p. 202.

[1604] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 306.

[1605] Lmahfoud SAADOUNI et Tener GENC, « La Mūrabaḥa : principes, pratiques, controverses », in *Les Cahiers de la finance islamique*, 2015, p. 15.

[1606] Comme il a été signalé, le ecours à des subterfuges juridiques (*ḥiyal*) sert à contourner la rigueur de la *sharī'a* afin de s'adapter au monde de la finance (*supra*, pp. 223-225). Voir sur ce point, Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique des opérations des crédits islamiques, op. cit*., pp. 294-299 ; Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 18 ; Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 381 ; Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* pp. 388 et 392 ; Patrick BLIN*, Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière : l'hypothèse d'une « troisième voie » islamique en débat, op. cit.,* p. 66. Un auteur a qualifié ces subterfuges de *« contre-droit des marchands »*, permettant de *« surmonter les difficultés liées aux prohibitions religieuses »*, Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France, op. cit*., p. 7.

Tableau 8 : Récapitulatif des éléments de comparaison :

Banque islamique / Banque conventionnelle

	Banque conventionnelle	**Banque islamique**
Nature de la relation avec le client	Contrat de financement (crédit)	
Objet de l'opération	Mise à disposition du client d'une somme d'argent	
Rémunération	Taux d'intérêt établi en fonction du montant engagé et de l'échéance convenue (rapport avec l'écoulement du temps)	Marge bénéficiaire fixe établi d'un commun accord au profit de la banque (elle ne peut être augmentée)
Retard ou non-paiement de la dette	Pénalités de retard automatiquement ajouté à la dette	**Débiteur insolvable** : Octroi d'u délai de grâce, voire effacement de la dette **Débiteur solvable** : - Pénalités de retard - Versement des pénalités à des œuvres de charité

Source : *Les Cahiers de la finance islamique*, n° spécial, 2015, p. 16.

Théoriquement, la banque islamique a vocation à être une banque responsable socialement, filtrant les produits bancaires et les investissements conformément aux principes éthiques, en utilisant des critères d'interdiction ou des critères de permission dans le cadre de son activité. Dans cette perspective, les cinq principes essentiels, à savoir la prohibition de l'intérêt (*ribā*), le partage des profits et des pertes, l'interdiction de l'incertitude (*gharār*) et de la spéculation (*maīsir*), l'adossement des transactions à des actifs tangibles, pourraient être analysés comme des éléments définissant le rôle de régulation sociale de la banque et ayant pour critère commun la solidarité.

§ 2. Le rôle de régulation sociale de la banque islamique

En principe, comme nous l'avons constaté, parmi les spécificités de la *sharī'a*, c'est que l'argent n'a pas de valeur en soi [1607]. Autrement dit, il est intedit à ce que l'argent engendre de l'argent sans association à un actif tangible et au travail. De là résulte la règle de la prohibition de l'intérêt, et dans cette perspective, le prêt doit logiquement être gratuit (A). C'est cette même conception qui explique l'interdiction de l'assurance classique dominé par l'incertitude (*gharār*), car faisant intervenir le facteur temps. La pensée islamique tente de lui trouver un substitut dans une sorte d'assurance mutualisée, appelée *takāfūl* (B).

A. Le prêt gratuit ou *ḳarḍ al-ḥassān*

Le prêt gratuit est la conséquence directe de l'interdiction du *ribā*. Ainsi, alors que dans les banques classiques, l'institution octroie des prêts moyennant le versement d'intérêts qui constituent son outil principal de rémunération du crédit [1608], en droit islamique le prêt bancaire en contrepartie du versement d'intérêts est prohibé [1609].

Aussi, les jurisconsultes musulmans vont élaborer une forme de prêt licite qu'ils ont nommé *ḳarḍ al-ḥassān* (« bon crédit ») donné à titre gratuit, moyennant toutefois l'engagement de l'emprunteur de restituer l'équivalent de ce qu'il a emprunté.

[1607] Voir Souheila KAABACHI, « Le comportement du consommateur envers les banques islamiques : Une méta-analyse des perceptions, des attitudes et des critères de coix des individus », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 8, 2015, pp. 11 et s.

[1608] Le droit français reconnaît expressément le droit du prêteur à recevoir une rémunération en contrepartie du service rendu dans le cadre d'une opération de crédit. Selon l'article 1905 du Code civil *« il est permis de stipuler l'intérêt pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières »*. Et d'après l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier : « *Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie »* Cependant, il faut signaler que le système bancaire classique connait aussi un produit similaire au crédit gratuit, dénommé « crédit à taux zéro », accordé occasionnellement, en fonction de la conjoncture économique. Pour plus de détails sur cette question, voir Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique des opérations des crédits islamiques, op. cit.*, pp. 309-317.

[1609] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 358.

Définissant ce type de prêt, l'école *malékite* parle de *« versement gratuit d'une personne à une autre d'un bien ayant une valeur monétaire à charge de récupérer à terme la même valeur de ce versement »* [1610]. Mais ce qui caractérise réellement le *ḳarḍ al-ḥassān*, c'est sa dimension sociale.

À l'origine, un Musulman qui prête de l'argent à un autre Musulman accomplit un acte de bienfaisance puisqu'il aide son prochain qui connaît des difficultés financières, *« et aucun profit ne doit en être tiré pour le prêteur »* [1611]. Il est même prescrit que le créancier ne doit pas contraindre le débiteur lorsque ce dernier ne peut pas honorer sa dette à l'échéance prévue. Cette recommandation dérive du Coran : *« Si votre débiteur est dans la gêne, attendez qu'il vienne à meilleure fortune. Si vous saviez pourtant comme il vous serait préférable de renoncer à vos droits ! »* [1612].

Il faut savoir que d'après la religion, le prêt à autrui est envisagé comme « un prêt à Dieu », donnant lieu à une récompense dans l'au-delà [1613] : *« Quiconque prête à Dieu de bonne grâce, Il le lui rendra multiplié plusieurs fois »* [1614]. On peut aussi lire : *« Si vous avancez un prêt charitable à Dieu, Il vous le payera au multiple et vous accordera Sa grâce car Allah est Reconnaissant et Indulgent »* [1615].

Le prêt est ainsi une offrande pour l'amour de Dieu et une dépense destinée aux orphelins, aux veuves, aux handicapés, aux nécessiteux, etc. Sous un angle comparatif, il est utile de souligner qu'en matière de crédit, l'Islam ne se distingue pas des autres religions monothéistes. Le Judaïsme comme le Christianisme partageaient la même conception de « gratuité vertueuse » [1616]. Mais, au fil des siècles, cette gratuite s'est progressivement dissoute [1617].

[1610] Cité par Malika KETTANI, *Une banque originale : la banque islamique, op. cit.* p. 236.

[1611] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 313.

[1612] Coran, *sūrate* 2, verset 280.

[1613] Abdelaziz EL HAMMAOUI, *Les contrats nommés, op. cit*., p. 48.

[1614] Coran, *sūrate* 2, verset 245.

[1615] Coran, *sūrate* 2, verset 17.

[1616] Ainsi, dans la religion juive, il est dit que *: « Tu ne prêteras pas à ton frère, qu'il s'agisse d'un prêt d'argent, ou de vivres, ou de quoi que ce soit dont on exige intérêt. À l'étranger tu pourras prêter à*

L'islam a gardé en mémoire le principe de prêt gratuit, fondé sur les nombreux versets coraniques encourageant d'en faire usage à l'égard des plus démunis. Il s'agit de favoriser la solidarité et d'inciter les croyants à s'enrichir par le travail, ce qui explique d'ailleurs le rejet de la thésaurisation (*iktinaz*) [1618]. À cet égard, le Coran rappelle que *« ceux qui thésaurisent l'or et l'argent, bien loin d'en faire dépense sur le chemin de Dieu, annonce-leur un châtiment douloureux »* [1619].

En pratique, le prêt gratuit accordé par les banques islamiques peut s'avérer risqué dans la mesure où les bénéficiaires ne sont souvent pas solvables. C'est pourquoi elles se montrent réticentes à en proposer, faute de garanties. Cependant, certaines études montrent que les établissements bancaires ont de plus en plus tendance à octroyer *« gratuitement des fonds pour des raisons sociales »* [1620]. De son côté, la Banque islamique de développement utilise le prêt sans intérêts (*ḳarḍ al-ḥassān*) et des dons pour financer des projets sociaux [1621] qui englobent bon nombre de domaine tels que la santé et l'éducation pour ne citer que ces derniers.

Nous avons vu que la finalité du *ḳarḍ al-ḥassān* est de venir en aide aux personnes dont la capacité financière est minime. Dès lors, l'intérêt pour la banque n'est pas, à

---

intérêt, mais tu prêteras sans intérêt à ton frère, afin que Yahvé ton Dieu te bénisse en tous tes travaux, au pays où tu vas entrer pour en prendre possession », Deutéronome 23 : 20-21. Pour plus de détails sur ce point, voir Sami A. Aldeeb ABU-SAHLIEH, « Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman », Centre de droit arabe et musulman, mars 2010, Document disponible en ligne : in https://fr.scribd.com/document/32953010/French-Interets-et-banques-en-droits-juif-chretien-et-musulman-2010 (consulté le 7 avril 2017).

[1617] Il convient de rappeler qu'en en Occident, l'interdiction du prêt à intérêt pour les Chrétiens a perduré pendant tout le Moyen-Âge. À ce sujet, il est précisé que *« Pendant le moyen-âge, l'Eglise catholique parviendra à l'interdire complètement, lors du Concile de Vienne de 1311 »*, Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 35.

[1618] Selon François GUÉRANGER, *« l'islam encourage l'enrichissement par le travail, par le commerce et l'investissement, mais (…) il refuse aussi la thésaurisation qui retire l'argent du circuit productif au détriment de la communauté »*, in *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 224 ; voir dans le même sens, Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 44 ; Solène BOUSTANY, *L'établissement d'une banque islamique en France, op. cit.,* p. 19 ; Banque islamique de développement : *Les sciences de la sharī'a pour les économistes, op. cit*., pp. 128, 309 et 375 ; Centre du commerce international : *Le système bancaire islamique, op. cit*., p. 24 ;

[1619] Coran, *sūrate* 9, verset 34.

[1620] *Social Responsability Trends at Islamic Financial Institution*, Based on 2009 Social Responsability Survey, January 2010, DianrStandard et Dar Al Istithmar, Supporting by AAOIFI. Cité par Dina ABDEL MONEIM, *Le cadre juridique français des opérations des crédits islamiques, op. cit.,* p. 305.

[1621] Voir Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 287.

proprement parler l'argent, mais cette activité peut lui assurer une bonne opinion et l'estime de la population musulmane [1622]. Dans cette perspective, la banque a parfois intérêt à promettre des prêts gratuits *« en complément d'un ou plusieurs contrats de financement qui seront eux à titre onéreux pour attirer de nouveaux clients, ou encore pour fidéliser un bon client qui a des besoins de financement à court terme et dont elle sait qu'il est solvable »* [1623].

Lorsque la banque n'accorde pas de *ḳarḍ al-ḥassān* en puisant dans ses fonds propres, elle a la possibilité de servir d'intermédiaire entre des prêteurs bienfaiteurs et des personnes dans le besoin. Cette fonction permet d'assurer *« une juste et efficace allocation des prêts gratuits »* et de réaliser en même temps *« une forme de solidarité »* [1624] au sein de la communauté musulmane.

Reste à ajouter que si la banque ne peut pas percevoir une contrepartie financière du prêt accordé, elle dispose en revanche de l'éventualité de charger l'emprunteur en l'invitant à contribuer aux frais de gestion de son dossier. Du point de vue de certains auteurs, *« de tels frais ne disqualifient pas pour autant le prêt gratuit parce que le critère de qualification d'un crédit onéreux est, en droit musulman, la perception d'une rémunération pour les mises à disposition de fonds que le montage s'adosse à un bien ou qu'il finance une activité commerciale »* [1625].

Toujours est-il que l'emprunteur est tenu de verser des commissions qui peuvent s'avérer plus coûteuses que les intérêts dans la finance classique. Ce qui permet de dire qu'en réalité, le crédit gratuit est nécessairement rémunérateur [1626] et partant, *« les commissions versées par le client dans le cadre du prêt peuvent être qualifiées*

[1622] Ayoub MA EK ; « La finance islamique en Libye de ses débuts à 2015 », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° spécial, 2015, p. 60.

[1623] Malika AMRI, *Les contrats de financement dans la banque islamique, op. cit*., p. 25.

[1624] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.,* p. 44 ; Amina YAGI, *Droit musulman*, *op. cit.,* p. 171.

[1625] Ibrahim eyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, op. cit*., p. 305.

[1626] Voir Shucri Joseph SERHAL, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op. cit*., p. 43.

d'intérêt » [1627], et ce malgré l'ingéniosité des juristes musulmans associant ce type de rémunération au profit et non pas à l'intérêt (*ribā*) [1628].

Terminons ce point en soulignant qu'il n'existe pas de définition légale du prêt gratuit [1629], ni une politique uniforme concernant ce type de prêt. Certaines banques n'en accordent qu'aux clients qui détiennent un compte d'investissement, d'autres à tous les clients de la banque, d'autres encore qu'aux catégories pauvres de la population. Mais dans tous les cas, le prêt octroyé peut être analysé comme un outil destiné à soutenir des personnes en difficultés économiques passagères. De ce point de vue, il n'est pas très éloigné de la technique de microfinance définie comme *« l'octroi de services financiers, généralement des crédits* [1630]*, à des personnes qui n'ont pas accès aux institutions financières conventionnelles »* [1631]. Sur ce plan, on peut rappeler, à titre indicatif, la *Fédération européenne des banques éthiques et alternatives* (FEBEA) créée en 1981 [1632], dont l'ambition est d'œuvrer pour le bien commun en accordant des crédits pour la mise en place de projets culturels, sociaux et environnementaux, le tout dans la perspective du développement durable. De ce fait, elle se distingue de la banque classique *« basée sur le court terme et sur le profit comme seul objectif »* [1633].

[1627] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit.,* p. 350.

[1628] Voir *supra*, pp. 150, 224 et 252.

[1629] C'est le cas en France concernant le code de consommation précisant qu'une opération de crédit peut être consentie *« à titre onéreux ou à titre gratuit »* (art. L 311-2). Il est également rappelé que *« Toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur une opération de crédit dont la durée est supérieure à trois mois et pour laquelle ne sont pas requis d'intérêts ou d'autres frais, indique le montant de l'escompte sur le prix d'achat éventuellement consenti en cas de paiement comptant et précise qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement »*, art. L 311-27.

[1630] En plus de crédits, d'autres services sont pris en charge par la microfinance : *« l'épargne bien sûr, mais aussi l'assurance, le transfert d'argent, ainsi que d'autres activités dites « d'accompagnement » pour aider et conseiller l'emprunteur »*. Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.*, p. 242.

[1631] Malik NEKAA, « Pour une finance solidaire », *op. cit*., p. 87 ; voir également Jean-Marc MOULIN, *Droit de la finance alternative*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

[1632] La FEBEA compte 25 membres issus de 11 pays de l'Union Européenne et 2 pays de la zone de libre-échange européen. Elle est fondée sur le principe de banques coopératives.

[1633] FBEA : http://www.ethicalbankingeurope.com/fr

On peut également citer l'association FINANSOL, dont la caractéristique principale est de s'adresser aux exclus du système bancaire souhaitant investir dans les secteurs de l'économie réelle [1634], ou encore l'Association pour le droit à l'initiative économique (ADIE) fondée en décembre 1988 par Maria Nowak [1635], dont la mission est de financer les micro-entrepreneurs n'ayant pas accès au crédit bancaire, plus particulièrement les sans-emplois et les allocataires des minima sociaux, à travers le microcrédit [1636].

À ces organismes, il importe d'ajouter l'Institut de Micro-Finance, IMF Créa-Sol (contraction de Crédit, Accompagnement, Solidarité) créée en 2005 par la Caisse d'Épargne Provence Alpes Corse qui fonctionne comme une micro-banque ayant comme objectif de *« lutter contre l'exclusion bancaire et de contribuer au développement économique de son territoire en répondant aux besoins de personnes ne trouvant pas de réponses dans le circuit bancaire classique »* [1637].

Il convient aussi de signaler la mise en place en Algérie d'institutions de micro finance (IMF), *« plus aptes à assurer l'intégration au processus de développement des couches les plus pauvres, et à leur procurer des opportunités de production de biens et services, sources de revenus et d'un minimum de bien-être »* [1638].

De même, la Banque Islamique de Développement, qui a fait du secteur de la microfinance une de ses principales activités, et à ce titre, de nombreux pays musulmans ont profité de son concours financier pour différents projets, notamment *« à travers une ligne de crédit logée au Fonds de Promotion Économique (FPE) »* [1639].

[1634] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique solidaire », *op. cit.,* p. 79.

[1635] Maria NOWAK née en 1935, est une économiste, spécialiste du micro-crédit.

[1636] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique solidaire », *op. cit.,* p. 88.

[1637] *Idem*.

[1638] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulma, op. cit.,* p. 253

[1639] *Ibid*., p. 255.

La liste est longue. Mais le cas le plus souvent cité concerne la banque du Bengladesh Grameen, créée en 1976 [1640]. Spécialisée dans le microcrédit [1641], cette banque s'adresse aux plus démunis dans les zones rurales, qui pouvaient avoir droit à un *ḳarḍ al-ḥassān* à la seule condition d'appartenir à « un groupe de cinq personnes, lui-même représentant le huitième d'un groupe issu du même village ». Ces personnes se connaissent et entretiennent des rapports entre elles. Si l'une d'elles ne rembourse pas sa dette dans les délais convenus, la banque procède à une sorte de sanction collective « en mettant fin au partenariat qui la lie à tout le groupe », ce qui constitue un solide moyen de « dissuader l'emprunteur de faillir à ses obligations de paiement ».

Le principal enseignement à retenir de ces exemples, est que le crédit gratuit et la microfinance ont des finalités communes dans la mesure où tous deux veulent prendre en compte des besoins d'une certaine frange de la population, dont les banques dites classiques ne se préoccupent guère.

À côté du crédit gratuit ou *ḳarḍ al-ḥassān*, à vocation sociale et institué dans l'objectif d'éviter le *ribā* (intérêt), il importe de rappeler un autre mécanisme de financement relevant des mêmes principes, à savoir l'assurance islamique.

B. La mise en place d'une assurance islamique ou *takāfūl*

Appréhendée de façon générale, l'assurance peut être définie comme un système permettant de protéger une personne (physique ou morale) contre les effets financiers et économiques liés à la survenance d'un risque imprévisible [1642]. Cette approche de l'assurance ne correspondant à aucun des contrats connus en droit musulman, fait l'objet de rejet par une partie des théologiens [1643]. D'autres, en revanche, admettent le principe. Il fallait dès lors concilier ces deux points de vue, et c'est dans cette optique qu'a été créée l'assurance *takāfūl*, censée être conforme à la *sharī'a*.

[1640] L'inventeur de cette banque, Muhammad Yunus lui a valu le prix Nobel de la paix en 2006. Il est surnommé le « banquier des pauvres ».

[1641] Le modèle de la Grameen a été adopté par 85 pays. Voir Hakim MELIANI et Ahmed AGHROUT, « Défis et perspectives », *Cahiers de la finance islamique* n° 2, décembre 2010, pp. 28 et s.

[1642] Voir Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Laurent LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz 14e éd. 2017.

[1643] François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.*, p. 188.

1. Le rejet de l'assurance conventionnelle

Selon la doctrine musulmane, le système conventionnel d'assurance est illicite au regard de la *sharī'a* [1644]. On lui reproche la violation de nombreux interdits, en particulier ceux prohibant le *gharār* (l'aléa), le *maīsir* (pari) et le *ribā* (l'intérêt).

a) Un rejet fondé sur la prohibition du *gharār*

L'assurance conventionnelle déroge à l'un des principes phares de la *sharī'a*, qui est celui de l'interdiction du *gharār*, définit par Ibn Taymiyya comme : *« ce dont on ignore le devenir, dont on a peur des conséquences ou ce qui est opaque de nature »* [1645]. Rappelons que dans la religion islamique*, « toutes les questions qui touchent l'avenir sont hors de la volonté humaine »* [1646] et, de fait, le destin de l'homme appartient Dieu [1647]. Par conséquent, l'assurance en tant que contrat prévoyant de remédier à des événements futurs est une chose vaine.

Plus explicitement, les *'Ūlamā* avancent plusieurs éléments liés au *gharār* :

- L'incertitude concernant la réalisation de l'événement appelé à engager le processus de garantie. En effet (hormis l'assurance-vie), le souscripteur verse des primes à la compagnie d'assurances pour se protéger d'un risque qui ne se réalisera pas forcément [1648]. En d'autres termes, si l'aléa ne se produit pas, le souscripteur perd définitivement ce qu'il aura versé. Nous sommes donc en présence d'un contrat fondamantalement aléatoire. En effet, *« (...) l'aléa consiste en particulier en ce que*

[1644] C'est la position exprimée par l'Académie de l'organisation de la conférence islamique, tenu à Jeddah (Arabie Saoudite) en 1985.

[1645] Cité par Cheikh Ali MOHYEDDIN, *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques, approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratiques*, Bayane Éd., 211, p. 116 ; voir aussi Ayoub MA EK, « La finance islamique en Libye de ses débuts à 2015 », *op. cit.,* p. 57 ; Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl (assurance selon l'Islam), op. cit.*, p. 21.

[1646] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.,* p. 72.

[1647] Selon François GUÉRANGER, cette dépendance (*tawakūl*) envers Dieu *« doit être entièremetn acceptée et l'assurance n'a pas lieu d'être »*, in *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 188.

[1648] Yuosef Abdullah ALHUMOUDI, *Islamic insurance takāfūl and its application in Saudi Arabia*, thèse Brunel University, 2012, p. 99.
https://bura.brunel.ac.uk/bitstream/2438/7449/1/FulltextThesis.pdf (consulté le 6 mars 2017).

l'objet sur lequel porte le contrat et le terme ne seraient pas précisés. Or c'est là justement le cas des assurances : le terme n'est jamais fixé, et la contrepartie à verser par la Compagnie ne le sera qu'éventuellement, sauf en ce qui concerne les assurances sur la vie, lorsqu'elles comprennent un élément d'épargne et de capitalisation ; mais dans ce dernier cas le terme reste incertain » [1649].

- L'incertitude portant sur la prise en charge du sinistre. À ce propos, il est commun de dire que les assureurs, afin d'éviter l'indemnisation de la victime, savent se montrer persuasifs *« en matière d'invocation d'une exception, d'une déchéance »*, d'une faute, *« d'une limitation de garantie ou d'une exclusion »* [1650].

- Dans le même ordre d'idées, et plus directement par référence à la loi islamique, les assurances-vie vont à l'encontre de la prescription religieuse selon laquelle c'est à Dieu seul qu'appartient le choix du jour de la mort de chacun. Ainsi, s'assurer sur la vie serait faire preuve de défiance ou de méfiance, voire d'incrédulité à l'égard de la puissance divine [1651]. C'est pourquoi certains *fūḳahā* adoptent des positions extrêmes réfutant toute forme d'assurance, commerciale ou mutuelle [1652].

Pour ses adversaires, le contrat d'assurance, en plus de l'aléa, se rapprocherait dangereusement du pari et du jeu du hasard, c'est-à-dire du *maīsir* dont l'effet est de permettre l'enrichissement des uns au détriment des autres.

b) Un refus lié à la prohibition du *maīsir*

Une partie des théologiens estime que l'assurance viole l'interdiction du *maīsir*, et cela de différentes manières :

[1649] Georges-Henri BOUSQUET, « L'Assurance et les Musulmans Nord-Africains », *Revue Africaine*, 1947, p. 160. Cité par Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », in *Assurances et gestion des risques,* vol. 78, octobre 2010-janvier 2011, p. 374.

[1650] *Ibid*., p. 375.

[1651] *Idem*.

[1652] C'est le cas du Cheikh Azmi Atyya de Libye qui dit *« tous les types d'assurance sont interdits du point de vue de la Sharī'a, car le contrat en lui-même est vicié »*, ou encore du doyen de la faculté de la sharī'a de Fez au Maroc qui déclare *« Tous types d'assurance privée sont sharī'atiquement illicites »*. Cités par Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl (assurance selon l'islam), op. cit.,* pp. 26-27.

- En premier lieu, l'assuré verse une prime pour un dommage futur qui peut-être ne surviendra jamais, ainsi l'assureur ferait un bénéfice non justifié, c'est-à-dire des gains qui ne sont fondés sur aucun travail [1653] ;

- En second lieu, le souscripteur effectue le versement de la prime dans l'espoir éventuel *« de se voir attribuer ultérieurement une somme plus élevée »* [1654] : il y a donc transfert de risque sur une seule partie (l'assureur), ce qui est contraire au principe du partage des pertes et des profits ;

- En troisième lieu, il peut y avoir disproportion entre la somme payée par le souscripteur et l'indemnité ou le capital versé par l'assureur, en cas, par exemple, du décès de l'assuré après le paiement de quelques primes seulement. Aux yeux de l'islam, *« cela constitue un pari (mūḳamarā) d'autant plus que la vie humaine ne devrait être objet de commerce »* [1655].

À travers ces développements, on voit que l'aléa attaché au contrat d'assurance génère des incertitudes : la réalisation du risque n'est pas certaine et l'indemnité est indéterminée. En effet, aucun des contractants ne peut connaître le moment de survenance du risque qui est un événement imprévisible. Dès lors il ne peut évaluer ses chances de gain ou de perte lors de la conclusion de la transaction. Il y a de ce fait un déséquilibre contractuel au moment même de l'échange des consentements, qui bénéficiera nécessairement à l'une des parties au détriment de l'autre. Parce qu'il n'est pas défini à l'avance, le gain réalisé par l'une ou l'autre des parties est obtenu sans effort et sans risque, car justifié uniquement par le hasard [1656]. Dans ce cadre, l'absence d'équivalence des prestations dès la formation du contrat est flagrante, l'une pouvant être dérisoire, voire nulle [1657].

[1653] Craig NETHERCOTT, David M. EISENBERG, *Finance: Law and Practice*, OUP Oxford 2012, p. 275.

[1654] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique *», op. cit.,* p. 375.

[1655] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 76.

[1656] Mballo THIAM, *De la religion à la banque, op. cit*., pp. 122-123 ; Neyla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit*. p. 156.

[1657] Voir notamment Anne MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, thèse, Université Paris IX, 1995, p. 48.

Ainsi, l'ignorance (*jahala*) de l'une ou l'autre partie des obligations souscrites dans le contrat, en raison de leur nature aléatoire, constitue le fondement de l'interdiction des conventions d'assurance par la *sharī'a*.

En plus d'être fondé sur l'aléa, le contrat d'assurance implique également l'intérêt (*ribā*), interdit en Islam.

c) Une réfutation reposant sur la prohibition du *ribā*

Les opposants à l'assurance conventionnelle considèrent que ce type de contrat transgresse de différentes manières l'interdiction coranique du *ribā*, en avançant de nombreux arguments :

- D'abord, dans leur substance même, les contrats d'assurance impliquent une inéquivalence de prestation dans la mesure où ils *« prévoient le versement à l'assuré d'une somme nécessairement différente de celle correspondant au total des primes payées »* [1658]. Il y a donc enrichissement injuste (*ribā*) ;

- De plus, les compagnies d'assurances vont réinvestir les primes versées dans des produits susceptibles de heurter le droit et l'éthique musulmane (alcool, tabac, viande porcine, armements, etc.). Ces investissements peuvent aussi être illicites au regard de la *sharī'a* lorsqu'ils ne sont pas adossés à l'économie réelle ;

- Ensuite, dans le contrat d'assurance, les sommes versées par le souscripteur sont rémunérées le plus souvent par le versement d'intérêts ;

- Enfin, certains contrats d'assurance-vie évoque le *ribā* lorsqu'ils sont suboronnés à *« l'obligation légale d'une participation aux bénéfices, équivalant à un intérêt »* [1659].

Toujours est-il que toutes ces interdictions ne sont pas admises par la majorité des savants musulmans qui acceptent l'idée d'assurance, mais sous certaines conditions.

[1658] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », op. cit., p. 376.

[1659] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », op. cit., p. 376. Dans le même sens, Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl (assurance selon l'Islam), op. cit.,* p. 24.

2. L'acceptation sous condition de l'idée du contrat d'assurance

Une grande partie des *Fūḳahā* pensent que prendre des précautions ne signifie pas pour autant défier la religion, et que la soumission de l'homme à Dieu n'est pas remise en cause par le recours à l'assurance [1660]. À cet égard, déjà le théologien *ḥānafite* Ibn Abidin (1784-1836) avait limité l'invalidité du contrat d'assurance à ceux conclus entre musulmans. En revanche, le contrat serait licite si le commerce est réalisé avec un non-musulman [1661]. Il y a dans cette posture de l'auteur une reconnaissance plus ou moins partielle de l'assurance conventionnelle, c'est-à-dire selon certaines formes.

Allant plus loin, le célèbre réformateur égyptien, Mohammed Abduh (1849-1905), dès le début du XX[e] siècle, s'est prononcé en faveur de l'assurance conventionnelle. Interrogé sur la licéité d'un contrat souscrite auprès d'une compagnie d'assurance (*Gresham*), il avait répondu : *« Cet homme (le souscripteur) aura le droit, après la fin du paiement des redevances, après fructification du capital et réalisation des bénéfices, à se faire rembourser, s'il était vivant, l'argent versé par lui et sa part sur les bénéfices. De même que ses héritiers ou ses ayants droit auront le droit, après le décès de leur auteur, à se faire rembourser les fonds qu'il aura versés, avec les bénéfices qu'ils auront produits »* [1662]. Cette opinion est celle de l'érudit égyptien Cheikh Abdallah Syam qui avait déclaré en 1932 que *« l'assurance est conforme à la sharī'a »* [1663].

De même, le libanais Cheikh ohdi Yakan accepte l'assurance classique lorsqu'il y a *« nécessité sociale »*. C'est la position adoptée également du juriste pakistanais Muhammad Nejattulah Siddiqi qui prône la licéité de l'assurance à la *sharī'a*, au nom de la nécessité (*ḍarūra*), c'est-à-dire dans la mesure où ce dispositif tend à diminuer la *« détresse de personnes victimes de coups du sort, tels qu'accidents ou maladies, qu'il qualifie de fléau social »* [1664].

[1660] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 188.

[1661] Cité par Cheikh Ali MOHYEDDIN, *L'assurance islamique*, *op. cit.,* p. 102.

[1662] Cité par Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 377.

[1663] Voir Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 28.

[1664] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 378.

L'un des arguments forts des opposants au contrat d'assurance consiste à dire qu'il ne ressemble à aucun contrat type élaboré par les *fūḳahā*. Ils ajoutent qu'aucun texte coranique n'y fait référence expressément et que le droit musulman est un droit immuable et que tous les actes ont été établis une fois pour toute. Ce raisonnement ne peut être acceptable, car il n'est affirmé nulle part que la validité d'un type de contrat dépend de sa mention dans la loi islamique [1665]. Il en résulte que cette absence signifie implicitement admission de tout contrat innommé, surtout s'il répond à la satisfaction d'un besoin nouveau. En outre, ainsi que nous l'avons signalé, les prescriptions religieuses ne sont ni fixes ni intangibles ; au contraire, elles ont toujours fait l'objet d'interprétations de la part des *fūḳahā* dans l'objecitf de les adapter aux situations nouvelles, à la nécessité (*ḍarūra*) et à l'intérêt général (*maṣlaḥa*).

Ces considérations justifient la posture du jurisconsulte syrien Ahmed El arka [1666] qui, lors du séminaire du *fīḳh* tenu à Damas le 6 avril 1961, a approuvé le contrat d'assurance en s'appuyant sur deux arguments [1667] :

- Tout d'abord, selon l'auteur, l'opération d'assurance, du fait qu'elle repose sur « la loi des grands nombres », permet de réduire les risques en les quantifiant de manière suffisamment précise pour que le *gharār* ne puisse entraîner la nullité de l'accord du point de vue musulman [1668]. C'est dire que le contrat d'assurance *« perd finalement son caractère aléatoire et aboutit à une solidarité entre les membres de la mutualité* » [1669] ;

- En plus, c'est l'intérêt des assurés qui doit l'emporter.

[1665] Chibab Mohammed HIMEUR et Nedra ABDELMOUMEN, *La finance islamique face au droit français,* Paris, L'Harmattan, 2015, p. 85 ; voir aussi Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 377.

[1666] Cheik Mustafa ARKA, « Position du droit musulman à l'égard du droit d'assurance », *Revue de la civilisation musulmane*, Damas, 1961, p. 33.

[1667] Cette position favorable à l'assurance a été exprimé par l'auteur dans ses différentes études et dans son livre *Niẓam al Ta'min* (*Le régime de l'assurance*) publié à Damas, en 1962.

[1668] Voir Mahmoud EL GAMAL, *La finance islamique, aspects légaux économiques et pratiques, op. cit* p. 154.

[1669] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 376.

Rappelons aussi que lors du deuxième congrès de l'Académie des recherches de droit islamique en 1965, le Cheikh Ali Khafif avait jugé conforme à la *sharī'a* l'assurance conventionnelle *« notamment lorsqu'elle est sous forme mutualiste »*, dans la mesure où celle-ci *« favorise l'entraide et le partage des risques »* [1670].

On peut également citer l'école *Ja'farite*, d'obédience *shiite* [1671], qui avait émis une *fatwa* consacrant la licéité de l'assurance classique [1672].

D'aucuns ont vu dans ces opinions une volonté de s'inscrire *« dans un courant de pensée moderniste, opposé à un attachement aveugle à l'orthodoxie (salafia), et basé sur l'idée maîtresse que l'islam est à même de s'adapter à toute situation qui se présente, indépendamment du caractère de nouveauté de celle-ci »* [1673].

À cela s'ajoute l'idée d'efficacité et d'équité économique. En effet, à partir du moment où une personne ou une entreprise cherche à se protéger contre un risque probable, *« il doit pouvoir en transférer la charge sur un tiers assureur qui acceptera de couvrir ce risque moyennant rémunération »* [1674]. Dans ce cadre, écrit Bessedik, il y a *« échange d'une incertitude dont la réalisation est faible mais qui peut être très coûteuse en cas de survenance, contre une certitude qui est le versement d'une prime dont le montant reste modeste »* [1675]. Cette idée est, par ailleurs, en parfaite adéquation avec la philosophie de solidarité et d'entraide qui gouverne la religion musulmane.

[1670] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 28. L'auteur rappelle à cet égard que le royaume d'Arabie Saoudite (..) par l'intermédiaire de son haut conseil des *'Ūlamā* a consacré le 28 décembre 1975 la validité de l'assurance conventionnelle sous forme mutualiste (*ibid*., p. 27).

[1671] École d'interprétation des principes du Coran, créée par Ja`far bin Muhammad al Sâdiq (702-765).

[1672] Contrairement au rite chiite, les théologiens des quatre grandes écoles sunnites, semblent plus partagés sur la question.

[1673] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 377. Il est intéressant de noter à cet égard la position de l'ancien chef d'État tunisien, Habib Bourguiba, qui dans un discours de 1965 a qualifié l'assurance *« de critère de progrès, signe de prospérité »*, cité par Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit*., p. 378 ; voir également Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 28.

[1674] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 73.

[1675] *Idem*.

Reste à souligner que la préférence de la plupart des jurisconsultes musulmans va vers un type d'assurance qui comporterait le moins d'incertitude possible. De là est née l'idée de *takāfūl* comme une alternative à l'assurance conventionnelle.

3. Le *takāfūl* comme substitut à l'assurance conventionnelle

Il convient de préciser tout d'abord que le principe d'assurance en tant que mode de garantie contre un risque, en contrepartie d'une rémunération ou plus largement de l'entraide entre les membres de la communauté, existe depuis longtemps. Edward Budd rapporte que dès la période préislamique, certaines techniques de financement du risque étaient pratiquées par les tribus d'Arabie [1676]. Il cite à cet égard la coutume *al 'āqila* : il s'agit, lors d'un meurtre d'un individu, de verser une indemnité (*dīyā*) aux héritiers de la victime et ce par la tribu dont relève le meurtrier [1677]. À la suite de l'apparition de l'islam, cette coutume s'est maintenue et elle est même citée par le Coran :

« Il n'appartient pas à un croyant de tuer un autre croyant, si ce n'est par erreur. Quiconque tue par erreur un croyant, qu'il affranchisse alors un esclave croyant et remette à sa famille le prix du sang, à moins que celle-ci n'y renonce par charité » [1678].

Il va sans dire que les textes coraniques évoquant l'assistance mutuelle au sein de la communauté musulmane (*Ūmmā*) sont nombreux [1679]. Nous trouvons aussi des *ḥadīth* allant dans le même sens, comme par exemple : *« Dieu vient à l'aide de celui qui aide son frère »* [1680]. Cependant, l'apparition dans le monde musulman de l'assurance dans sa forme moderne peut être attribuée au juriste *ḥānafite* Muhamad Amin, plus connu sous le nom d'Ibn Abidin qui, dans l'un de ses écrits, a évoqué le cas d'un

---

[1676] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* pp. 9-10 ; voir aussi Jacques CHARBONNIER, *Islam : droit, finance et assurance*, Larcier, 2011, p. 150.

[1677] Il semble que ce système continue encore d'exister dans certains pays comme l'Arabie Saoudite, ou encore les Émirats Arabes Unis. Voir Imane KARICH, *Finances et Islam*, Bruxelles, Le Savoir Éditions, 2004, p. 21.

[1678] Coran, *sūrate* 4, verset 92.

[1679] À titre d'exemple, la citation *: « Aidez-vous les uns et les autres à l'accomplissement du bien et de la piété, ne vous entraidez pas à commettre le péché et l'agression »*, *sūrate* 5, verset 2.

[1680] *Al-Ṣaḥiḥ Mouslim*, vol. 2, *ḥadīth* n° 2099.

commerçant qui a loué un navire auprès d'un armateur : le marchand aurait versé une somme d'argent dite « *Ṣūkra* » (prime) et ce dans l'intention d'être compensé par l'affréteur en cas de survenance d'un accident durant le trajet [1681].

Pour ce qui est maintenant de l'assurance *takāfūl*, celle-ci a été créée vers la fin des années 1970, et correspond à un besoin de lier éthique et finance islamique [1682].

Après un aperçu des principes gouvernant l'assurance *takāfūl*, proposé par les banques islamiques, nous verrons les différents contrats adaptés à ce type de transaction.

a) Les principes gouvernant l'assurance *takāfūl*

Le terme *takāfūl* dérive du mot « *kafalā* », qui signifie *« garantie mutuelle ou cojointe »* [1683]. Sa particularité est qu'il repose sur la donation (*tabarrū*') [1684]. Cette idée suggère que le donateur *« n'acquiert aucun droit au titre de la chose donnée »* [1685], ce qui peut susciter des interrogations sur son intention. Pour écarter toute ambiguïté, les écoles religieuses préfèrent parler d'« engagement de faire don » (*Iltizam bil-tabarrū*') [1686]. Dans ce sens, un participant peut faire don d'une somme d'argent pour

---

[1681] Cité par Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit*., p. 11.

[1682] Voir François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.,* p. 189.

[1683] Amel MAKHLOUF et autres, « Le Takāfūl : l'assurance sharia-compatible », *Actualités Lamy Assurances*, n° 215, avril 2014, p. 1 ; également Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 77 ; Centre du commerce international, *Le système bancaire islamique, op. cit.,* p. 29 ; Hicham ELHABBOULI, *Le contrat d'assurance vie en droit comparé franco-marocain,* thèse, Droit, Université de Rennes 1, 2015, p. 305.

[1684] François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.,* p. 190 ; Banque islamique de développement, *Les sciences de la chaira pour les économistes, op. cit.,* p. 541. Notons que diverses sources du droit musulman évoquent la notion de *tabarrū*'. Ainsi, on peut lire dans le Coran : *« (…) Vertueux sont ceux qui croient en Dieu et au jour dernier, aux Anges, au Livre et aux prophètes, qui donnent pour l'amour de Dieu des secours à leurs proches, aux orphelins, aux nécessiteux, aux voyageurs indigents et à ceux qui demandent l'aide, et pour délier les jougs, qui observent la prière, qui font l'aumône. Et ceux qui remplissent les engagements qu'ils contractent, se montrent patients dans l'adversité, dans les temps durs et dans les temps de violences. Ceux-là sont justes et craignent le Seigneur »*, sūrate 2, verset 177. Dans certains *ḥadīths*, il est dit : *« Donnez (en charité) et ne donnez pas à contrecœur de peur que Dieu devrait vous donner en une quantité limitée ; et ne retenez pas votre argent à moins que Dieu le retienne de toi »* (*Al-Ṣaḥiḥ Boukhari*, vol. 2, *ḥadīth* n° 2104).

[1685] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit*., p. 37.

[1686] *Idem*.

aider son prochain, *« à condition que le solde, le cas échéant, lui soit retourné »* [1687]. Donc, l'adhésion à l'assurance *takāfūl* apparaît « non pas comme un don, mais comme une contribution [1688]. L'objectif recherché étant de favoriser la solidarité et le sentiment de fraternité entre Musulmans.

Ainsi entendue, l'assurance *takāfūl* désigne une convention de garantie réciproque ou chaque participant verse des fonds qui sont mis en commun et utilisés pour prémunir le groupe contre l'éventuel échec d'un projet ou des pertes potentielles, clairement définis dans l'accord (décès, accident, perte des récoltes ou dégradation d'un outil de production) [1689].

L'idée est donc d'associer une communauté de personnes, les assurés, qui cotisent pour pouvoir indemniser collectivement ceux parmi leurs membres qui subiraient des revers ou dommages matériels ou corporels en cas de réalisation du risque [1690].

C'est pourquoi l'assurance *takāfūl* fut d'abord présentée comme « une mise de ressources en commun » [1691] : *« Les partisans d'une nouvelle assurance islamique" proposèrent l'assurance, non comme un contrat bilatéral transférant un risque connu, mais comme une entreprise collective charitable au moyen de laquelle les musulmans mettent des ressources en commun en vue de s'entraider en cas d'accident ou de dommage »* [1692].

De son côté, l'AAOIFI avait donné la définition suivante de l'assurance *takāfūl* :

« L'assurance islamique est un accord entre un groupe de personnes contre des risques spécifiques imprévisibles qu'ils peuvent confronter. Cet accord, ainsi introduit,

---

[1687] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit*., p. 38.

[1688] *Idem*.

[1689] Hicham ELHABBOULI, *Le contrat d'assurance vie en droit comparé franco-marocain, op. cit.,* p. 305 ; Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 77.

[1690] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman, op. cit.*, p. 72 ; François GUÉRANGER : *Finance islamique*, *op. cit.,* p. 189.

[1691] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 379.

[1692] Frank E. VOGEL, et Samuel HAYES, *Islamic Law and Finance : Religion, Risk and Return*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 151. Cité par Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 379.

porte sur le versement des contributions à titre de donations, et conduit à la création d'un fonds d'assurance (...) Les ressources de ce fonds sont utilisées pour indemniser tout souscripteur contre un risque prescrit dans le contrat, conformément aux règles et procédures de la police d'assurance… » [1693].

Fondée sur la notion de solidarité [1694], le contrat d'assurance *takāfūl* est construit sur les principes de contribution volontaire [1695] et implique une coopération sociale. L'on peut donc convoir le *takāfūl* comme une assurance coopérative, un dispositif mutualiste de garantie des risques opérant selon les règles de la *sharī'a* [1696]. Selon Mohamad Abouzahra, *« seul l'assurance mutuelle et sociale est ḥalal (licite) »* [1697].

Il faut convenir que le rapprochement avec le système mutualiste est tentant [1698]. En effet, il est dit que *« l'assurance takāfūl ainsi que les compagnies d'assurances mutuelles ont un objet non commercial »*. À cela s'ajoute l'idée que *« la qualité d'associé-assuré se retrouve dans les deux types d'assurances car les participants sont aussi bien assureurs qu'assurés ».* Enfin les deux types d'assurance *« fonctionnent (…) sans capital social »* [1699].

[1693] AAOIFI, norme 26 relative à l'assurance Takāfūl (www.aaoifi.com).

[1694] Selon l'IFSB : *« Le Takāfūl est l'alternative islamique à l'assurance conventionnelle et existe dans ses formes vie (couverture des personnes) et générale (couvertures des biens). Il est basé sur les concepts de solidarité mutuelle »*.

[1695] Marie-Hélène DOUCERET, *Le takāfūl en France de demain : fiction ou réalité, op. cit.* pp. 16 et s. ; Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 380 ; Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit*., p. 31 ; Hicham ELHABBOULI, *Le contrat d'assurance vie en droit comparé franco-marocain, op. cit.,* p. 304.

[1696] Mahmoud EL GAMAL*, La finance islamique, aspects légaux économiques et pratiques, op. cit*., p. 28 ; Mballo THIAM*, De la religion à la banque, op. cit*. p. 407 ; François GUÉRANGER, *Finance islamique, op. cit.*, p. 190 ; Malika AMRI, *Les contrats de financement dans la banque islamique, op. cit.,* p. 26.

[1697] La revue *Civilisation de l'islam*, Damas, 1961, p. 524, cité par Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement de d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 76.

[1698] Les sociétés d'assurance mutuelle se définissent en droit français selon l'article L.322- 26-1 du Code des assurances comme *« des personnes morales de droit privé ayant un objet non commercial. Elles sont constituées pour assurer les risques apportés par leurs sociétaires. Moyennant le paiement d'une cotisation fixe ou variable, elles garantissent à ces derniers le règlement intégral des engagements qu'elles contractent. Toutefois, les sociétés d'assurance mutuelles pratiquant les opérations d'assurance sur la vie ou de capitalisation ne peuvent recevoir de cotisations variables. Ces sociétés fonctionnent sans capital social, dans des conditions fixées, pour l'ensemble des catégories mentionnées à l'article L. 322-26-4, par décret en Conseil d'État ».*

[1699] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit*., p. 34.

Il n'en reste pas moins que des différences substantielles entre les deux systèmes d'assurance existent :

- les groupes d'assurance *takāfūl* peuvent, en cas de difficultés financières passagères, augmenter leurs fonds, contrairement aux compagnies mutuelles dont l'unique ressource financière propre provient des bénéfices non redistribués ;

- Ensuite, dans une assurance *takāfūl,* les risques sont partagés collectivement par l'ensemble des participants [1700], alors que dans une compagnie d'assurance mutuelle ils sont supportés uniquement par l'assureur ;

- De plus, s'agiissant du nombre d'adhérents, l'assurance *takāfūl* ne prévoit aucun minimum de souscripteurs au fonds, alors qu'il faut *« au moins cinq cents adhérents pour la création d'une société d'assurance mutuelle »* [1701] ;

- Enfin, à la différence des assurances mutualistes classiques, les entreprises *takāfūl* présentent un caractère hybride : *« l'élément de mutualité est réduit au fonds takāfūl, où sont collectées les cotisations et les plus-values des placements »*. Mais en cas de déficit de souscription, *« ces entreprises se comportent comme des sociétés anonymes, au sens où elles utilisent des capitaux pour couvrir leurs engagements. Il s'agit du mécanisme de report de pertes »* [1702].

Notons que l'assurance *takāfūl* se divise en deux volets : le « *takāfūl* général » qui semble constituer l'alternative à l'assurance *Incendies, Accidents et Risques Divers* (IARD) et le « *takāfūl* famille » qui apparaît comme une substitution à l'assurance-vie classique. Il importe aussi de souligner que les primes versées par le souscripteur sont investies dans des produits tangibles, ce qui permet de s'écarter de toute spéculation et enrichissement sans cause (*maīsir*). L'investissement se fait aussi dans le respect de l'interdiction de l'intérêt (*ribā*). Selon Jacques Charbonnier, une telle conception de l'assurance coïncide donc *« de façon parfaite avec l'enseignement religieux »* [1703].

[1700] Marie-Hélène DOUCERET, *Le takāfūl en France de demain : fiction ou réalité, op. cit.* p. 18

[1701] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 35.

[1702] *Idem*.

[1703] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.,* p. 379.

À cela, il faut ajouter que le fonds *takāfūl* est la propriété des souscripteurs et il est formé des contributions des assurés au titre de « *Mouwasset* » ou « consolation » [1704] ; il est séparé des fonds de la société (fonds des actionnaires). [1705]. Cela implique que les droits de propriété des fonds ne peuvent être transmissibles à l'opérateur. Ainsi, en cas de liquidation, les créanciers n'ont aucune possibilité de revendiquer les actifs du fonds géré par l'entreprise afin de récupérer leurs créances [1706].

Maintenant, s'agissant de la fonction du fonds des assurés, celle-ci consiste à payer les indemnités ou verser les capitaux prévus à la fin du contrat, à s'acquitter de l'impôt islamique et à constituer les provisions (sinistres à payer, accidents survenus mais non encore déclarés, etc.) [1707]. Le fonds comprend aussi un « compte spécial de sécurité » destiné à garantir le risque d'insolvabilité du participant, et un « compte d'excédent » (surplus) permettant d'établir le solde final qui sera partagé proportionnellement aux primes, après déduction de toutes les charges par l'opérateur, ce qui permet d'éviter l'aléa. Ce fonds servira par ailleurs au remboursement du *ḳarḍ al-ḥassān* (prêt gratuit) et le cas échéant, à compenser les pertes et dommages subis par les participants, selon les conditions établies au préalable dans le contrat d'assurance *takāfūl*.

Quant au calcul de la prime, il se fait de la même manière que dans une assurance classique, c'est-à-dire en évaluant le risque couvert et en se conformant aux règles et pratiques actuarielles. D'après les normes de l'AAOIFI : *« Le montant de participation peut être fixé selon les principes actuariels basés sur les fondements techniques de la statistique, en tenant compte du risque qui peut être fixe ou variable, et du principe de la proportionnalité entre la participation et le risque lui-même, son genre, sa durée, et le montant de la prestation »* [1708].

[1704] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 6 ; Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement de d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 78.

[1705] Il semble qu'*« il y a nécessité impérieuse de séparer les fonds des actionnaires et des sociétaires. En effet, les actionnaires ne doivent ni profiter, ni réaliser une perte sur les opérations d'assurance »,* Marie Hélène DOUCERET, *Le Takāfūl en France demain : fiction ou réalité op. cit.*, p. 18.

[1706] *Ibid.*, p. 24.

[1707] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.*, p. 357.

[1708] Art. 7/2 des normes standards de l'AAOIFI.

La société ou l'opérateur n'est qu'un mandataire (*wakil*) des participants ; c'est un gestionnaire des contributions des sociétaires. À ce titre, il est chargé de calculer toutes les charges d'exploitation et de les affectés au fonds constitué. Il doit en outre s'assurer que tous les aspects des opérations sot-nt conformes à la loi islamique, en demandant l'avis du comité de la *sharīa'*. Ces conditions se dégagent clairement des normes de l'AAOIFI relatives à l'assurance islamique, recommandant *« la nomination d'un conseil de surveillance sharī'atique dont les fatwas sont obligatoires pour la société, en plus de la présence de contrôle de gestion et d'audit interne »* [1709].

Pour résumer, on peut retenir les enseignements suivants :

- l'assurance islamique évite toute transaction aléatoire, en reversant à chaque participant une part des bénéfices engendrés par l'opérateur *takāfūl* « sous forme de distribution de l'excédent ». Précisons qu'une partie de cet excédent peut être réservée à ceux se trouvant dans le besoin (*tabarrū'*) ;

- En faisant de la prime d'assurance un don au fonds de garantie mutuel, le *takāfūl* se conforme à l'interdiction du *ribā* ;

- En interdisant toute spéculation et enrichissement sans cause, le *takāfūl* fait obstacle au *maīsir*. Cela autorise des auteurs à parler d'« *assurance éthique et morale »* [1710], d'autant plus que les participants sont à la fois assureurs et assurés.

- En évitant tout investissement des fonds dans des produits dits *ḥaram* (alccol, armement, pornographie, etc.), l'assurance *takāfūl* se conforme au droit islamique [1711].

- Dans une assurance classique, les souscripteurs font un transfert d'argent vers un organisme d'assurance, alors que dans le cas du *takāfūl*, les assurés sont en même temps les propriétaires du fonds que l'opérateur se contente de gérer moyennant rémunération [1712].

[1709] AAOIFI, norme 5/9 relative à l'assurance islamique et le *sharia board*.

[1710] Valentine BAUDOUIN, *Le guide de l'assurance Takāfūl*, L'argus de l'assurance, 2015, p. 44.

[1711] François GUÉRANGER : *Finance islamique*, *op. cit.*, p. 190.

[1712] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 40 ; Marie Hélène DOUCERET, *Le Takāfūl en France demain : fiction ou réalité op. cit.*, p. 23.

- Dans une assurance classique, le risque est transféré à la compagnie d'assurance contre encaissement d'une prime, alors que dans le cas de l'assurance *Takāfūl*, le risque est partagé collectivement et volontairement par les assurés.

Le système d'assurance *takāfūl* suppose une nette séparation entre les fonds des actionnaires et ceux des assurés. Une telle séparation est clairement mentionnée par l'AAOIF : *« La société organisatrice de l'assurance établit deux comptes distincts l'un propre à la société elle-même : ses droits et engagements, et l'autre propre à la caisse des assurés : leurs droits et leurs engagements »* [1713].

Reconnu comme étant une alternative à l'assurance traditionnelle, le *takāfūl* connaît un certain succès [1714]. Apparu au Soudan pour la première fois à la fin des années soixante-dix [1715], puis en Malaisie dans les années quatre-vingt [1716], il s'est étendu par la suite à de nombreux pays, tant musulmans (Arabie Saoudite, en Iran, au Qatar, en Indonésie, en Égypte, en Tunisie, au Maroc…) [1717] qu'occidentaux [1718].

[1713] Norme 5/2 des standards de l'AAOIFI.

[1714] On considère que *« la gestion d'actifs par les compagnies d'assurance Takāfūl a doublé entre 2007 et 2014 passant de 7 milliards à plus de 14 milliards de dollars »*. et il a été prévu pour la fin de l'année 2018 *« plus de dix-huit mille milliards de dollars d'actif »*, Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 5.

[1715] Le premier organisme d'assurance islamique *takāfūl* a été créé en 1979 par la compagnie d'assurance soudanaise « *Sudanese Islamic Insurance Company* », Maher MUSHTAQ HUSSAIN et Ahmad TISMAN PASHA, « Conceptual and Operational Differences Between Ggeneral Takāfūl and Conventional Insurance ». *Australian Journal of Business and Management Research*, 1(8), 23, 2011. Disponible sur : https://www.isfin.net/sites/isfin.com/files/conceptual_and_operational_differences_between_general_takāfūl_and_conventional_insurance.pdf (consulté le 4 avril 2018).

[1716] *« La Malaisie est reconnue comme un des leaders dans la régulation takāfūl, avec des réglementations spécifiques en place depuis 1984 comme le Takāfūl Act de 1984 (amendé en 2007), et des lignes directrices »*. Serap O. GÖNÜLAL, *Takāfūl and Mutual Insurance : alernative Approaches to Managing Risks,* World Bank Publication, 2013, p. 111.

[1717] *« L'Arabie Saoudite représente 48% des contributions mondiales et a connu une forte croissance ces dernières années en doublant de volume avec des contributions passés de 3,89 milliards de dollars en 2009 à 6,8 milliards de dollars en 2014 »* (*Global Takāfūl Insights*, Report 2014). *« Il existe en Indonésie plus de 45 institutions d'assurance islamiques, offrant à la fois des produits General Takāfūl et Family takāfūl »*. Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 47.

[1718] *« Le Royaume-Uni fut le premier pays européen à délivrer un agrément à une compagnie d'assurance Takāfūl (Salaam Halal Insurance company) »*. En France, le marché du *Takāfūl* reste assez modeste *« tournant autour de 2% du marché de l'assurance »*, soit à peu près *« 3,5 Milliards d'euros, pour un marché d'assurance aux environs de 200-300 milliards d'euros »*. Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 50 ; voir aussi Valentine BAUDOUIN, Kader MERBOUH, *Le guide de l'assurance Takāfūl*, *op. cit*., pp. 56 et s.

Reste à préciser les contrats pouvant recourir à ce type d'assurance.

b) Les principaux contrats utilisés en matière d'assurance *takāfūl*

De l'avis général des spécialiste de la finance islamique, il esi impératif *« que les constructions juridiques auxquelles recourent les assureurs islamiques pour offrir des garanties d'assurance soient conformes aux exigences de la religion, même si c'est au prix de quelque ḥiyal »* [1719]*,* c'est-à-dire des *« expédients juridiques »* [1720]. Sur ce plan, plusieurs formes juridiques sont utilisées par les banques islamiques, parmi lesquelles on trouve des formules contractuelles conçues pour réaliser un projet (*mūḍaraba*), à représenter une partie (*wakalā*), ou à faire bénéficier une personne (physique ou morale) d'un bien donné en usurfruit et placé sous le régime de *waḳf* qui consiste, en tout état de cause, en un acte charitable.

- Nous avons vu que dans le contrat *mūḍaraba*, un prêteur (*rab el mal*) accorde des fonds à un entrepreneur (*mūḍarib*) pour la réalisation et la gestion d'un projet quelconque [1721]. L'accord conclut entre les deux parties détermine les quote-parts de chacune et la répartition du bénéfice escompté. En cas de perte financière résultant de l'opération, le prêteur en supporte seul les effets.

Dans le modèle *mūḍaraba-takāfūl*, l'opérateur se comporte en tant que *mūḍarib* (entrepreneur) et les assurés comme *rab el mal* (apporteurs et propriétaires des fonds). En vertu de sa capacité de gestionnaires, le *mūḍarib* investit les fonds mis à sa dispostion moyennant un revenu tiré des placements qu'il a réalisé. En fait, les modalités du partage des gains (surplus diminué des frais de gestion et des sinsitres éventuels) sont définies préalablement, au moment de la conclusion du contrat, et ne peuvent être modifiées unilatéralement, ni par l'opérateur ni par les participants. En cas de pertes, ce sont les souscripteurs qui en assument la charge, en leur qualité d'apporteurs des fonds, parfois sous forme de contributions complémentaires ou

---

[1719] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.,* p. 362.

[1720] Voir Mahmoud EL GAMAL*, La finance islamique, aspects légaux économiques et pratiques, op. cit.,* p. 191.

[1721] Voir *supra*, pp. 150 et s.

d'une prime moins élevée pour l'année suivante. Toutefois, l'opérateur est tenu *« d'effectuer un prêt gratuit (ḳarḍ al-ḥassān) pour maintenir la gestion du projet »* [1722] et qui sera remboursé par les excdents futurs de la société de souscription. Le *takāfūl* général qui sert à se prémunir contre tous types de risques matériels (incendie, accidents de transport, etc.) repose sur cette technique.

Cependant, l'usage de la *mūḍaraba* comme socle du *takāfūl* connaît des critiques de la part des théologiens, car le type de contrat la *mūḍaraba « repose sur le partage du profit entre les deux parties, le profit étant défini en Islam comme la différence entre la somme dégagée en fin d'exercice et la somme investie au départ. Or, les souscripteurs doivent payer les uns pour les autres en puisant dans leurs primes et dans leur profit si nécessaire en cas de sinistre. Il s'agit en fin de compte d'un partage du surplus et non du profit »* [1723]. De ce fait le modèle *mūḍaraba* est peu utilisé.

- Le *wakalā « est le modèle par défaut dans le domaine de l'assurance takāfūl »* [1724] notamment le *takāfūl* familial (assurance-vie) [1725]. Il peut être comparé au contrat de mandat.

Fondé sur la cotisation, l'assurance *takāfūl-wakalā* implique que l'adhérent verse par tranches une somme d'argent entre sa vingtième et sa soixantième année [1726]. Le partage des profits doit être spécifié dans le contrat de *takāfūl*.

Il est à préciser qu'au cas l'adhérant décide de mettre fin à son contrat, toutes ses cotisations lui seraient restituées avec, en plus, la part de profit dégagé par les investissements, alors que dans une assurance classique, celui qui veut résilier son contrat perd tous ses gains [1727].

[1722] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 192 ; Marie Hélène DOUCERET, *Le Takāfūl en France demain : fiction ou réalité op. cit.*, p. 26.

[1723] Malika AMRI, *Les contrats de financement dans la banque islamique, op. cit.,* p. 28.

[1724] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 54.

[1725] Georges AFFAKI, « L'accueil de la finance islamique en droit français. Essai sur un transfert sur le transfert d'un système normatif », in *La finance islamique à la française, op. cit*. p. 163.

[1726] Vicham ELHABBOULI, *Le contrat d'assurance vie en droit comparé franco-marocain, op. cit.,* p. 308.

[1727] Malika AMRI, *Les contrats de financement dans la banque islamique, op. cit.,* 28.

Dans le modèle de *takāfūl-wakalā*, le souscripteur peut mandater l'opérateur pour qu'il consacre une partie de sa prime à un fonds spécial qui servira, en cas de décès d'un participant avant l'échéance prévue par sa police, à rémunérer ses héritiers [1728].

Notons que la somme des contributions des assurés doit être investie dans des produits conformes à la *sharī'a*. Et c'est à l'opérateur de gérer l'activité au nom des assurés. En contrepartie, il perçoit une rémunération convenue à l'avance, soit sous forme de pourcentage des primes recueillies par le fonds de garantie mutuelle (entre 15% et 20%), soit sous forme d'une somme fixe prélevée sur les contributions versées par les participants [1729], alors que dans le modèle *mūḍaraba*, il partage les excédents des fonds investis. Ce qui fait dire à François Guéranger que *« le contrat de mūḍaraba est plus intéressant que le contrat de wakalā pour le gestionnaire de takāfūl car il comporte un espoir de rémunération plus élevé alors que le second n'incite pas, en soi, le gestionnaire à gérer au mieux des intérêts des assurés »* [1730]. Cependant, l'auteur ajoute que le contrat *wakalā* présente quelques vertus, dans la mesure où il *« permet aux assurés d'avoir une meilleure transparence sur la rémunération de l'agent (wakil) que sur celui du mūḍarib, en évitant également diverses controverses juridiques sur le mode de rémunération »* [1731].

Le contrat *wakalā* permet à l'opérateur de représenter juridiquement l'assuré et d'agir en tant que simple mandataire (*wakil*) des fonds du *takāfūl*. *« Son principal défaut réside dans le fait qu'il peut être dénoncé à tout moment et ad nutum par une des parties »* [1732].

[1728] Hicham ELHABBOULI, *Le contrat d'assurance-vie en droit comparé franco-marocain, op. cit.,* p. 308.

[1729] Marie Hélène DOUCERET, *Le Takāfūl en France demain : fiction ou réalité op. cit.,* p. 25 ; Craig R. NETHERCOTT, David M. EISENBERG, *Islamic Finance : Law and Practice*, Oxford, OUP, 2012, p. 285.

[1730] François GUÉRANGER, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique, op. cit.,* p. 193.

[1731] *Idem*.

[1732] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.,* p. 363.

Selon certains auteurs, le *takāfūl-wakalā* comme la *takāfūl-mūḍaraba* constituent des subterfuges (*ḥyal*) pour légitimer des contrats innommés, et ce au dépend des interdits (*gharār, maīsir*) posées par la loi islamique [1733].

Cette critique mise à part, il faut signaler que le travail des juristes musulmans ne s'arrête pas à ces modèles de contrat *takāfūl*, un autre dispositif juridique, dit hybride a été conçu, combinant deux contrats, la *mūḍaraba* et le *wakalā*. Dans ce modèle, l'opérateur signe deux contrats avec les participants. Le premier lui confie, en tant que mandataire (*wakil*), la gestion techninque des fonds, en échange d'une rémunération fixée à l'avance à partir des contributions versées par les assurés. Le second contrat accorde à l'opérateur, agissant en tant tant qu'entrepreneur (*mūḍarib*), d'investir les contributions des participants moyennant une part du surplus généré par les activités de placement [1734]. L'AAOIFI recommande ce modèle, car il permet de garder les points forts des deux modèles, en particulier pour la rémunération de l'opérateur. C'est d'ailleurs la pratique la plus courante au Moyen-Orient [1735].

On considère cependant que d'autres mécanismes plus conformes à la *sharī'a* sont connus dans le système financier pour répondre à l'idée de solidarité, notamment le *waqf* (œuvre sociale). Il s'agit donc d'un modèle alternatif aux précédents utilisés généralement dans certains pays comme le Pakistan.

Dans la tradition musulmane, le *waḳf* est une donation à perpétuité, permettant à une personne pieuse *« de transmettre, dans un but charitable, la propriété d'un de ses biens à une personne ou à un groupe, afin de les faire bénéficier de l'usufruit »* [1736]. Le bien donné en *waḳf* devient inaliénable.

[1733] Ainsi, d'après Edward BUDD, *« Les Hiyals ont été utilisés en assurance par les fūḳahā's pour contourner les prescriptions rigoureuses de l'islam existant en assurance conventionnelle et ainsi créer l'assurance Takāfūl »*, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 19.

[1734] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* p. 55 ; Aline NEHMÉ, *L'assurance entre loi islamique et droit positif : l'exemple des droits français et libanais*, IRJS Éditions, 2015, p. 190 ; Hicham ELHABBOULI, *Le contrat d'assurance vie en droit comparé franco-marocain, op. cit.,* p. 309.

[1735] Marie Hélène DOUCERET : *Le Takāfūl en France demain : fiction ou réalité ? op. cit.,* p. 26.

[1736] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.,* p. 363.

Transposé dans le cadre de l'assurance islamique, le modèle prévoit la création par l'opérateur d'un fonds *waḳf* au sein du fonds *takāfūl* dont il sera le gérant, c'est-à-dire qu'il renonce à ses droits de propriété. Ensuite, les assurés y versent des contributions supplémentaires en tant que donation (*tabarrū*') *« se rapprochant ainsi des principes d'entraide et de charité du droit musulman »* [1737]. Le fonds *waḳf*, ainsi constitué, à deux objectifs : le premier est de fournir une assistance financière à ses membres en cas de sinistre et le deuxième de faire éventuellement un don à des organismes de charité.

Considéré comme le substitut d'un contrat d'assurance de personnes, le *waḳf* permet à chaque membre d'un groupe de bénéficier des qualités d'assureur et d'assurés, ce qui exclut l'idée d'une rémunération de l'opérateur, ce dernier se limitant à percevoir une commission de souscription fixe [1738]. Quant aux assurés, ils reçoivent les bénéfices éventuels lorsque tous les sinistres ont été réglés [1739].

De ce qui précède, on peut conclure que le système de *takāfūl* repose sur des mécanismes différents de ceux rencontrés dans les assurances conventionnelles : en général, les parties contractantes partagent les pertes ou les profits des opérations engagées ; renoncent à toute activité spéculative ; les fonds sont investis dans des produis *ḥalal*, l'organisme d'assurance créé a une forme mutualiste ou coopérative où les assurés sont en même temps des assureurs.

Reste à souligner, encore une fois, que sur le plan pratique, le contrat *takāfūl*, transgresse respectivement le *maīsir* et le *gharār* soit au nom de la nécessité (*ḍarūra*) ou de l'intérêt général (*maṣlaḥa*). Ces dérogations ont été même entérinées par un accord du 1er mars 2010 signé conjointement par l'IIFM (*International Islamic Financial Market*) et l'ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*) [1740].

[1737] Edward BUDD, *Les particularités du Takāfūl, op. cit.,* pp. 55-56.

[1738] Jacques CHARBONNIER, « L'assurance islamique », *op. cit.,* p. 363.

[1739] Marie Hélène DOUCERET : *Le Takāfūl en France demain : fiction ou réalité ? op. cit.,* p. 26.

[1740] Anouar HASSOUNE, Mardig HALADIJAN, « Dérivés et finance islamique : État des lieux de l'innovation dans le secteur », *Revue du financier*, n° 182-183, mars-juin 2010 ; voir aussi Geneviève CAUSSE-BROQUET et Nasser ABDELHAFID, « Produits dérivés islamiques de l'utilisation implicite à la standardisation », *op. cit.*, p. 52.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Dans le cadre de cette partie, consacrée à la spécificité de la finance islamique, justifiant par là même l'idée d'un modèle alternatif au système financier classique, nous avons, dans un premier temps, examiné les droits et les obligations des banques islamiques, et à cet égard, l'étude a montré que malgré quelques ressemblances avec des principes communs, reconnus en la matière (obligation de confidentialité, secret professionnel, droit à des sûretés…), il existe des points qui fondent la particularité des banques islamiques, en particulier leur capacité de s'immiscer dans les affaires du client, souvent sous forme de participation à un projet d'investissement (*mūḍaraba*,), ou de contrôle (*ijarā*). De même, s'agissant de l'obligation de restitution des fonds, celle-ci n'est pas appliquée, du fait de l'existence du principe de partage des pertes et des profits.

Au passage, nous avons constaté que le droit islamique retient deux types de contrats : des contrats nommés, dont le contrat de vente en constitue le type par excellence ; et des contrats innommés, à l'exemple du *ṣūkūk*, de *salām* ou encore du contrat *d'istisnā'*. Mais quel que soit le type de convention, celui-ci obéit aux règles qui régissent le contrat en général (consentement, bonne foi, licéité de l'objet du contrat, l'équilibre contractuel, etc.). Cependant, au cours de l'analyse, nous avons remarqué que la formation et la validité du contrat sont gouvernées par des normes à caractère religieux, tels l'observation des interdits (*ribā, gharār, maīsir*, etc.), sous peine de nullité du contrat, ou, positivement, le respect du principe du partage des risques et l'adossement de la transaction à un actif tangible. Nous avons pu constatr que la présence de ces éléments forme l'originalité du contrat en droit islamique, dont l'objectif majeur est de garantir une parfaite égalité entre les contractants, de sorte qu'aucune des parties ne soit lésée dans ses droits. C'est d'ailleurs dans cette perspective que la liberté contractuelle tient un rôle secondaire par rapport à l'autorité de la loi islamique, préconisant plutôt l'intention réelle des contractants. À cela s'ajoute les règles de l'équivalence et de la simultanéité des prestations, le juste profit, le *ḥalal* (licite) et le *ḥaram* (illicite), recommandés par la *ṣḥarī'a*.

Cet ensemble de normes d'essence religieuse risque toutefois de donner lieu à des problèmes sérieux en cas de litige, impliquant l'arbitrage international. La question qui se pose à ce niveau est celle de la loi applicable et ce n'est certainement pas la *sharī'a* qui peut prétendre tenir ce rôle, étant convenu qu'elle n'est pas considérée comme un droit positif.

L'analyse a également permis de remarquer que, contrairement aux banques conventionnelles, la responsabilité des banques islamiques peut être engagée en dehors de tout lien contractuel, c'est-à-dire sans qu'il y ait violation d'une clause du contrat. Nous avons vu que cette spécificité résulte de l'existence de certaines règles religieuses qu'il faut honorer, notamment celles relatives à la mise en place par la banque d'un service consacré à la *zakāt* (aumône) ou encore l'institution d'un comité de la *sharī'a* chargé de contrôler la conformité des produits à la loi islamique.

Plus important, ce travail nous a aidé à dégager un élément essentiel définissant l'originalité des banques islamiques, à savoir leur responsabilité sociale ; celle-ci se manifeste tout d'abord à travers la distribution de la *zakāt* : sur ce plan, nous avons signalé que cette fonction de redistribution des richesses permet à la fois d'épurer les revenus bancaires entachés d'intérêt (*ribā*) et de diminuer par la même occasion la différence qui existe parmi la population musulmane, notamment entre les riches et les pauvres. De ce point de vue, on peut dire que les banques islamiques ont intégré dans leurs activités le principe d'une finance solidaire, préfigurant ainsi l'établissement d'un nouveau modèle financier, reposant sur des valeurs éthiques et morales.

La responsabilité sociale de la banque a été aussi constatée dans l'interdiction d'imposer à un débiteur en difficulté des pénalités de retard de remboursement de sa dette. Cette caractéristique donne à la banque islamique des traits spécifiques que l'on ne trouve pas dans les institutions bancaires classiques. Nous avons souligné par ailleurs que cette interdiction était naturelle du point de vue de la *sharī'a*, dans la mesure où l'application des pénalités de retard fait intervenir l'écoulement de temps, ce qui relève du *gharār* ; et elle permet à l'argent de gagner de l'argent, ce qui constitue un enrichissement sans cause relevant du *ribā*. Au demeurant, la finance islamique ne reconnaît aucune valeur à l'argent sauf s'il est associé au travail.

D'autres critères permettant de soutenir la singularité des banques islamiques concernent à la fois l'octroi de crédits gratuits (*ḳarḍ al-ḥassān*) et la mise en œuvre d'une assurance islamique appelée *takāfūl,* opérant comme une alternative à l'assurance conventionnelle.

Nous avons noté que dans l'assurance *takāfūl*, les assurés sont en même temps des assureurs, et les pertes et les profits sont partagés entre l'ensemble des souscripteurs. Ce qui dénote une parfaite illustration de solidarité.

Reste à dire que, sur le plan pratique, tous les principes que nous venons de citer et qui paraissent *a priori* définir la spécificité de la finance islamique, sont souvent transgressés par les banques au nom de la nécessité (*ḍarūra*) et de l'intérêt général (*maṣlaḥa*). Ce qui montre tout le paradoxe d'une finance qui ne cesse d'enfreindre les valeurs dont elle se réclame [1741].

[1741] Husam TAMMAM, Patrick HAENNI, « Le management, nouvelle utopie islamique : une lecture managériale des textes », *Revue française de gestion*, n° 71, 2007, p. 179.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Cette thèse a pour objet l'analyse d'un nouvel acteur de l'espace financier international, en l'occurrence la finance islamique. D'après certains auteurs, ce nouveau paradigme est venu *« défier l'ordre institutionnel établi avec des notions de développement solidaire (…), des formes d'organisation atypiques, des structures, des opérations de financement tout à fait nouvelles »* [1742].

Au terme de notre étude, il nous a été possible de parvenir à un constat comme préalable : la finance islamique est un phénomène récent, mais son insertion dans la finance mondiale est un fait avéré. Cependant, malgré son expansion rapide dans plusieurs régions du monde, son impact reste relativement faible par rapport à la finance traditionnelle.

Mais, en s'emparant de ce sujet, il était question de vérifier la prétention consistant à soutenir que la finance islamique peut être une alternative au modèle financier international [1743], notamment à la suite de la dernière crise financière de 2008 [1744]. Pour ce faire, nous avons étudié les fondements religieux de cette finance, les principes éthiques qui sont censés gouverner son fonctionnement ainsi que les différentes modalités visant à les contourner.

Aussi, la question demeure posée : simple fiction juridique ou modèle alternatif ? Il ne fait pas de doute que la finance islamique suscite l'intérêt de maints auteurs et se trouve au cœur de nombreuses polémiques. Les unes s'appuient sur la constatation des techniques des subterfuges utilisés par la finance islamique pour éviter les

---

[1742] Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique, op. cit*., p. 192.

[1743] Voir notamment Abderrazzak ELME IANE, « La finance islamique, une finance alternative », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 143-153.

[1744] Au plus fort de la crise des *surpbrimes*, des voix se sont faites entendre pour dénoncer la finance conventionnelle et vanter, par la même occasion, les mérites de la finance islamique. Même le Vatican aurait pris part à cette dynamique de vulgarisation en disant : *« Nous pensons que le monde financier islamique peut contribuer à établir des règles pour un nouveau fondement de la finance occidentale, car nous devons surmonter une crise, qui, après la résolution des premiers problèmes de liquidité, est devenue principalement une crise de confiance envers le système. Le système bancaire international a besoin d'instruments qui placent l'éthique au centre des affaires, et qui permettent de récolter des liquidités et de participer à la reconstruction de la réputation d'un modèle capitaliste qui a échoué »*, Observatore Romano, 3 juin 2009. Cité par Patrick ALLARD et Djilali BENCHABANE, « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche ? », *op. cit.,* 31.

interdits de la *sharī'a,* et ce afin de pouvoir concurrencer la finance classique [1745]. Les autres reposent sur l'idée selon laquelle la finance islamique aurait mieux résisté face à la dernière crise financière qui a touché le système bancaire occidental, et, que de ce fait, elle paraîtrait comme un substitut possible à la finance classique.

En effet, la crise financière de 2008 a entraîné une réflexion sur la nécessité d'un comportement plus respectueux de l'éthique et sur l'urgence d'introduire des valeurs morales dans la *« froide rationalité du marché »* [1746]. Dans ce sens, François Guéranger écrit : *« On observe, en effet, aujourd'hui, une démarche mondiale, que l'on appelle finance éthique, pour qui les facteurs de production doivent découler de valeurs supérieures, humanistes et sociales. Il s'agit là d'une démarche que le Moyen-Âge européen avait déjà valorisée »* [1747].

Il est vrai que les principes de la finance islamique rejettent l'une des causes de la crise financière, à savoir l'endettement excessif, tout comme la vente de biens futurs ou la spéculation. L'exigence que la propriété du bien soit effective dans le cas du contrat de vente interdit, en théorie, la création de produits financiers dérivés. Doit-on en déduire que la finance islamique peut constituer un recours possible à un système financier mondial déstabilisé par la succession des crises ?

En réponse à cette interrogation, l'analyse de la finance islamique et la compréhension de son fonctionnement nous a permis de noter que, contrairement à la finance classique, qui vise le rendement et l'efficacité comptable sans se soucier vraiment de l'aspect moral de ses activités, la finance islamique repose sur cinq piliers essentiels, gouvernés par des objectifs éthiques et religieux et représentés sur le plan pratique par des structures contractuelles de financement conformes, à première vue, aux préceptes coraniques.

[1745] Voir Dina ABDEL MONEIM, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, op. cit.,* p. 381.

[1746] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit*., p. 346 ; voir dans le même sens, Ahmed TAQI, « Crise financière mondiale : quelles solutions peut apporter la finance islamique ? », *Dossiers de Recherche en Économie et Gestion*, juin 2013, p. 128.

[1747] François GUÉRANGER, *Finance éthique, op. cit*., p. 250.

Ainsi, au niveau des concepts, l'interdiction absolue de verser ou de demander un quelconque taux de rendement déterminé à l'avance, tels que les intérêts [1748], semble constituer le premier socle de la finance islamique, ce qui va à l'encontre de la fonction première d'une banque d'effectuer des opérations financières onéreuses.

Le rejet de l'intérêt est conforté par l'interdiction de l'incertitude (*gharār*) et de la spéculation (*maīsir*) en matière de transaction financière.

L'exigence de la licéité (*ḥalal*) de l'investissement, le partage des profits et des pertes entre les contractants ainsi que l'adossement de l'opération du financement à un actif réel (acheté ou fabriqué) contribuent, positivement, à l'éthique préconisée par la *sharī'a*.

Nous avons eu l'occasion de constater que le principe du partage des profits et des pertes représente le « noyau dur » de la finance islamique, dans la mesure où il permet d'impliquer les parties contractantes dans un schéma de répartition équitable des risques et de partenariat. Nous avons relevé dans ce sens que le partage du risque proposé par la finance islamique est présumé contribuer à la stabilité financière, qui est elle-même une condition nécessaire de la stabilité du système économique.

D'emblée, il se dégage de ces principes un corpus doctrinal offrant des outils juridiques permettant, selon certaines analyses, *« de développer des institutions financières se réclamant de l'héritage islamique classique »* [1749].

Au passage, nous avons observé que la finance islamique, ayant un fondement, non seulement religieux, mais également juridique, connu sous le nom de *mū'amālat* (transactions), partage les mêmes objectifs avec les autres religions monothéistes, le judaïsme et le christianisme, en termes de justice sociale, de solidarité et d'équité [1750], mais qui ne subsistent plus de nos jours dans la finance moderne, sinon sous forme de

---

[1748] Elmehdi MAJIDI, *La finance islamique et la croissance économique…, op. cit*., p. 61.

[1749] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit*., p. 46.

[1750] Depuis que Max Weber a posé l'hypothèse de la corrélation entre l'éthique calviniste et un certain type de capitalisme (*L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 2008), les analyses attestent du rôle joué par la morale protestante dans l'essor du capitalisme moderne. Voir Patrick BLIN, « Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière », *op. cit*., pp. 36-37.

quelques pratiques subsidiaires tel que le procédé mutualiste, pour les assurances, ou des possibilités de crédits solidaires (microfinance), dispensés par des associations, et permettant un développement à la fois économique et social [1751]. Sur ce plan, nous avons énuméré, à titre indicatif, l'association FINANSOL et l'Association pour le droit à l'initiative économique (ADIE), dont la mission et d'apporter un soutien financier aux micro-entrepreneurs, qui ne sont pas aptes à accéder au crédit bancaire. On peut ajouter, dans la même veine, l'Association pour la Nouvelle Économie Fraternelle (Nef). *« Établissement atypique dans le paysage bancaire français »*, la Nef, fondée en 1978 par une poignée de personnes, est une *« coopérative de finance solidaire »* ayant une *« finalité sociale, culturelle et écologique* » [1752].

Le principe de solidarité peut aussi être décelé à l'échelle des entreprises épousant la thèse de développement durable, qui se décline sous la forme de responsabilité sociale - ou sociétale - (RSE) [1753]. Il s'agit, selon la définition donnée par l'Union européenne dans son Livre vert, publié en 2001, de *« l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes »* [1754]. Elle signifie essentiellement que les entreprises, de leur propre initiative, contribuent à améliorer la vie en société et à protéger l'environnement [1755], et même d'aller au-delà, en investissant *« davantage dans le capital humain »*.

[1751] En France, la loi autorise les associations à effectuer des opérations de crédits sans avoir la qualité de banque. C'est ce qui ressort de l'article L511-6 § 5 du Code monétaire et financier, reconnaissant cette possibilité aux *« associations sans but lucratif et aux fondations reconnues d'utilité publique accordant sur ressources propres et sur ressources empruntées des prêts pour la création, le développement et la reprise d'entreprises dont l'effectif salarié ne dépasse pas un seuil fixé par décret ou pour la réalisation de projets d'insertion par des personnes physiques »*.

[1752] Malik NEKAA, « Pour une finance islamique solidaire », *op. cit.,* p. 90.

[1753] Pour désigner la RSE, étymologiquement, c'est le mot « social » qui semble convenir. Cependant, de plus en plus d'experts et d'institutions emploient le terme « sociétal », considérant que le mot « social » ne permet pas de couvrir toutes les dimensions de la définition de la RSE (économique ou environnementale par exemple).

[1754] Livre Vert de la Commission européenne, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, 2001.

[1755] Voir Fleur LARON E, « La norme Iso 26000, source d'une responsabilité métamorphosée ? » in Kathia MARTIN-CHENUT René De QUENAUDON (dir.) *Développement durable : métamorphoses ou mutations de la responsabilité ?* Paris, Pedone, 2016.

En fait, la RSE est présente dans tous les domaines, social, économique, culturel, et humanitaire. Dans cette limite, l'entreprise s'engage dans la voie du « socialement responsable », et cette responsabilité agit en tant que catalyseur de financement, comme en témoigne le succès de l'investissement socialement responsable [1756].

Reste à ajouter que cet engagement est guidé par le souci de *« s'assurer une forme de légitimité »* et de *« satisfaire les intérêts et les demandes d'un groupe hétéroclite de parties prenantes »* [1757]. Il s'agit donc d'une responsabilité plus matérielle, centrée sur les effets pratiques d'une posture socialement responsable que sur ses fondements éthiques. À l'opposé, la notion de responsabilité sociale dans l'islam revêt un sens plus large en englobant la piété (*taḳwa*).

En effet, du point de vue islamique, l'observation des principes moraux et éthiques, issus du Coran et de la *Sūnnā*, constituent le meilleur moyen de prospérer tout en se montrant socialement responsable. Autrement dit, être responsable socialement est une initiative religieuse, fondée sur la croyance selon laquelle une société doit bien se comporter vis-à-vis de son environnement, sans se préoccuper des conséquences financières, positives ou négatives, d'une telle attitude.

Concernant notre propos, la soumission à la *sharī'a* implique donc que la banque islamique n'est plus uniquement guidée par la réalisation des profits, mais aussi, et surtout, par la poursuite du bonheur suprême, dans cette vie et au-delà. Cette recherche du bonheur conduit naturellement la banque à reconnaître sa responsabilité sociale et morale vis-à-vis de ses clients, de ses employés, et de ses actionnaires [1758].

[1756] Sur ce point, voir Samer HOBEIKA, « Stratégies ISR et construction d'un fonds ISR », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 1, 2009, pp. 5-10.

[1757] Elizabeth FORGET, « Le développement durable dans la finance éthique et la finance islamique », *op. cit*., p. 2.

[1758] Asylar Wajdi DUSUKI, « What Does Islam Say about Corporate Social Responsability ? », *Review of Islamic Economics*, Vol. 12, no 1, 2008, p. 20.

Toutes ces notions, fondées sur l'éthique et la morale, sont apparmment intégrés par la finance islamique, ce qui autorise d'affirmer que celle-ci dépasse le strict cadre religieux (*'ibadat*) pour englober des normes juridiques et sociales relatives aux *mū'amālat* [1759].

Il ressort de notre analyse que la spécificité religieuse de la finance islamique s'illustre, essentiellement, à travers les principes éthiques émanant de la *sharī'a*, qui se répercutent, logiquement, sur les produits qu'elle entend commercialiser. À cet égard, nous avons observé qu'il existe une variété de produits rendus incontournables et nécessaires à la variabilité du système financier islamique dans son intégralité. Les plus importants sont les produits bancaires qui tendent vers un partenariat avec les cocontractants. En effet, l'islam *« privilégie le financement en capital où la banque islamique est partie prenante dans les résultats des projets de l'entreprise »* [1760]. On trouve ce mécanisme, surtout, dans les contrats *mūḍaraba* et *mūsharaka*. Ils sont cependant moins fréquents par rapport aux contrats financiers se basant sur le financement par la dette comme le *Salām*, l'*Ijarā* ou encore l'*Istisnā'*. Il reste néanmoins vrai que chaque opération financière doit être, dans tous les cas de figure, fondée sur le transfert d'un actif sous-jacent.

L'étude a permis de constater qu'avec l'essor de la finance islamique et la complexité de ses instruments de financement, des comités de la *sharī'a* ont été mis en place, composés de conseillers religieux, juristes, économistes, comptables et financiers, pour s'assurer de la conformité des montages de financement aux lois islamiques et dont *« l'autorité morale et technique est indiscutable »* [1761]. Adoptant souvent une attitude « libérale », ces comités religieux ont contribué progressivement à des solutions financières audacieuses, compatibles avec la finance moderne, et supposées s'inscrire dans la droite ligne du droit musulman.

[1759] Georges AFFAKI, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », *op. cit.*, p. 147.

[1760] François GUÉRANGER, *Finance éthique, op. cit.*, p. 139.

[1761] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement de d'investissement dans le droit musulman, op. cit.*, p. 110.

Toutes ces règles permettent de se prononcer en faveur de la finance islamique et justifient son essor. Comme nous l'avons vu, dans les pays musulmans, la finance islamique se rencontre aussi bien dans des banques conventionnelles qui comptent le plus souvent un département spécialisé dans ce domaine, que dans des banques exclusivement islamiques (Iran, Malaisie...), mais aussi dans les pays occidentaux avec la création de guichets islamiques.

Il faut dire que depuis quelques années, la finance islamique connaît un succès rapide, son extension, notamment, aux pays européens l'atteste.

Pourtant, de manière générale, son expansion hors pays musulmans se heurte à de grandes réticences. Elle fait l'objet, d'abord, de contestations que l'on peut qualifier d'émotionnelles en raison de l'épithète « islamique » accolé à cette finance. Cela a donné lieu à des réactions, plutôt marginales, suggérant le rejet de cette finance considérée, du point de vue des opposants, comme un moyen de financement du terrorisme et du blanchiment d'argent [1762]. Cette critique nous a semblé infondée et inappropriée, notamment vis-à-vis des valeurs éthiques véhiculées par cette finance. Par ailleurs, comme pour la finance classique, nous avons remarqué que la finance islamique est soumise au contrôle des autorités financières [1763], qui s'insère dans une globalisation des normes comptables et financières en cours. Il serait opportun dans ces conditions de distinguer entre finance islamique et « Islamisme ».

Plus importante à nos yeux est la question de compatibilité de l'esprit du droit laïque en Occident avec les principes religieux. En effet, nous avons signalé que tout le débat sur la finance islamique se retrouve associé à la question de la laïcité et à la menace que constituerait cette finance pour ce principe, ce qui ne favorise pas une réception paisible de la finance islamique par certains pays, en particulier la France. Nous savons que la notion de la laïcité consiste à exclure du pouvoir temporel toute considération religieuse, la religion étant renvoyée au domaine de la sphère privée. Or,

---

[1762] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *op. cit.,* p. 5.

[1763] Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *op. cit.*, p. 3. Voir également Umer CHAPRA et Tariqullah KHAN , « Réglementation et contrôle des banques islamiques », *op. cit.,* pp. 32 et s.

justement, la finance islamique vise des transactions entre parties privées et, de ce fait, renvoie au domaine privé. *« Il n'y a donc là rien qui puisse contredire le principe de laïcité »* [1764]. En tout cas, elle ne nécessite aucune modification substantielle de la législation nationale. Aussi, d'aucuns supposent qu'en dépit des différences de sources et de nature entre la finance islamique et la finance conventionnelle, les transactions contractuelles ne peuvent se soustraire ni affecter le droit positif en vigueur dans les pays d'accueil [1765]. D'ailleurs, l'analyse a permis de constater que c'est l'inverse qui se produit. En effet, afin de s'acclimater au contexte mondial, la finance islamique adopte des structures contractuelles nouvelles qui se rapprochent de celles de financement conventionnel, c'est le cas, par exemple, des *ṣūkūks*, des *futures*, de l'*istisnā'*, du *salām*... Ces produits financiers sont utilisés pour s'adapter à un environnement différent, quitte à déroger aux principes mêmes qui gouvernent la finance islamique, telles que la spéculation et l'incertitude, interdites par le Coran et la *Sūnnā*.

C'est dire que les interdits sont relativisés pour permettre à la finance islamique de s'insérer dans le contexte financier international. Ce constat caractérise le paradoxe de cette finance en réorientant la motivation de l'implantation des banques islamiques qui ne se fonde plus sur l'argument religieux, mais sur l'idée de concurrencer le système classique.

Appelée à s'adapter en permanence, la finance islamique est en effet contrainte de se comporter de la même manière que les institutions financières conventionnelles pour survivre dans un marché marqué par la compétition [1766]. Cette posture peut créditer la thèse selon laquelle la banque islamique n'est qu'un outil de marketing [1767], ou tout au plus une adaptation d'une banque classique à une société musulmane.

Des arguments peuvent en effet être apportés à l'appui de cette thèse :

[1764] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement de d'investissement dans le droit musulman, op. cit.*, p. 136.

[1765] Jean-Marc MOULIN, « La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? », *op. cit.,* p. 503.

[1766] André MARTENS, *La finance islamique : fondements, théorie et réalité*, Université de Montréal, Centre de recherche et développement en économique, 2001, p. 100.

[1767] Cedomir NESTOROVIC, *Marketing en environnement islamique*, Paris, Dunod, 2009.

Ainsi, afin contourner l'interdiction du *ribā*, l'étude montre que la finance islamique parle de surplus ou de profit légitimant le caractère onéreux d'une opération de crédit au sens traditionnel [1768]. *« Ce constat sur l'onérosité du crédit islamique est surprenant et rend paradoxale cette finance, car la banque islamique est considérée comme une institution qui fonctionne sans intérêt : une banque gratuite »* [1769]. Il convient cependant d'ajouter que selon la doctrine financière islamique, la recherche du profit est un moyen et non une fin. Cette vision résulte de la notion de richesse envisagée comme un don de Dieu à sa créature : *« La richesse essentielle de l'homme, selon cette conception, réside dans sa participation au plan fixé par Dieu. Partant, le respect des prohibitions imposées n'est pas vécu comme une perte de chance mais comme un gain, supérieur au profit sonnant et trébuchant que d'autres doctrines permettent d'assurer avec une plus grande efficacité »* [1770]. Dès lors, tout enrichissement sans cause est prohibé.

Dans le même sens, le principe de partage des pertes et profits qui a retenu notre attention et qui nous a permis de souligner la spécificité de la finance islamique, ne représente qu'une proportion infime des activités des banques ; il ne peut pas être appliqué dans toutes les transactions financières, notamment dans les produits non participatifs, tels que l'*ijira* et la *mūḍaraba*. Dans ces contrats, la marge bénéficiaire du banquier n'a aucun fondement religieux.

Cette thèse avait pour objectif d'examiner la finance islamique, considérée comme susceptible de présenter une alternative intéressante au mode de financement conventionnel. Dans cette perspective, nos recherches bibliographiques menées durant nos années de thèse furent un soutien inestimable. Par leur biais, nous avons pris conscience de la nature du droit musulman dans le domaine des affaires. Par ailleurs, chaque fois que cela s'est avéré nécessaire, nous avons fait référence aux règles de droit français pour apprécier cette forme de finance.

[1768] Voir Sami ALDEEB, « Les intérêts chez les Juifs, Chrétiens et Musulmans », Conférence à la faculté de droit de Luxembourg, le 10 mars 2010, p. 4.

[1769] Mballo THIAM, *De la religion à la banque : contribution à l'étude du droit bancaire islamique en France*, *op. cit.,* p. 438.

[1770] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 346.

Il s'est révélé, au cours de nos développements, que la finance islamique n'est pas exempte de défauts et qu'elle n'est pas suffisamment solide, ni fortement élaborée pour être infaillible. Bien au contraire, cette finance *« se proposant de marier morale, droit et économie »* [1771], rencontre d'énormes difficultés. Ainsi, nous avons remarqué qu'elle souffre de certaines faiblesses qui résultent de son caractère hétérogène, tant dans ses origines que dans ses règles. Sur ce point, l'analyse a permis de noter les incertitudes liées à la multiplication et à la diversification des *fatwas* qui peuvent être contradictoires, et aux interprétations des grandes écoles religieuses, qui, souvent, revêtent un aspect subjectif.

Nous avons toutefois rappelé que la *fatwa* n'est qu'un avis juridique n'ayant force obligatoire que lorsqu'elle est consentie par le législateur, ou si elle est adoptée par les banques concernées [1772]. Il reste néanmoins essentiel qu'une codification des normes financières de la *sharī'a* soit réalisée, afin que la multiplication et l'hétérogénéité des *fatwas* ne soient plus un obstacle. Sur ce plan, des efforts de standardisation bancaire et d'harmonisation juridique de ces normes financières ont été faits par certains organismes, dont le plus connu demeure l'*Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques* (l'AAOIFI).

L'étude montre également un autre point faible illustré par le manque de capital humain bien expérimenté et qualifié. Pour répondre à cette lacune des colloques et des séminaires sont organisés, des publications et des formations universitaires spécialisées en finance islamique se répandent de plus en plus, aussi bien dans les pays musulmans que dans les pays occidentaux. On attribue le manque de juristes qualifiés *« à un éventail de services actuellement trop étroit et mal connus »* [1773]. Sur ce plan, la promotion de la finance islamique reste à faire.

[1771] François GUÉRANGER, *Finance éthique, op. cit*., p. 217.

[1772] De nombreux *ḥadīth* du Prophète rappellent qu'une *fatwa*, répondant à des questions ambiguës ou controversées, qui ne relèvent ni du rituel ni des matières où le licite et l'illicite sont bien clairs, n'a pas en soi une valeur probante pour obliger autrui à la poursuivre.

[1773] Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement de d'investissement dans le droit musulman, op. cit*., p. 195.

Nous avons vu que la finance islamique implique surtout des risques additionnels par rapport à la finance conventionnelle, en raison de la particularité de ses montages de financement jugés par certains auteurs très coûteux, par rapport à la finance conventionnelle.

Parmi les lacunes de la finance islamique, on peut aussi citer la variété des modèles de banques islamiques qui est le corollaire d'un monde musulman protéiforme et peu centralisé. Cette situation est rendue plus complexe par le fait qu'au droit islamique se superposent des droits nationaux laïcs : d'inspiration souvent occidentale, en raison de la vague de codifications qui est apparue dès le XIX^{e} siècle, ces droits divergent entre eux pour des raisons historiques.

En examinant les modes de fonctionnement de cette finance, on s'est intéressé notamment aux obligations des banques, au régime des contrats et à la notion de responsabilité en droit musulman, en comparaison avec les banques classiques. Au cours de nos développements, nous avons pu relever un relatif rapprochement entre la finance islamique et la finance conventionnelle, en particulier lorsqu'il s'agit de la structure contractuelle, mais nous avons remarqué des grandes divergences, notamment sur le plan des conditions de formation et de validité du contrat. Ainsi, il est apparu, au fil de l'analyse, que la pensée islamique forme un tout et le droit y est intégré ne constituant pas un domaine autonome [1774]. Il en est ainsi des contrats qui se distinguent de la notion de contrat en général sur de nombreux points : il tire ses fondements de la *sharī'a* énumérant un certain nombre de contrats nommés, dont les règles sont fixées par la loi musulmane et non par les contractants. Cette spécificité déroge au principe de la liberté contractuelle qui constitue la loi des parties. Elle est envisagée comme un moyen de protection des contractants. En effet, nous avons vu que de telles protections sont assurées en droit musulman par des règles éthiques et religieuses : équivalence des produits échangés, simultanéité des prestations.

[1774] Ce n'est pas un droit totalement unitaire, dans la mesure où il existe plusieurs écoles de pensée juridique. Cependant, quelles que soient leurs divergences, ces écoles partagent le respect de quelques principes moraux très stricts.

Nous avons constaté à l'occasion que l'absence d'autonomie de la volonté n'exclut pas l'existence d'obligations en droit musulman, qui sont à la fois d'ordre divin, posées par la *sharī'a*, et d'ordre contractuel, consenties par les parties.

La spécificité de la finance islamique découle du fait que la religion musulmane recommande l'égalité entre les individus et prône une économie tournée vers le social. Dans la perspective islamique, l'institution bancaire doit avoir une conception globale visant l'émergence d'un nouvel ordre économique et social alternatif dont l'idée de l'association capital-travail et de l'investissement productifs étaient la clé de voûte. Cette tendance reposait sur le principe suivant lequel l'intérêt individuel doit être subordonné à celui de la communauté, de là l'idée d'une finance responsable socialement, dont le crédit à titre gratuit (*ḳarḍ al-ḥassān*) en est un exemple. Il en est de même de l'assurance islamique (*takāfūl*), acceptée par la *sharī'a* et fondé sur la règle de solidarité d'un groupe ou d'une communauté par l'intermédiaire d'un fonds permettant la mutualisation des risques.

Cependant, ce qui résume la pensée de ce travail, c'est qu'en voulant s'adapter au monde financier, la finance islamique est obligée de contourner les normes de la *sharī'a,* au nom de la nécessité (*ḍarūra)* ce qui fait dire à certains auteurs que l'éthique sur lequel repose la finance islamique *« est avant tout une éthique de compromis, une éthique utilitariste »* [1775].

Comment pourrait-il en être autrement en réalité ?

À plusieurs reprises, il a été démontré que, sous le couvert des principes religieux préconisés, les produits et les mécanismes de financement, effectivement appliqués par la finance islamique, rejoignent les objectifs visés par la finance conventionnelle, dont l'immoralité et les excès sont pourtant fortement dénoncés. Nous savons, par ailleurs, l'apport en termes de rendement et d'efficacité économique pouvant résulter de ce rapprochement.

[1775] Emmanuel PUTMAN, « L'éthique de la lex mercatoria », *Revue de la recherche juridique*, *Droit prospectif*, 2008, n° 4 pp. 1858-1860.

On en arrive à la conclusion que l'adaptation de la finance islamique consiste finalement en une *« réappropriation identitaire de doctrines économiques nourries par les influences occidentales mais ne se départissent pas de l'attachement aux valeurs originelles véhiculées par un Islam intériorisé dont l'étendard ne semble plus porter politiquement »* [1776].

Plus pragmatique, un auteur constate que *« la finance islamique souffre, à l'heure actuelle, dans son effort d'expansion, des mêmes maux qu'ont connus toutes les formes d'organisation économique qu'on a essayé de mettre en place, dans l'histoire, et qui étaient fondées sur des théories économiques, le plus souvent généreuses, mais dont les principes, essentiellement normatifs, faisaient peu de cas de la réalité de tous les jours (…) »* [1777].

En définitive, la finance islamique apparaît équitable et solidaire dans ses principes, participative dans ses mécanismes, éthique dans ses objectifs, en comparaison avec la finance conventionnelle où prime la loi du profit. Dans cette limite, cette finance témoigne d'une certaine originalité et peut apparaître comme un modèle correcteur des difficultés à l'origine des crises financières. Reste à dire qu'il s'agit d'un idéal de justice. De là à constituer une alternative à la finance conventionnelle, le doute est permis. À ce sujet, Lila Guermas-Sayegh rappelle que *« La taille, la sophistication et la profondeur des banques islamiques ne leur permettront vraisemblablement pas de gagner des parts de marché à même de déstabiliser en profondeur la place des banques conventionnelles déjà enracinées. La stratégie des IFI en dehors de leurs marchés de référence sera sans doute celle de banques de niche" »* [1778]. Dans le même ordre d'idées, on peut ajouter le cloisonnement des marchés nationaux, le volume réduit des actifs gérés par les banques islamiques, etc.

[1776] Les événements que l'on désigne déjà comme « le printemps des peuples arabes » viennent au soutien de cette analyse. La révolte arabe a donné lieu à des appels à la démocratie, au pluralisme et surtout à la juste redistribution des richesses. Voir Vincent GEISSER (dir.), *Printemps arabe : une "révolution" pour les sciences sociales ?* Paris, CNRS, 2012 ; Mathieu GUIDÈRE, *Le printemps islamiste, démocratie et sharī'a*, Paris, Ellipses, 2012.

[1777] André MARTENS, « La finance islamique : fondements théorie et réalité » *op. cit.,* p. 100.

[1778] Lila GUERMAS-SAYEGH, La religion dans les affaires, op. cit., p. 26.

Mais ce qui nous semble consituer l'obstace le plus important à l'essor de la finance islamique, c'est la crainte qu'elle continue de susciter dans le milieu financier, faisant écho, en quelque sorte, à l'idée du *choc de civilisation* de Huntington.

En outre, le système financier occidental vu comme un repoussoir ne suffit plus. D'autant plus que *La fin de l'histoire* telle que conceptualisé par Fukuyama [1779] semble refaire surface avec une gravité nouvelle : sur la scène politique et même financière, le modèle libéral est en passe de s'imposer au monde musulman.

Pour toutes ces raisons, des auteurs ont clairement soutenu que *« la concrétisation de certaines valeurs de l'éthique musulmane par les banques islamiques n'a pas abouti pour autant à l'émergence d'un système économique alternatif au système capitaliste »* [1780], d'autres sont allés plus encore loin en affirmant : *« Loin d'être un modèle alternatif à la banque et à la finance traditionnelle, la banque et la finance islamiques entretiennent avec les premières un rapport mimétique qui dément les prétentions éthiques dont la parent, surtout à l'intention des non-musulmans, ses partisans les plus zélés à défaut d'être les plus désintéressés »* [1781].

Pour notre part, gardons-nous d'être définitif dans la perception de la finance islamique. Comme le dit un auteur, *« la matière est complexe et les formules lapidaires y ont la vie courte »* [1782]. Le monde évolue, peut-être de façon chaotique, à la limite incertaine, et la finance islamique continuera de s'inscrire, tant bien que mal, dans ce processus, et il appartient aux chercheurs qui s'intéressent à ce domaine d'apporter davantage des réponses aux questions que nous nous sommes posées dans cette thèse.

[1779] Francis FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 2008.

[1780] Abdelilah HAJJY et Jérôme BALLET, « Les banques islamiques, un modèle éthique alternatif ? », op. cit., p. 8.

[1781] Patrick ALLARD et Djilali BENCHABANE, « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche ? », *op. cit.,* p. 36.

[1782] Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique, op. cit.*, p. 349.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ABDEL HAMID Mohsen, *Les sûretés personnelles et en nature*, Mansoura, éd. Bibliothèque al Jalaa Al jadida, 1998, 129 p.

AL- ARQA (Mustafa Ahmad, *Introduction général au fīḳh*, Dar Al Qalam, Beyrouth, 1998 (en arabe), 140 p.

ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes,* Presses universitaire de Bordeaux, 2008.

ANTONMATTEI Paul-Henry et RAYNARD Jacques, *Droit Civil : Contrat spéciaux*, LexisNexis, 7e éd. 2017, 537 p.

ATTARD Jérôme, *Le contrat de prêt d'argent : un contrat unilatéral ou un contrat synallagmatique ?* Presses Universitaires d'Aix en Provence, 1999, 267 p.

AUSSAVY Michel et BERTHELIER Philippe, *Manager ses clients avec l'affacturage*, éd. Le Foucher, 1993, 92 p.

AUSTRUY Jacques et al., *Le droit et le futur*, Paris, PUF 1985, 309 p.

AUSTRUY Jacques, *L'islam face au développement*, Paris, L'Harmattan, 2006, 132 p.

AYNÈS Laurent et MALAURIE Philippe, *Cours de droit civil*, t. VIII : *Les Contrats spéciaux, civils et commerciaux*, Cujas, 1997, 603 p.

BÉGUIN Jacques, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, 223 p.

BÉNABENT Alain, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 2017, 704 p.

BENASSY-QUERE Agnès, BOONE Laurence et COUDERT Virginie, *Les taux d'intérêt*, Paris, éd. La Découverte, 2003, 128 p.

BETTINGER Christian, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, Paris, Berger-Levrault, 1997, 285 p.

BLANC François-Paul, *Le Droit musulman*, Paris, Dalloz, 1995, 152 p.

BLEUCHOT Hervé, *Droit musulman,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 418 p.

BODIE vi et MERTON Robert, *Finance*, Paris, éd. Persson Education France, 2000, 560 p.

BONHOMME Régine, *Instruments de crédit et de paiement*, 11e éd., LGDJ, 2015, 496 p.

BONNEAU Thierry et DRUMMOND France, *Droit des marchés financiers*, Économica, 2010, 1216 p.

BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, éd. Montchrestien, 2011, 868 p.

BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruxelles, Bruylant 2012, 346 p.

BOUSQUET Georges-Henri, *Le droit musulman*, Armand Colin, 1963, 317 p.

BRUSORIO Majorie, *Droit des obligations*, Larcier, 2017, 372 p.

CARBONNIER Jean, *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, PUF, 22ème éd. 2000.

SCHACHT Joseph, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1992, 252 p.

COULSON Noël J., *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF, 1995, 240 p.

De LAUBADÈRE André, MODERNE Franck et DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs,* LGDJ, 1984 (t. 2).

DEBARD Thierry et GUINCHARD Serge, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018, 1214 p.

DECOCQ Georges et *al*., *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3e éd, 2012, 1684 p.

DEKEUWER-DÉFOSSE Françoise et MOREIL Sophie, *Droit bancaire*, Paris, LGDJ, 2016, 228 p.

FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 2014, 596 p.

GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, 1225 p.

GAVALDA Christian et STOUFFLET Jean, *Droit bancaire*, éd. LexisNexis, 2015, 772 p.

GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil – La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1993, 1048 p.

GOBERT Michelle, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957, 203 p.

GOLD IHER Ignaz, *Le dogme et la Loi dans l'Islam*, Paris, éd. L'Éclat et Geuthner, 2005, 136 p.

GRATALOUP Christian, *Géohistoire de la mondialisation*, Paris, éd. A. Colin, 2007.

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, *La médiation*, PUF, 2015, 128 p.

HANNEQUART Isabelle, *Science et conscience de la mondialisation*, Paris, L'Harmattan, 2006, 322 p.

HOEPFFNER Hélène, *Droit des contrats administratifs,* Dalloz, 2016, 614 p.

JAHEL Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2012, 366 p.

JARROSSON Charles, *La notion de l'arbitrage*, Paris, L.G.D.J, 1987, 408 p.

JOURDAIN Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 2014, 124 p.

KASSIS Antoine *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international,* Paris, LGDJ, 1987 (t. 1), 911 p.

KHALLAF Abdul-Wahab, *'Ilm usūl al fīḳh (Science des origines du droit islamique)*, Le Caire, éd. Dar Al Fikr Al `Arabi, 1999 (en arabe), 392 p.

KIRAT Thierry, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999, 123 p.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne et LEVENEUR et Laurent, *Droit des assurances*, Dalloz 14e éd. 2017, 974 p.

LAOUST Henri, *Le traité de droit public d'Ibn Taimiya*, Beyrouth, Imprimerie catholique, 1948, 322 p.

LARROUMET Christian et BROS Sarah, *Traité de droit civil*, t. 3 : *Les obligations. Le contrat*, Paris, Économica, 8e éd., 2016, 960 p.

LE CORRE Pierre-Michel, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz 2016, 3272 p.

Le TOURNEAU Philippe, *Responsabilité civile professionnelle*, 2e éd., Dalloz, 2005, 170 p.

LEGEAIS Dominique, *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, LGDJ, 2013, 166 p.

LUDOVIC François, CHAIGEAU Pascal et CHESNAY Marc, *Criminalité financière, comment le blanchiment de l'argent et le financement du terrorisme sont devenus une menace pour les entreprises et les marchés financiers*, Paris, éd. de l'Organisation, 2002, 302 p.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 2017, 760 p.

MARTY Frédéric, TROSA Sylvie et VOISIN Arnaud, *Les partenariats public-privé*, La Découverte, 2006, 128 p.

MICHALET Charles-Albert, *Mondialisation, la grande rupture*, Paris, La Découverte, 2007, 166 p.

MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2e éd. 2001, 661 p.

NAMMOUR Fadi, *Droit bancaire*, Beyrouth, 2° éd. 2012, 1216 p.

OPPETIT Bruno, *Droit et modernité*, P.U.F., 1998, 480 p.

PENÃ-RUI Henri, *Qu'est-ce que la laïcité* ? Paris, Gallimard, 2004, 128 p.

PIEDELIÈVRE Stéphane et PUTMAN Emmanuel, *Droit bancaire*, Paris, Économica, 2011, 1216 p.

POMMIER Jean Christophe, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Économica, 1992, 382 p.

RANGEON François, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Économica, 1986, 246 p.

RANOUIL Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, 165 p.

RAYMOND Charles, *Le droit musulman*, Paris, P.U.F., 1992, 127 p.

RICHER Laurent et LICHÈRE François, *Droit des contrats administratifs,* LGDJ, 10e éd. 2016, 784 p.

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2013, 424 p.

RIVES-LANGE Jean-Louis et CONTAMINE-RAYNAUD Monique, *Droit bancaire*, 6e éd., Dalloz, 1995, 805 p.

ROBERT Jean *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, Paris, Dalloz, 6 éd, 1993, 478 p.

RODINSON Maxime, *Islam et capitalisme*, Paris, Seuil, 1966, 304 p.

ROUTIER Richard, *Obligations et responsabilités du banquier*, 4e éd., 2017, 1254 p.

SHALABI Muhammad Mustafa, *al Madkhal fil fiḳh al islami* (*Introduction au droit islamique*) Beyrouth, Dar al-Jamiyyat, 10e éd, 1985 (en arabe).

SOURDEL Dominique et SOURDEL Janine, *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris, PUF 2004, 962 p.

TAFOTIE YOUMSI Nimrod Roger, *Build, Operate and Transfer, Modalité de partenariat public-privé, Approche Law and Economics*, éd. Larcier, 2013, 870 p.

TOLEDO Anne-Marie et LIGNIÈRES Paul, *Le financement de projet - Project Finance*, éd. Joly, 2002, 211 p.

TYAN Émile, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, Beyrouth, 2e éd. 1963, 467 p.

VASSEUR Michel, *Droit et économie bancaire,* vol. 2 : *Les opérations de banque*, Paris, Cours de droit, 4e éd. 1987, 204 p.

VÉ IAN Jack, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, éd. Techniques, 1977, 278 p.

VIDAL Dominique, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, éd. Gualino, 2012, 330 p.

VINCENT Olivier, *Gestion des débiteurs : ou l'art de se faire payer*, Belgique, éd. CCI SA, 2009, 224 p.

WALI Fathi, *Le droit de l'arbitrage entre théorie et pratique*, Alexandrie, Mounchaa Maarif, 2007 (en arabe).

YAGI Amina, *Droit musulman*, Paris Publisud, 2004, 274 p.

IKRIA Niaz Ahmed, *Les principes de l'Islam et de la démocratie*, Paris, Nouvelles éditions latines, 2006, 188 p.

B. OUVRAGES SPÉCIAUX

1. En arabe et en anglais

AL-MASRI Rafic, *Al-fikr al-iqtiç*aa*di al-isl*aa*mi* (*La pensée économique islamique*), Damas, Dar al-Maktabi. 2009.

AWIDHA A., *Nadhariyat al-mukhatara fi al-iqtiçaad al-islami* (*La théorie du risque en économie islamique*), Institut international de la pensée islamique, Virginie, 2010.

AYUB Muhammad, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley and Sons, LTD, London, United Kingdom, 2007, 509 p.

GÖNÜLAL OSerap, *Takāfūl and Mutual Insurance,* World Bank, Publication, 2012.

HASSAN Kabir et LEWIS Mervyn (dir.), *Handbook of Islamie Banking*, Edward Elgar Publishing, 2007.

KETTEL Brian, *Islamic Finance in a nutshell : A guide for non-specialists*, Chichester, John Wiley & Sons, 2010.

KHAN Fahim (ed.), *Islamic Financial Institution*, IIRT, 1995.

NETHERCOTT Craig et EISENBERG David, *Islamic Finance : Law and Practice*, Oxford, OUP, 2012.

SHARQUAWI AL-MALKI Aïcha, *Les banques islamiques : entre loi islamique, droit et pratique*, Bayrouth, Centre culturel arabe, 1ère éd. 2000.

USMANI Muhammad Taqi, *An introduction to Islamic finance,* Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998.

VOGEL Frank et HAYES Samuel, *Islamic Law and Finance : Religion, Risk and Return*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 523 p.

2. En français

Académie du Fiqh Islamique, *Résolutions et recommandations du Conseil de l'Académie du Fiqh Islamique : 1985-2000*, éd. Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000.

AFFAKI Georges (dir.*), Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, F-X Train, 21 septembre 2009.

AL-DARIR Amin, *Le gharār dans les contrats et ses effets dans les pratiques contemporaines*, Banque islamique du développement, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1993.

ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, *Les Intérêts et les banques en droit juifs, chrétien et musulman*, Paris, éd. L'Harmattan, 2010.

ALDO Lévy, *Finance islamique - Opérations financières autorisées et prohibées, vers une finance humaniste*, éd. Gualino, 2012, 251 p.

ALGABID Hamid, *Les banques islamiques*, Paris, Économica, 1990, 286 p.

BAUDOUIN Valentine et MERBOUH Kader, *Le guide de l'assurance Takāfūl*, L'argus de l'assurance, 2015, 128 p.

BENMANSOUR Hacène*, L'islam et le ribā, pour une nouvelle approche du taux d'intérêt,* Paris, Dialogues éditions, 1990.

BRACK Estelle, *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes : vers un modèle commun ?* Paris, L'Harmattan, 2012, 298 p.

CAUSSE-BROQUET Geneviève, *La finance islamique*, Paris, La Revue Banque édition, 2012, 204 p.

CHAPELLIÈRE Isabelle, *Éthique et finance en Islam*, Paris, Koutoubia, 2009, 332 p.

CHARBONNIER Jacques, *Islam : droit, finance et assurance*, Larcier, 2011, 278 p.

CHEHATA Chafik, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Dalloz, 2005, 380 p.

COMAIR-OBEID Neyla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Économica 1995, 228 p.

EL GAMAL Mahmoud, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, trad. J. Haverals, Bruxelles, éd. De Boeck, 2010, 993 p.

GALLOUX Michel, *Finance islamique et pouvoir politique*, Paris, PUF, 1997, 222 p.

GUERANGER François, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, 2009, 272 p.

HIMEUR Chibab Mohammed et ABDELMOUMEN Nedra, *La finance islamique face au droit français,* Paris, L'Harmattan, 2015, 252 p.

JAFARI Amin, *Droit bancaire islamique*, Paris, L'Harmattan, 2014, 320 p.

JOUINI Elyès et PASTRÉ Olivier, *La finance islamique* : *solution à la crise* ? Économica, 2009, 122 p.

KARICH Imane, *Finances et Islam*, Bruxelles, Le Savoir Éditions, 2004, 257 p.

KARICH Imane, *Le système financier islamique. De la religion à la banque*, Larcier, 2002, 136 p.

KETTANI Malika, *Une banque originale : la banque islamique*, éd. Dar al-Kotoub al-ilmiyya, 2005, 180 p.

MOHYEDDIN Cheikh Ali, *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques, approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratiques*, Bayane Éd., 2011.

MOULIN Jean-Marc, *Droit de la finance alternative*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2017, 510 p.

NEHMÉ Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif : l'exemple des droits français et libanais*, IRJS Éditions, 2015.

RUIMY Michel, *La finance islamique*, Paris, Arnaud Franel éditions, 2008, 214 p.

SAÏDANE Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Paris, éd. Revue Banque édition, 2011, 124 p.

SIAGH Lachemi, *L'Islam et le monde des affaires,* Paris, Éditions d'Organisations, 2003, 379 p.

TOUSSI Ali, *La banque dans le système financier islamique*, Paris, LGDJ, 2010, 118 p.

II. TRAVAUX UNIVERSITAIRES

(Thèses, Mémoires, Séminaires, colloques)

ABDEL MONEIM Dina, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, Thèse, Université de Montpellier en cotutelle avec l'Université du Caire, 2013, 460 p.

ABI HAIDAR Alain, *La banque islamique*, Thèse, droit, Paris II, 1991, 500 p.

ABOU HAMDAN Malek, *Produits dérivés, risques de marché et « gharār » : recherche d'une alternative islamique,* Thèse, Science de gestion, Université Paris II, 2013, 593 p.

AFRA Hicham, *Organisation et stratégie des banques islamiques*, Thèse, Sciences de gestion, Université Paris XIII, 1993, 561 p.

AL-MALEKI Hinda Mesbahi, *Ibn Rushd et le milieu des intellectuels à Cordoue au XII^e siècle*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2002, 442 p.

ALATMI Rachid, *La banque islamique*, Mémoire, Droit des affaires, Université Mohamed 5, Maroc, 2007, 376 p.

ALHUMOUDI Yousef Abdullah, *Islamic insurance takāfūl and its application in Saudi Arabia*, thèse Brunel University, 2012, 261 p.

AMRI Malika, *Les spécificités des contrats de financement dans les banques islamiques*, Master 2, Droit international et comparé, Université de Toulouse 1, 2009, 86 p.

BA ARD Philippe, *Le ribā et conception monétaire en islam médiéval (VII^e-XII^e siècle)*, Mémoire de DEA, Université Paris 1, 1993, 174 p.

BESSEDIK Abdelkader, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Thèse, Droit, Université Paris-Est Créteil, 2013, 371 p.

BLIN Patrick, *Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière : l'hypothèse d'une « troisième voie » islamique en débat*, Université de Lyon 2, septembre 2012, 76 p.

BOUSTANY Solène, *L'établissement d'une banque islamique en France*, Mémoire, Droit européen comparé, Université Paris II, 2010, 67 p.

BUDD Edward, *Les particularités du Takāfūl (assurance selon l'islam),* Master 2, Université Paris II, 2016, 67 p.

CHAMINAH Loulla, *La responsabilité civile du banquier en droit malgasy*, Thèse, Droit des affaires, Université Paris I, 2015, 428 p.

CHOSSIS Jennifer, *Le refus du banquier*, Thèse, Droit, Université de Montpellier, 2015, 498 p.

COMAIR-OBEID Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Thèse, Paris II, 1995, 228 p.

Conférence sur le rôle des institutions bancaires islamiques dans l'investissement et le développement, Université de Sharjah, Émirats arabes unis, 2002, 371 p.

DJABALI Yasmina, *La finance islamique, un système financier à ancrage éthique fort*, Mémoire, Droit, Université catholique de Louvain, 2013, 86 p.

DOUCERET Marie-Hélène, *Le Takāfūl en France demain : fiction ou réalité ?* Thèse MBA, École Nationale d'assurance, 2010, 486 p.

EL HAMMAOUI Abdelaziz, *Les contrats nommés prévus au code civil du Québec et la finance islamique*, Mémoire, Université du Québec-Montréal, 2012, 170 p.

JIHED Salah, *Le prix en droit musulman*, Thèse, Université de Lille 3, 2009, 538 p.

LABONNELIE Benjamin , *Le montage BOT (Build, Operate, and Transfer, c'est-à-dire construire, exploiter et transférer) des grands projets immobiliers internationaux*, Thèse, Droit, Université Paris XII, 2003, 622 p.

MADJOUR Oualid, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : Étude de droit comparé français-algérien*, Thèse, Université Jean-Moulin Lyon 3, 2009, 557 p.

MADKHALI Aasem, *Le rôle de la supervision des banques islamistes, approche islamo-juridique*, Thèse, Droit, Université Côte d'Azur, 2016, 556 p.

MAJIDI Elmehdi, *La finance islamique et la croissance économique : Quelles interactions dans les pays de MENA ?* Thèse, Université de Pau, 2016, 577 p.

MENDY Adriano, *La lutte contre le terrorisme en droit international*, Thèse de doctorat, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2010, 454 p.

MOATÉ Michaël, *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse, Droit, Université La Rochelle, 2011, 418 p.

MORIN Anne, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse, Université Paris 9, 1995, 346 p.

NAJJAR Alexandre Roger, *Les nouvelles sûretés personnelles : (Valeur et place des lettres d'intention et des garanties à première demande en droit interne)*, Mémoire, Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1991, 398 p.

OBEIDI uhayr *La banque islamique : Une nouvelle technique d'investissement*, Thèse, Droit, Beyrouth, Dar Arrashad al-Islamiyya, 1988, 291 p.

OULD-BAH Mohamed Fall, *L'Argent de Dieu. Contribution à une anthropologie économique des systèmes financiers musulmans*, Thèse, Université Paul Verlaine de Metz, 2007, 486 p.

Sixième colloque de l'Université des Émirats-Arabes-Unis sous le titre : « *Arbitrage dans le commerce international* », Abu Dhabi, 28-30 avril 2008, 198 p.

SUSEC Sabrina, *Le secteur bancaire et financier français face à la corruption : un système d'intégrité en construction*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2015, 653 p.

THIAM Mballo, *De la religion à la banque : contribution à l'étude du droit bancaire islamique en France*, Thèse, Droit privé, Université de Toulon, 2013, 500 p.

TOUMI Kaouther, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques*, Thèse, Sciences de Gestion, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, 282 p.

III. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À DES ÉTUDES COLLECTIVES

AFFAKI Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Secure Finance, éd. Bruno Leprince, 2008, pp. 145-172.

AL DOURI Abderrahman, « Le contrat d'arbitrage dans la jurisprudence islamique et le droit positif », Jordanie, Dar Al Fourkan pour la publication et la distribution, 2002, pp. 2- 22.

AL JARHI Mabid MUNAWAR Iqbal, « Banques islamiques : Réponses à des questions fréquemment posées », *IIRF- BID*, Djeddah, Arabie Saoudite, 2002, pp. 2001, pp.7-71.

AL QORCHI Mohammed, « La finance islamique est en marche », *Finances et Développement*, décembre 2005, pp. 46-49.

ALI CHATTI Mohamed Ali, « L'Impact de l'Application d'une Éthique Bancaire sur la Diversification des Banques Islamique », in *Études en économie islamique,* Institut islamique de recherches et de formation (IIRF), vol. 6, n° 1, novembre-décembre 2012, pp. 1-27.

ALLARD Patrick et BENCHABANE Djilali , « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche », *Revue française d'économie* n° 4, 2010, pp. 11-38.

AMINE TOLOBA Abdelkérim, « Les montages LBO et les Ṣūkūk », *Cahiers de la finance islamique,* n° 3, pp. 61-76.

AUSTRUY Jacques, « Vocation économique de l'Islam »*, Cahiers de l'ISEA*, vol. 106, Fasc. 2, 1960, pp. 151-212.

BELABES Abderrazak, « Épistémologie des principes de la finance islamique », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 2, 2010, pp. 5-11.

BELABES Abderrazak, « La notion de risque en économie revisitée à la lumière de la littérature arabo-musulmane classique *», Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 7-15.

BELABES Abderrazak, « Variété de modèles d'accueil de la finance islamique en droit national », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 3, 2012, pp. 77-83.

BEN ABDERRAHMANE Dahman, « Le droit musulman, fondement d'une finance alternative reposant sur l'économie réelle et le partage du risque », in Gérard BRAYER, *La finance islamique : l'autre Finance*, Table ronde du 19 juin 2008, éd. Société de législation comparée, 2009, pp. 668-672.

BOUCARD François, « Les devoirs généraux du banquier », *J.-Cl. com.*, fasc. 343, 23, n° 25, octobre 2002, pp. 3-5.

BOUCARD François, « Les nouvelles obligations du banquier », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, dossier 4, janvier 2011, p. 54.

BOUDJELAL Mohammed, « Trois décennies de pratique bancaire : repenser la théorie des banques islamique », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 3, 2012, pp. 33-47.

BOUREGHDA Maya, « Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle », in *La finance islamique à la française*, pp. 181-199.

BOUTAOUR-KANDIL Mou'ad, « Perspectives d'investissements islamiques : analyse des marchés financiers en 2013 », *Cahiers de la finance islamique,* n° 7, 2014, pp. 79-103.

BRAYER Gérard, « La finance islamique : l'autre finance », Table ronde sur la finance islamique du 19 juillet 2008, Paris, Société de législation comparée, 2009, pp. 71-79.

BRÉHIER Bertrand et MÉKOUI Frida, « Réflexions sur la loi de séparation et de régulation des activités bancaires : quelles conséquences pour la structure des banques, l'organisation des marchés et la supervision », *Bulletin Joly Bourse* (BJB), 2013, p. 422.

CAUSSE-BROQUET Geneviève « Le sort des banques islamiques : de la difficulté de satisfaire des objectifs multiples », *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 255-256, 2012, pp. 111-121.

CAUSSE-BROQUET Geneviève et Nasser Abdelhafid, « Produits dérivés islamiques, de l'utilisation implicite à la standardisation », *Revue Banque*, juin 2010, n° 725, pp. 51-54.

CAUSSE-BROQUET Geneviève, « La finance islamique : les principes et les principales opérations », *La Revue du Financier*, juin 2010, pp. 23-44.

CEKICI Ibrahim eyyad, « Douter de la finance islamique : le cas du financement du terrorisme », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 2, pp. 21-25.

CEKICI Ibrahim eyyad, « Du filtrage islamique », *Les Cahiers de la Finance Islamique,* n° 1*,* 2009, pp. 11-17.

CHAAR Abdel Maoula, « Chari'a et institutions financières islamiques », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française,* pp. 53-85.

CHAAR Abdel Maoula, « Chari'a : principes directeurs et stratégie », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Secure Finance, éd. Bruno Leprince, 2008, pp. 33-51.

CHABANOL Daniel, « Modes alternatifs de règlement des conflits : vertus et limites », *ACCP*, n° 100, 2010, pp. 71-90.

CHAMPALAUNE Carole, « Pour une consécration raisonnée de l'imprévision dans le Code civil », *BJCP* n° 102, 2015, pp. 334-339.

CHAPPE Jean, « La lutte internationale contre le blanchiment des capitaux d'origine illicite et le financement du terrorisme », *AFDI*, 2003, pp. 542-562.

COMMISSION DES FINANCES DU SÉNAT, Tables rondes sur la finance islamique, 14 mai 2008.

COSTE Frédéric, « L'émergence de la finance islamique aux États-Unis et en Angleterre », in Jean- Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française,* pp. 127-144.

DANILA Nevi et JEFFERS Agatha, « Derivatives : An Islamic perspectives », *Journal of International Finance and Economics*, vol. 9, n° 3, 2009, pp. 83-90.

DE COURCELLES Dominique, « La finance islamique est-elle aujourd'hui une chance pour l'éthique », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, pp. 19-31.

EL KHOURY Michel, « Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France », *Banque et droit*, 2003, n° 92, pp. 17-22.

EL QORCHI Mohammed, « Hawala : comment fonctionne ce système informel de transfert de fonds ? », *Finances et Développement*, décembre 2002, pp. 31-33.

ELHAMMA Azzouz, « La compatibilité des produits financiers islamiques : Normes AAOIFI vs. IFRS », *Revue de Management et de Stratégie*, 1-2, 2015, pp. 10-22.

FORGET Elizabeth, « Le développement durable dans la finance éthique et la finance islamique », in Finance islamique : regard(s) sur une finance alternative, Recueil d'articles d'experts internationaux, éd. Mazars, juin 2011, pp. 14-16.

GRANGEREAU Pascal et HAROUN Mehdi, « Financement de projets et financements islamiques : Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Revue Banque et Droit*, n ° 97 septembre-octobre 2004, p. 52.

GUILLOT Jean-Louis et BERARD Pierre Yves, « Les critères extra-financiers de sélection des actifs des OPCVM : AMF, position n° 2007-19 », *Revue Banque*, n° 759, avril 2013, pp. 85-88.

HAR I Abdel, « Les banques islamiques plus résilientes que les banques conventionnelles ? », *Revue Banque*, 2013, p. 76.

HASSEN Hassine Hamed, « La responsabilité charaique et juridique des membres des instances charaiques », in *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, Bahrayn, 2003, pp. 51-54.

HASSOUNE Anouar, « Principes de structuration des ṣūkūk », *Les Cahiers de la Finance Islamique*, n° 1, 2009, pp. 18-28.

HASSOUNE Anouar, « La finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.), *La finance islamique à la française,* pp. 87-126.

HA OUG Sâmi, « De quelques aspects éthiques de la finance islamique », in Chantal CUTAJAR, Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE et Michel STORCK (dir.), *Finance et éthique*, Lamy 2013, pp. pp. 257-261.

HIDEUR Nasser, « La finance islamique entre la lettre et l'esprit », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 4, 2013, pp. 8-21.

KAMAL Mustafa, BOYS Philip, ALI Rahali et EL IDRISSI Marouane « Le débat sur la standardisation éthique, principes et standards dans la finance islamique », *Journal des sociétés,* 2010, n° 77, pp. 34-38.

KAMMOUN MASMOUDI Wafa et RHADBANE akaria, « Finance islamique et hedge funds sharia compliant », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 47-63.

LABNIOURI Khalil « L'innovation en ingénierie financière islamique », in *Les services financiers islamiques. Aspects shariatiques, juridiques et économique*, Colloque international organisé par l'Université Mohamed V, Rabat, 3-4 décembre 2012.

LALLMAHAMOOD Muniruddeen, « La gestion du *ribā* (intérêt) en l'absence de banques islamiques dans une communauté musulmane minoritaire : une étude exploratoire des pratiques des musulmans à Maurice », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 117-142.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme et HA OUG Sâmi, « Le compte de dépôt et la finance islamique », *Revue de droit bancaire*, étude n° 33, 2011, pp. 9-12.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *Les Cahiers de la finance islamiqu*e, n° 2, 2010, pp. 12-20.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Le prêt usuraire *», Revue Lamy droit des affaires*, 2008, n° 10, pp. 98-102.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ? » *AJ Pénal*, 2009, pp. 165-168.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Les principes de la finance islamique : présentation et illustration », *RDBF*, n° 2, mars 2011, étude n° 13, pp. 24-26.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme « Séparation et régulation des activités bancaires, Une avancée du droit », *JCP*, 2013, doctr. 925.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Le devoir d'information comme moyen de protection des investisseurs en France », *RLDA* 2013, n° 82, pp. 74-80.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? », *Banque et Droit*, n° 100, mars-avril 2005, pp. 11-19.

LEPOUTRE Philippe, « Crédit aux entreprises, l'affacturage est la seconde source de financement court terme des entreprises », *Revue Banque*, n° 753, septembre 2013, pp. 60-70.

LINANT DE BELLEFONDS Yvon, « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman », *Revue international de droit comparé*, n° 3, 1958, pp. 510-521.

MARTENS André, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », *L'Actualité économique*, vol. 77, n° 4, 2001, pp. 475–498.

MARTIN-SISTERON Hugues, « OPCVM islamique, un mode de financement innovant pour les infrastructures ? », *Revue banque*, n° 758 : Dossier « ISR : va-t-il devenir la norme ? », février 2013, p. 69.

MATHEY Nicolas, « La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, dossier 13, mars 2012, p. 81.

MELIANI Hakim et AGHROUT Ahmed, « Défis et perspectives », *Cahiers de la finance islamique* n° 2, décembre 2010, pp. 26-39.

METAIRIE Guillaume (dir.*), La religiosité du droi*t, Presses universitaire de Limoge, 2013, pp. 69-93.

MIGNOT Marc, « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter ? », in Jérôme.

LASSERRE CAPDEVILLE et Michel STORCK (dir.) *Le crédit : aspects juridiques et économiques*, Paris, Dalloz, 2012.

MOHAMED KABIR Younes, « Le contrat en législation islamique, ses fondements et ses conditions », in *Sciences de la Sharī'a pour les Économistes*, IIRF de BID, Djeddah (Arabie Saoudite) n° 86, 2001, pp. 171-207.

MOULIN Jean-Marc, « La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? », in Alain COURET et Catherine MALECKI (dir.), *Défis actuels du droit financier*, Joly éditions, 2010, pp. 487-510.

MOUSSERON Jean-Marc, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC*, 1968, pp. 37-78.

NAMMOUR Fadi, « De l'applicabilité de la sharī'a islamiya dans l'arbitrage international », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 96-116.

NEKAA Malik, « Pour une finance islamique et solidaire », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 77-95.

NIENHAUS Volker « The Performance of Islamic Banks : Trends and Cases », in Chibli Mallat, *Islamic Law and Finance*, 1988, pp. 83-122.

ODDOS Stéphane et LATRACHE Hakim, « Le Tawarruq, un mal nécessaire ? », *Cahiers de la finance islamique*, n° 2, 2010, pp. 51-64.

PRAS Bernard, VAUDOUR-LAGRACE Catherine, « Marketing et islam. Des principes forts et un environnement complexe », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, pp. 195-223.

RIASSETTO Isabelle, « Les fonds d'investissement confessionnels », in Francis MESSNER et Pierre-Henri PRÉLOT (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2013, n° 2571.

RIASSETTO Isabelle, « Le contenu du Guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (*ALFI*) », *Cahiers de la finance islamique*, n° 4, 2013, pp. 89-105.

ROCHDAHOU Omar Yahyaoui, « La réception de la finance islamique en France », *Revue banque*, n° 759, Dossier : *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique*, 26 mars 2013.

ROSLY Saiful Azhar, ASHADI et AINI Mohammad Ashadi-Mohd, « Risk-return analysis of Islamic banks' investment deposits and shareholders' fund », *Managerial Finance*, vol. 34, n° 10, 2008, pp. 695-707.

SAADALLAH Ridha, « Finance Islamique et Développement », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 3, 2013, pp. 4-11.

SAADOUNI Lmahfoud, « La Mūrabaḥa : principes, pratiques, controverses », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° spécial : Le développement de la finance islamique dans les législations nationales : à la recherche d'un cadre commun », 2015, pp. 7-21.

SAINT-MARC Gilles, « La finance islamique : un enjeu pour la France », in Gérard BRAYER (coord.), *La finance islamique : l'autre finance*, éd. Société de législation comparée, 2009, pp. 103-110.

SAKRANI Raja, « Le jeu d'échanges internormatifs, droit, morale et religion dans les cultures de droit occidentales et musulmanes », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2009, n° 4, pp. 1695-1710.

SERHAL Shucri Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, n° 106, 2006, pp. 36-43.

SERHAL Shucri Joseph, « La structuration de produits Chari'a compatibles », in Jean-Paul LARAMÉE (dir.) *La finance islamique à la française,* Secure Finance, 2008, pp. 200-230.

STERN Brigitte, « Le contexte juridique de "l'après" 11 septembre 2001 », *in* Karine BANNELIER et autres (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, pp. 3-32.

TABOURIN Guillaume, « *Le point de vue du superviseur* », *in* Gérard BRAYER (coord.), *La finance islamique, l'autre finance*, éd. Société de législation comparée, 2009, pp. 111-118.

TAHIRI JOUTI Ahmed « Les fenêtres islamiques, un dispositif de stabilité et une phase de transition », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 5, pp. 16-29.

TARIQULLAH Khan, « Islamic quasi equity (debt) instruments and the challenges of balance sheet hedging : An exploratory analysis », *Islamic Economic Studies*, vol. 7, n° 1-2, avril 2000, pp. 1-31.

TOUMI Kaouther, « L'impact des comptes d'investissement participatif sur le ratio prudentiel des banques islamiques », *Cahiers de la finance islamique*, n° 2, décembre 2010, pp. 40-50.

WEILL Laurent, « L'intérêt pour la finance sans intérêt : les 3C », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 4, 2013, pp. 3-5.

WEILL Laurent, « Les banques islamiques favorisent-elles le développement économique ? Une analyse de la littérature empirique », *Les Cahiers de la finance islamique*, n° 4, 2013, pp. 21-32.

YAHIA Kader, « La finance islamique au Royaume-Uni : quel coût pour le consommateur ? Étude comparative avec la finance classique », *Le Cahiers de la finance islamique*, n° 5, 2013, pp. 30-46.

YANAGIHASHI Hiroyuki, « L'évolution de la théorie de responsabilité contractuelle en droit Hanafite et en droit Malikite », *Orient*, vol. 28, 1992, pp. 147-165.

IV. DOCUMENTATION ÉLECTRONIQUE

- ABDESSALEM Ali, « Tunisie : Crise des « subprimes » et « printemps arabe » (re)boostent la finance islamique », 2 février 2012.

http://www.webmanagercenter.com/actualite/finance/2012/02/02/115650/tunisie-crise-des-subprimes-etprintemps-arabe-re-boostent-la-finance-islamique

- ABDUL-RAHMAN Yahia, « Islamic instruments for managing liquidity », *International Journal of Islamic Financial Services*, Vol. 1 n° 1, 1999.

http://www.kantakji.com/media/1945/art3.pdf

- AHMED Einas, « Banques islamiques et sociétés islamiques d'investissement », Politique africaine, n° 66, juin 1997.

http://www.politique-africaine.com/numeros/pdf/066039.pdf

- AKKI IDIS Ioannis et KHANDELWAL Sunil Kumar, *Financial risk management for Islamic Banking and Finance*, Hampshire : Palgrave MacMillan, 2008.

http://armanib.com/fa/wp-content/uploads/Palgrave-Macmillan-Finance-and-Capital-Markets-Series-Ioannis-Akkizidis-Sunil-Kumar-Khandelwal-Financial-risk-management-for-Islamic-banking-and.pdf

- AL AMIN Hassan, « Statut légal des transactions avec intérêt », Jeddah (Arabie Saoudite), *IRTI*, 2002.

http://www.iefpedia.com/france/wp-content/uploads/2009/08/statut-légal-des-transactions-bancaires-avec-intérêt.pdf

- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami, « Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman », Centre de droit arabe et musulman, 2014.
http://www.sami-aldeeb.com/sections/view.php?id=18&action=publications

- ARNALDE Roger, « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques », *Archives de philosophie du droit. Droit et religion,* 1993, pp. 83-91.

http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/7.pdf

- BANQUE AFRICAINE DE DÉVELOPPEMENT : Services bancaires et finance islamiques en Afrique du Nord, Évolution et perspectives d'avenir, 2011.

https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/Montage%20Islamic%20Banking%20Français_ENERGY%20mpa%20ENG%20Power%20Sector%20Emer....pdf

- BELOUAFI Ahmed et BELABES Abderrazak, « Islamic Finance In Europe : The Regulatory, Challenge », *Islamic Economic Studies*, vol. 17, n° 2, January 2010, pp. 33-53.

http://www.irti.org/English/Research/Documents/IES/068.pdf

- BEN HA HALSAA, « Le financement de la PME en finance islamique », *Ribh* (journal de la finance islamique), 17 mars 2008.

https://ribh.files.wordpress.com/2009/03/le-financement-de-la-pme-en-finance-islamique.pdf

- BILLAUDOT Bernard, « Justice distributive et justice commutative dans la société moderne », Les journées de l'Association Charles Gide pour l'Étude de la Pensée économique, Université de Toulouse 1, 16-17 juin 2011.

https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00644799

- BOUCHOUL Rachida et CHENINI Abderrahim, « Les perspectives de l'assurance islamique dans les pays émergents – cas de l'Algérie. Les sociétés d'assurances Takāfūl et les sociétés d'assurances traditionnelles entre la théorie et l'expérience pratique », Université de Sétif, Algérie, 25-26 avril 2011.

www.univ ecosetif.com/seminars/Takāfūl/24.pdf

- CENTRE DU COMMERCE INTERNATIONAL : « Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises, Le système bancaire islamique, 2009.

https://fr.slideshare.net/EzzedineGHLAMALLAH/le-systme-bancaire-islamique-guide-a-lintention-des-petites-et-moyennes-entreprises-centre-du-commerce-international

- CONSEIL DES SERVICES FINANCIERS ISLAMIQUES (CSFI) : Principes directeurs de gestion des risques pour les institutions (hors institutions d'assurance) n'offrant que des services financiers islamiques.

https://ifsb.org/standard/IFSB-1_Risk%20Management_(French)_Final.pdf

- CEKICI Ibrahim eyyad, « Finance Islamique en France : problème de forme ou de fond(s) ? », *Les Cahiers de la finance islamiques*, n° 2, décembre 2010, pp. 2-3.

http://www.ifso-asso.com/wp-content/uploads/2013/06/cahiers_fi_02.pdf

- CHAPRA Umer et TARIQULLAH Khan, « Réglementation et contrôle des banques islamiques », Banque Islamique de Développement (BID), Études spéciale n° 3.

https://ribh.files.wordpress.com/2007/09/reglementation-et-controle-des-banques-islamiques.pdf

- CIHAK MARTIN et HESSE Heiko, « Islamic banks and financial stability : an empirical analysis », FMI, janvier 2008.

https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2008/wp0816.pdf

- Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), « La finance islamique sur la place de Luxembourg ».

http://www.cssf.lu/surveillance/finance-islamique/

- CSSF, « La finance islamique sur la place de Luxembourg »

http://www.cssf.lu/surveillance/finance-islamique/

- Commission des Finances, Rapport d'Information du Sénat sur la finance islamique sur la « Première table ronde – L'intégration de la finance islamique dans le système financier global : quels enjeux pour la France ? », session ordinaire de 2007-2008.

https://www.senat.fr/rap/r07-329/r07-3293.html

- Di MAURO Phillipo et al., « Islamic Finance in Europe », *Occasional paper series*, n° 146, 2013.

https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp146.pdf?50223aa58804d7b4f32f4f302534672d

- EL GAMAL Mahmoud, *Islamic Finance : Law, economics and* practice, New York, Cambridge University Press, 2006.

http://iugc.yolasite.com/resources/Reference%20Book%2004%20-%20Islamic%20finance,%20law%20economics%20and%20practice,%20M.%20El%20Gamal.pdf

- ELGARI Mohamed Ali, « Credit risk in Islamic banking and finance», *Islamic Economic Studies*, vol. 10, n° 2, March 2003, p. 13.

http://www.irti.org/English/Research/Documents/IES/104.pdf)

- FOSTER (John), « How Sharia-compliant is Islamic banking ? », 2009.

http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/8401421.stm

- GRANGEREAU (P.), HAROUN (M.), « Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque et Droit*, n° 97, septembre-octobre 2004.

http://www.adelinotorres.info/islam/financements-projets-financements-islamiques.pdf

- Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, Rapport 1999-2000, 3 février 2001.

http://www.djindexes.com/islamic/index.cfm?go=overview

- Groupe banque européenne, « Cadre de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », janvier 2018.

http://www.eib.org/attachments/strategies/eib_group_aml_cft_framework_fr.pdf

- GUERMAS-SAYEGH (L.), *La religion dans les affaires : la finance islamique*, Fondapol (Fondation pour l'innovation politique), mai 2011.

http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/2011/05/48-Guermas-Sayegh-web.pdf

- HAR I (A.), « Les banques islamiques à l'heure des exigences réglementaires », *First conference on risk management in Islamic Finance*, Université Paris dauphine, 28 janvier 2010, www.financeislamiquefrance.fr/documents-et-rapports.php

- HASAN (K.) et LEWIS (M.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, Inc., United Kingdom, 2007.

https://www.kantakji.com/media/2129/b029.pdf

- JOUINI (E.) et PASTRÉ (O.), « Enjeux et opportunités de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros », 8 décembre 2008.

http:///paris-europlace.net/links/doc063972_fr.htm.

- KHALAF (R.), 'Grappling with problems of success », *Financial Times*, June 2008.

http://www.ft.com/intl/cms/s/0/4e87684c-3c0f-11dd-9cb2-0000779fd2ac.html#axzz3xKCAcENL

- KUN (Ch.), « Les systèmes informels de transfert des fonds : l'hydre des financements hawala », *Infolabo*

https://www.infoguerre.fr/fichiers/transferts_fonds_hawala.pdf

- LÉCUYER (H.) « L'évidence du secret bancaire », *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 4, août 2010.

http://droit-et-commerce.org/medias/ConferenceDroitEtCommerce-08032010.pdf

- MAHER (M.H.) et AHMAD (T.P.), « Conceptual and Operational Differences Between Ggeneral Takāfūl and Conventional Insurance ». *Australian Journal of Business and Management Research*, 1 (8), 23, 2011.

https://www.isfin.net/sites/isfin.com/files/conceptual_and_operational_differences_between_general_takāfūl_and_conventional_insurance.pdf

- MARTENS (A.), « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », *L'Actualité économique*, vol. 77, n° 4, 2001, p. 6. pp. 475–498.

https://www.erudit.org/fr/revues/ae/2001-v77-n4-ae2765/602361ar.pdf

- MILLIOT (L.), « La pensée juridique de l'Islam », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1954, n° 3.

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1954_num_6_3_8631

- MOHIELDIN (M.), « Realising the Potential of Islamic finance », The *World bank*, 13 mars 2012.

http://siteresources.worldbank.org/EXTPREMNET/Resources/EP77.pdf

- MUNAWAR (I.), AUSAF (A.), TARIQULLAH (Kh.) (dir.), *Défis au système bancaire islamique*, Banque islamique de développement, Jeddah, 1998, Doc. 2.

https://ribh.files.wordpress.com/2007/08/dc3a9fis-au-systc3a8me-bancaire-islamique.pdf

- NAUDET (J.-Y.), « *Faut-il craindre la finance islamique en France* ? » février 2010.

http://www.un mondelibre.org/node/956

- PATEL (M.), « Quatre principes fondamentaux du droit musulman des contrats », Audit, Conformité, Éthique et Recherches en Finance islamique (ACERFI).

https://fr.slideshare.net/Mohammad_Patel/quatre-principes-fondamentaux-du-droit-musulman-des-contrats

- PATEL (M.), « L'enseignement du Messager de Dieu (saw) concernant les dettes », 17 déc. 2010.

http://www.finance-muslim.com/2010/12/enseignement-dettes

- Rapport de l'UK, Islamic Finance Secretariat, mars 2012.

http://www.londonstockexchange.com/specialist-issuers/islamic/downloads/city-uk-if-2012.pdf

Revue Banque : « Vers Bâle IV ? Les banques dans l'incertitude », mars 2016.

http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/bale-iv-quoi-parle-t

- SAADALLAH (R.), « Le financement islamique : concept et principes généraux », in *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire n° 37, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 19

(https://ribh.files.wordpress.com/2007/08/introduction-aux-techniques-islamiques-de-financement-bid.pdf)

- STAT KHADIR (I.), La théorie des circonstances imprévisibles et les effets du déséquilibre économique lors de l'exécution du contrat.

http://droit.alafdal.netmontada-f8/topic-t82.htm,12-2-2009

- SIDDIQ (M. N.) « Islamic Banking and Finance in theory and practice : A survey of state of art », *Islamic Economic Studies*, vol. 13, n° 2, 2006.

http://www.irti.org/English/Research/Documents/IES/090.pdf

- SMITH (H.) Guide de la finance islamique, 2009.

https://ribh.files.wordpress.com/2009/11/guide_finance_islamique_fr_240909.pdf

- SMOLARSKI (J.), SCHAPEK (M). et IQBAL TAHIR (M.), « permissibility and use of options for hedging purposes in Islamic Finance », *Thunderbird International Business Review*, vol. 48, n° 3, mai-juin 2006, pp. 425-443.

http://ierc.sbu.ac.ir/File/Article/Permissibility%20and%20Use%20of%20Options%20for%20Hedging%20Purposes%20in%20Islamic%20Finance_94115.pdf

- VISSER (H.), *Islamic Finance : Principles and Practice*, Edward Elgar Publishing, 2009.

http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2009/12/Islamic-Finance-Principles-and-Practice-–-Hans-Visser.pdf

- YAHYAOUI ROCHDAHOU (O.), « La réception de la finance islamique en France », 26 mars 2013.

http://www.revue-banque.fr/banque-detailassurance/article/reception-finance-islamique-en-france

- EIN (M.), « Comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques », IIRF : *Introduction aux techniques islamiques de financement,* Actes de séminaire n° 37, Djeddah (Arabie Saoudite), décembre 1992.

https://ribh.files.wordpress.com/2007/08/introduction-aux-techniques-islamiques-de-financement-bid.pdf

INDEX DES AUTEURS

A

ABDEL BAKI (S) ---------- 284, 373

ABDEL HAMID (M.) ---------- 298, 299, 452

ABDEL MONEIM (D.) -- 21, 69, 70, 115, 116, 176, 180, 216, 230, 233, 234, 247, 273, 285, 287, 290, 293, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 317, 321, 322, 328, 330, 338, 343, 347, 401, 402, 404, 405, 407, 409, 411, 439, 461

ABDELBAQI (M.F.) ---------- 303

ABDELFATAH (A.) ---------- 363

ABDELHAFID (N.) ---------- 25, 274, 435, 466

ABDELMALEK (F. .) ---------- 62, 82, 405

ABDELMOUMEN (N.) ---------- 20, 420, 460

ABDESSALEM (A.) ---------- 473

ABDUL-RAHMAN (Y.) ---------- 184

ABERKANE (S.) ---------- 120, 150, 152, 153, 155

ABI HAIDAR (A.) ---------- 170

ABOU HAMDAN (M.) ---- 19, 25, 44, 75, 93, 110, 140, 171, 175, 177, 184, 185, 188, 190, 218, 219, 220, 222, 223, 252, 255, 259, 270, 271, 272, 277, 280, 281, 286, 293, 295, 327, 461

ABU-SAHLIEH (S.) ---------- 410

ACHIT (F.) ---------- 101

AFFAKI (G.) --- 120, 234, 241, 388, 432, 443, 458, 464

AFRA (H.) ---------- 111, 461

AGHROUT (A.) ---------- 27, 414, 470

AHMED (E.) ---------- 112

AHMED (H.) ---------- 190, 336, 358, 473

AINLEY (M.) ---------- 99

AKALAY (O.) ---------- 25

AKKI IDIS (J.) ---------- 187, 473

AL AMIN (H.) ---------- 83, 224, 473

Al BA (D.A.) ---------- 367

AL DOURI (A.) ---------- 362, 464

AL KHOUILDI (A.) ---------- 360

AL MALIKI (Kh.) ---------- 362

AL QORCHI (M.) ---------- 124, 464

ALATMI (R.) ---------- 193, 461

AL-DARIR (A.) ---------- 287

ALDEEB (S.) ---------- 73, 107, 399, 446, 452, 459, 473

AL-DHAREER (S.) ---------- 220

ALGABID (H.) ---------- 26, 109, 124, 395, 459

ALHOUARI (M.) ---------- 363

ALHUMOUDI (Y.A.) ---------- 416, 461

ALI (R.) ---------- 82, 116

AL-JABRI (M.) ---------- 58

ALLAND (D.) ---------- 370

ALLARD (P.) ---------- 34, 464

AL-MALEKI (H.M.) ---------- 57, 461

AL-MAQDISI (I.Q.) ---------- 302

AL-MASRI (R.) ---------- 75, 457

AL-SALUS (A.) ---------- 300

ALSAWA (A.) ---------- 310

AL-TABTABAE (M.) ---------- 310

AL- ARQA (M. A.) ---------- 253, 452

AMRI (M.) ---------- 24, 70, 461

ANNEQUIN (J.) ---------- 399

ANTONMATTEI (P.-H.) ---------- 354, 452

ARISTOTE ---------- 57, 58, 70, 253

ARNALDE (R.) ---------- 57, 229, 249, 473

ARNAUD (A.-J.) ---------- 130

ARNOUS (Gh. S.) ---------- 366

ARTUS (P.) ---------- 18

ATTARD (J.)---------- 248, 452
AUBY (J.M.) ----------368
AUDIT (B.) ----------386
AUSAF (A.)---------- 87, 122, 147, 152, 405, 477
AUSSAVY (M.) ---------- 267, 452
AUSTRUY (J.)----------76, 226, 287, 452, 464
AVERROÈS----------52, 55, 57
AWIDHA (A.)----------457
AYNÈS (L.) ----------240, 332, 337, 399, 452, 455
AYUB (M.) ---------- 324, 458

B

BADAJ (F.) ----------150, 152, 155, 157
BALLET (J.)---------- 18
BATAINEH (C.)----------79, 82
BATAINEH (S.) ---------- 82
BAUDOUIN (V.)----------429, 430, 459
BA ARD (Ph.) ---------- 253, 461
BEAUD (M.) ----------130
BEAUGÉ (G.) ---------- 32
BÉGUIN (J.)---------- 365, 452
BELABES (A.)----19, 43, 46, 62, 64, 76, 125, 149, 240, 391, 464, 465, 474
BELOUAFI (A.) ---------- 125, 474
BEN ABDERRAHMANE (D.) ---------- 291, 465
BEN ACHOUR (Y.)----------226
BEN HAMIDA (W.)----------361
BEN JEDIDIA DAOUD (Kh.)---- 27, 124, 150, 157, 164, 166, 172, 176, 181
BÉNABENT (A.)---------- 331, 332, 452, 253, 452
BENASSY-QUERE (A.) ---------- 219, 452
BENCHABANE (D.)----------34, 464
BENDJILALI (B.)----------303
BENGARAI (T.)---------- 32, 78, 161
BENICHOU (I.) ----------453
BENLEKHAL (N.)----------295
BENMANSOUR (H.)---------- 66, 210, 459
BENTAIBI (M.) ---------- 260, 308
BEN HA (H.)---------- 80, 96, 474
BERARD (P.-Y.)----------237
BERLIO (G.) ----------133
BERNARD (Y.) ----------210
BERQUE (J.) ---------- 61
BERTHELIER (Ph.) ----------267
BESSEDIK (A.) - 19, 31, 70, 82, 84, 89, 91, 92, 93, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 110, 114, 117, 118, 156, 159, 170, 172, 185, 187, 189, 191, 193, 195, 196, 198, 204, 208, 211, 212, 223, 224, 226, 228, 230, 238, 319, 391, 392, 394, 395, 398, 407, 410, 412, 414, 417, 422, 423, 424, 425, 427, 444, 445, 448, 450, 461
BETBÈ E (J.-P.)---------- 18
BETTINGER (Ch.) ---------- 371, 453
BHATTI (I.)----------187
BIHR (A.) ----------133
BILLAUDOT (B.)---------- 254, 474
BLANC (F.-P.)--------41, 52, 57, 61, 278, 453, 456
BLEUCHOT (H.) ---------- 41, 49, 227, 402, 453
BLIN (P.)--18, 23, 64, 69, 73, 75, 77, 85, 89, 110, 121, 123, 126, 128, 140, 157, 215, 223, 224, 226, 251, 407, 441, 461
BOCHATAY (D.)----------378
BODIE (.)---------- 217, 453
BONHOMME (R.) ----------355, 356, 453
BONNEAU (Th.)----------98, 207, 267, 313, 453
BONOMI (A.)----------378
BOONE (L.) ---------- 219, 452
BOQUET (Y.)----------131
BOUCARD (F.)---------- 290, 324, 343, 465
BOUCHOUL (R.) ----------474
BOUDJELAL (A.) ----------102
BOUDJELAL (M.)----136, 137, 139, 141, 172, 465
BOUHOUITA)(H.----------272

BOULANGER (J.)----------356
BOUREGHDA (M.) ---------- 18, 117, 371, 465
BOURGUINAT (H.) ----------133
BOUSLAMA (Gh.) ----------465
BOUSQUET (G.-H.)----------327, 416, 453
BOUSRIH (L.)----------131
BOUSTANY (S.) ---- 25, 70, 72, 73, 79, 80, 82, 99, 101, 155, 156, 157, 158, 169, 171, 172, 174, 176, 177, 188, 407, 410, 462
BOUTAOUR-KANDIL (M.) ---------- 101, 465
BOYS (Ph.)---------- 82, 116
BRACK (E.)---------- 230, 459
BRAYER (G.)-----37, 99, 123, 133, 135, 291, 465, 471, 472
BRÉHIER (B.) ---------- 207, 465
BRUSORIO (M.)----------258
BUDD (E.) 27, 415, 417, 419, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 429, 430, 432, 434, 462
BUREAU (D.) ----------370
BUSKENS (L.)----------227

C

CABRILLAC (R.) ----------362
CADÈNE (Ph.)----------129
CAEN (J.-B.) ----------230
CAPELLE-BLANCARD (G.)---------- 18
CAPITANT (H.) ---------- 222, 283
CARBONNIER (J.)---------- 337, 453
CAUSSE-BROQUET (G.)24, 25, 26, 32, 35, 64, 71, 75, 77, 92, 99, 100, 109, 110, 112, 121, 123, 132, 135, 140, 142, 158, 163, 170, 173, 177, 184, 215, 250, 254, 260, 274, 295, 296, 320, 435, 459, 466
CAYLA (O.)----------229
CEKICI (I. .)- 19, 20, 24, 26, 82, 83, 96, 145, 185, 209, 210, 211, 212, 240, 270, 272, 277, 283, 286, 307, 308, 316, 322, 355, 392, 393, 394, 396, 403, 407, 409, 412, 466, 474
CHAAR (A.) 44, 52, 55, 60, 63, 64, 169, 170, 171, 172, 173, 176, 194, 466
CHABANOL (D.)----------360, 365, 466
CHAIGNEAU (P.)----------210
CHAMBOST (M.) ---------- 28
CHAMINAH (L.)----------351, 354, 462
CHAMPALAUNE (C.)---------- 288, 466
CHAPELLIÉRE (I.) ----------236
CHAPELLIÈRE (I.)23, 92, 123, 124, 227, 253, 255, 269, 274, 459
CHAPPE (J.) ---------- 353, 466
CHAPRA (U.) --90, 100, 103, 114, 157, 184, 185, 187, 188, 198, 199, 201, 202, 204, 205, 445, 475
CHARBONNIER (J.) 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 427, 430, 433, 459
CHARLES (R.)---------- 38, 215, 456
CHATILLON (S.) ----------381
CHATTI (M.A.) ----------405
CHEHATA (Ch.) ----22, 25, 58, 61, 216, 224, 251, 256, 266, 278, 282, 288, 293, 333, 337, 459
CHENINI (A.) ----------474
CHÉRIF (K.) -- 117, 159, 173, 179, 180, 181, 185, 189, 190, 197, 201, 202, 287, 326, 331
CHESNAY (M.) ----------210
CHESNEAU (D.) ---------- 35
CHOSSIS (J.) - 323, 329, 332, 347, 349, 353, 354, 355, 356, 357, 462
CIHAK (M.)---------- 89, 134, 475
CLÉMENT (J.-F.) ----------319
COLLI (J.-C.) ----------210
COMAIR-OBEID (N.) - 30, 79, 251, 217, 256, 257, 264, 272, 275, 276, 280, 282, 285, 293, 318, 391, 418, 459
CONTAMINE-RAYNAUD (M.)-------353, 355, 456

COSTE (F.) ----------105, 125, 141, 467
COUDERC (N.) ---------- 18
COUDERT (V.)---------- 219, 452
COULSON (N.) ---------- 41, 55, 210, 225, 453
COURET (A.)---------- 234, 470
CRÉPEAU (F.)----------130
CROCQ (P.) ----------240
CUTAJAR (Ch.)----------213, 319, 394, 468

D

D'AVOUT (L.)----------386
DAGHI (A.M.) ----------366
DANILA (N.) ----------218
DAOUD (Y.)---------- 30, 326
DAUNI EAU (J.-M.)----------329
De BOISSÉSON (M.) ----------369
De BOISSIEU (Ch.) ----------18, 35
De CA ALET (B.)----------373
De COURCELLES (D.) ----------18, 142, 254
De LAUBADÈRE (A.) ---------- 337, 453
De LIBERA (A.)---------- 57
DEBARD (Th.) ---------- 356, 453
DECOCQ (G.)---------- 314, 454
DEHOUX (E.) ----------325
DEKEUWER-DÉFOSSE (F.)----------354
DELVOLVÉ (P.)----------284, 337, 365, 368
DEMBINSKI (P.)---------- 28
DESQUILBET (J.-B.) ----------89, 296, 331
DHAFER (S.) ---------- 294, 331
Di MAURO (Ph.)---------- 138, 475
DIOP (M.)----------181
DJABALI (Y.)---------- 247, 462
DOLLFUS (O.) ----------130
DOUCERET (M.-H.)208, 425, 426, 427, 429, 431, 433, 434, 435, 462
DOUNAS (M.)----------348
DRUMMOND (F.) ----------207
Du MARRAIS (B.)----------108
DUMON (Y.)----------298
DUPICHOT (Ph.) ----------269
DUPRET (B.) ----------227
DUPUY (R.-Ch.) ----------360
DURAND (F.) ----------164
DUSUKI (A.W.)----------443

E

EISENBERG (D.)----------417, 433, 458
EL GAMAL (M.) -22, 27, 269, 292, 308, 331, 421, 425, 425, 430, 459
EL HAMMAOUI (A.)-- 25, 32, 260, 262, 263, 266, 267, 269, 296, 300, 301, 303, 306, 359, 462
EL IDRISSI (M.)----------82, 116
EL KALIOUBI (S.)----------151
EL KHOURY (M.)----------62, 467
EL MOHANDI (A.)----------159
EL QORCHI (M.) ---------- 211, 467
ELGARI (M.A.)----------341
ELHABBOULI (H.)---------423, 424, 425, 432, 434
ELHAMMA (.)----------117
EL-HAWARY (D.)---------- 27
EL-KETTANI (O.) ---------- 303, 304
ELMELKI (A.) ----------296
ELME IANE (A.) ----------439
EL-SANHOURY (A.)----------283
ESCH (L.) ----------187
ÉTIENNE (B.) ----------226

F

FABRE-MAGNAN (M.)---------- 317, 454
FARHAT (R.) ----------313
FAROOK (S.)----------312

FIERENS (J.) ---------- 39
FILLE-LAMBIE (O.) ----------368
FINOUILLET (D.) ----------278
FONTAINE (M.)----------338
FORGET (E.) ---------- 81, 101, 115, 228, 443, 467
FOSTER (J.) ---------- 36, 475
FOUCHARD (Ph.)----------378
FOURET (J.)----------377
FUKUYAMA (F.) ----------451

G

GAILLARD (E.)---------- 367, 454
GALLOUX (M.) ----------73, 321, 459
GAUCHET (M.)----------232
GAUDIN (Ch.) ----------212
GAUTIER (P.)---------- 332, 455
GAVALDA (Ch.) ----------267, 300, 317, 454
GECHEVA (K.) ---35, 62, 104, 167, 194, 197, 204, 205, 206
GEISSER (V.)----------450
GENC (T.) -----163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 252, 406
GHANEM (M.A.) ----------381
GHESTIN (J.)---------- 275, 454
GILKES (G.) ---- 62, 104, 167, 194, 197, 204, 205, 206
GIRARD (P.-F.) ----------399
GOBERT (M.)---------- 325, 454
GOLDMAN (B.) ---------- 367, 378, 454
GOLD IHER (I.) ---------- 46, 59, 454
GONOD (P.) ----------369
GÖNÜLAL (O.) ---------- 430, 458
GRANGEREAU (P.) --52, 297, 330, 339, 390, 467, 475
GRATALOUP (Ch.)----------129
GUÉRANGER (F.) -- 22, 25, 32, 43, 52, 55, 56, 61, 64, 65, 69, 85, 87, 88, 94, 96, 102, 109, 118, 120, 164, 210, 216, 218, 219, 220, 221, 223, 229, 251, 256, 257, 258, 259, 264, 266, 268, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 283, 285, 286, 288, 290, 293, 295, 317, 335, 340, 341, 342, 343, 347, 373, 376, 400, 404, 405, 410, 415, 419, 423, 424, 425, 429, 431, 433, 440, 444, 447
GUERMAS-SAYEGH (L.) ----22, 35, 38, 43, 46, 55, 69, 79, 86, 92, 94, 99, 101, 105, 106, 110, 119, 135, 148, 151, 163, 164, 170, 173, 179, 190, 317, 476
GUIDÈRE (M.)----------450
GUILLAUME (G.) ----------209
GUILLAUME-HOFNUNG (M.) ----------360
GUILLOT (J.-L.)---------- 237, 467
GUINCHARD (S.)----------356, 361, 453

H

HAENNI (P.) ----------438
HAJJAR (M.A.) ---------- 218, 266
HAJJY (A.) ---------- 18
HALADIJAN (M.)----------435
HALPERIN (J.-L.) ----------229
HAMED (N.) ---------- 340, 352
HAMIDACHE (N.)---------- 18
HAMMAOUI (A.) ----------409
HAMRA KROUHA (M.) ---------- 371, 376
HANNEQUART (I.)----------130
HARDY (N.) ---------- 155, 165, 167, 174
HAROUN (M.)--52, 297, 330, 339, 390, 467, 475
HAR I (A.)----------92, 230, 323, 467, 476
HASSAN (K.) ---------- 250, 330
HASSEN (H.) ----------345, 346, 468

HASSOUNE (A.)---- 32, 33, 78, 96, 143, 146, 148, 156, 159, 161, 170, 175, 238, 270, 273, 435, 468
HAYES (S.) ----------425
HA OUG (S.) ---------- 101, 164, 394, 468, 469
HEGA Y (W.)---------- 303, 339
HERMET (G.)----------203
HESSE (H.) ----------89, 134, 475
HEU E (V.)----------386
HIDEUR (N.) --38, 86, 93, 94, 153, 178, 214, 320, 468
HIMEUR (Ch. M.)----------20, 420, 460
HOAREAU-DODINAU (J.) ----------325
HOBEIKA (S.)----------442
HOEPFFNER (H.) ----------369
HUGON (Ph.)----------130
HUNTINGTON (S.) ----------225

I

IBN ABIDIN----------362
IBN AL-HAJJAJ ---------- 50
IBN ḤANBAL (A.)---------- 9, 59
IBN KATIR (A.) ---------- 66
IBN KOUDAMA----------362
IBN MĀJJĀ (A.) ----------51, 348
IBN TAYMIYA (T.A.)-----60, 75, 276, 16, 276, 308
IQBAL (M.) ---125, 126, 128, 137, 147, 152, 163, 170, 200, 202, 405, 478

J

JAFARI (A.)----------316, 317, 460
JAHEL (S.)----------226, 255, 277, 386, 387, 454
JAIDANE (R)----------371
JARROSSON (Ch.) ----------364, 370, 454
JAUFFRET-SPINOSI (R.D.) ---------- 52
JAVANSHIR (H.)----------272
JEFFERS (A.) ----------218
JÉGOU O (L.)----------337
JERE (O.)---------- 313, 350
JIHED (S.) ---------- 260, 462
JOHANSEN (B.) ----------252, 286, 304
JOUABER-SNOUSSI (K.) ----------24, 404
JOUINI (E.) 23, 31, 35, 62, 69, 84, 102, 104, 108, 151, 157, 164, 167, 173, 174, 175, 178, 194, 197, 204, 205, 206, 213, 234, 237, 238, 241, 242, 243, 252, 265, 272, 322, 359, 460, 476
JOURDAIN (P.)---------- 343, 454
JULIENNE (M.)----------325

K

KAABACHI (S.) ----------408
KAHN (Ph.) ----------338
KALAI (F.) ----------89, 296
KAMAL (M.) ----------82, 116
KAMMOUN (A.) ---------- 30, 326,
KAMMOUN MASMOUDI (W.)----- 30, 49, 70, 84, 133, 139, 165, 166, 167, 215, 216, 217, 468
KARICH (I.)----------393, 398, 422
KASSIS (A.)---------- 361, 454
KETTANI (M.) ---------- 294, 409
KETTEL (B.) ----------124, 125, 458
KHAIR (A.) ---------- 38
KHALAF (R.) ---------- 140, 476
KHALLAF (A.)----------44, 454
KHAN (F.) ----------126
KHAN (M.)----------187
KHAN (T.) ----------204
KHAN (T.) - 87, 90, 100, 103, 114, 122, 147, 152, 157, 184, 185, 187, 188, 190, 198, 199, 201, 202, 204, 205, 271, 336, 358, 405, 445, 458, 472, 475, 477

KHANDELWAL (S.K.)----------187
KHOUILDI (A.)---------- 26
KIEFFER (R.) ----------187
KIRAT (Th.) ---------- 287, 455
KLEIN (P.-O.) ----------157, 221, 287
KROLL (P.) ---------- 28
KUN (Ch.) ---------- 211, 476

L

LABNIOURI (Kh.) ---- 85, 197, 199, 220, 222, 468
LABONNELIE (B.)---------- 372, 462
LAHLOU (M.T.) ----------69, 119, 218
LAHRECH (Gh.) ----------354
LALLMAHAMOOD (M.) --------118, 119, 139, 468
LAMBERT-FAIVRE (Y.)----------415
LAOUST (H.)---------- 266, 455
LARAMÉ (J.-P.)---------- 135, 466
LARAMÉE (J.-P.) --- 18, 33, 44, 60, 105, 125, 135, 136, 139, 141, 142, 169, 234, 241, 255, 270, 464, 466, 467, 468, 472
LARROUMET (Ch.)---------- 325, 455
LASSERRE CAPDEVILLE (J.) 38, 68, 80, 85, 86, 88, 101, 190, 207, 210, 217, 243, 315, 316, 325, 326, 328, 332, 344, 345, 347, 394, 444, 445, 468, 469, 470
LATRACHE (H.)----------168, 199, 471
LAURANS (Y.) ----------337
LAUTIER (D.) ---------- 29
Le CANNU (P.) ---------- 82
LE CORRE (P.-M.) ---------- 400, 455
LE DOLLEY (E.)----------233
LE TOURNEAU (Ph.) ---------- 354, 455
LEBEL (G. A.) ----------130
LEBEN (Ch.) ----------381
LEBOULANGER (Ph.) ----------379
LÉCUYER (H.)---------- 287, 313, 315, 319, 476
LEDUC (F.) ----------309
LEFEBVRE (M.)----------129
LEGEAIS (D.)---------- 298, 455
LEIMBACH (M.)----------329
LEMAIRE (S.) ----------386
LENGLET (M.) ---------- 28
LEPOUTRE (Ph.) ---------- 266, 469
LEVENEUR (L.) ----------415
LÉVY (A.) ---------- 95
LEWIS (M.)---------- 250, 330
LIBCHABER)(R. ----------278
LICHÈRE (F.) ----------296, 369, 456
LIGNIÈRES (P.) ---------- 371, 456,
LINANT DE BELLEFONDS (Y.) ----------225
LOMBARD (J.)----------129
LONCLE (J.-M.)----------368
LÓPE (Th.)----------187
LUDOVIC (F.) ----------210, 211, 455
LUT (G.)---------- 64

M

MAA OU (J.)---------- 197, 208
MABID (J.) ---------- 137, 464
MADJOUR (Q.)---------- 318, 462
MADKHALI (A.)19, 114, 340, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 366, 382, 401, 462
MAJIDI (E.)---22, 23, 32, 180, 201, 395, 439, 463
MAKHLOUF (A.) ----------33, 423
MALAURIE (Ph.) ---------- 332, 337, 399, 452, 455
MALECKI (C.)---------- 82, 234, 470
MALLAT (M.)----------125
MARTENS (A.) ----------39, 159, 446, 469, 477
MARTIN (V.)----------239
MARTIN-SISTERON (H.)----------237, 277, 470
MARTY (F.) ----------455
MATHEY (N.)---------- 403, 470

MATTOUT (J.-P.) ----------329
MAYER (P.) ----------386
MA EK (A.) ---------- 411, 415
MÉKOUI (F.) ---------- 207, 465
MELIANI (H.) ----------414
MELLERAY (F.) ----------369
MELLIANI (H.) ---------- 27
MENDY (A.) ----------208
MERBOUH (K.) ----------429, 430, 459
MERTON (R.) ---------- 217, 453
MESCLIER (E.) ----------129
MESSNER (F.) ---------- 231, 471
METAIRIE (G.) ---------- 325, 470
MEUNIER (F.) ---------- 71
MICHALET (Ch. A.) ---------- 129, 131
MIGNOT (M.) ---------- 347, 470
MILLIOT (L.) --41, 52, 53, 57, 275, 278, 327, 456, 477
MOATÉ (M.)--- 19, 20, 23, 26, 27, 41, 47, 49, 53, 55, 57, 59, 62, 64, 72, 73, 78, 107, 114, 117, 161, 162, 168, 210, 217, 219, 220, 223, 224, 225, 228, 238, 239, 240, 241, 243, 249, 251, 252, 255, 270, 271, 274, 276, 277, 278, 288, 293, 294, 307, 308, 321, 323, 329, 357, 358, 376, 383, 384, 385, 388, 389, 392, 398, 400, 401, 402, 404, 406, 410, 411, 440, 441, 446, 451, 463
MODERNE (F.) ---------- 337, 453
MOHAMED KABIR (Y.) ---------- 305, 470
MOHIELDIN (M.) ---------- 138, 477
MOHYEDDIN (A.) ----------415, 419, 470
MOLO (G.) ----------313
MONTEL-DUMONT (O.) ---------- 18
MOREIL (S.) ----------354
MOREL (Ch.) ---------- 29
MORIN (A.) ----------418
MOULIN (J.-M.)----- 82, 234, 240, 302, 413, 445, 460, 470
MOUSSERON (J.-M.) ---------- 250, 470
MUSA (M.Y.) ---------- 47
MUSHTAQ HUSSAIN (M.) ----------430

N

NAJJAR (R.) ---------- 299, 463
NAMMOUR (F.) ---357, 361, 364, 365, 382, 383, 387, 389
NAMMOUR (N.) 38, 49, 53, 68, 75, 79, 216, 456, 470
NAUDET (J.-Y.) ---------- 232, 477
NEHMÉ (A.) ---------- 434, 460
NEKAA (M.)-- 26, 80, 86, 96, 122, 123, 142, 157, 159, 161, 396, 397, 413, 442, 470
NEMADEU DJUITCHOKO (E.) ----------350
NESTOROVIC (C.) ----------446
NETHERCOTT (C.) ----------417, 433, 458
NIENHAUS (V.) ---------- 125, 471
NKOUNKOU (E.A.) ----------372
NOWAK (M.) ----------413

O

OBAIDULLAH (M.) ----------269
OBEIDI (.) ----------151, 251, 463
ODDOS (S.) ----------168, 199, 471
OPPETIT (B.) ---------- 227, 456
OULD-BAH (M.F.) ----------67, 463
OUREGHDA (M.) ----------376

P

PARKER (M.) ----------314
PARLEANI (G.) ----------358
PASTRE (O.) ---------167, 173, 174, 175, 178, 322

PASTRÉ (O.) -----23, 27, 31, 35, 69, 84, 102, 151, 157, 164, 213, 234, 237, 238, 241, 243, 252, 272, 359, 460, 476
PATEL (M.) ----------254, 263, 402, 477
PENÃ-RUI (H.) ---------- 232, 456
PETRELLA (R.)----------131
PEYREFITTE (A.) ---------- 67
PIEDELIÈVRE (S.) ----------267, 347, 456
PINGEL-LENU A (I.) ----------380
PLUCHART (J.-J.) ----------208
POMIÈS (O.)----------361
POMMIER (Ch.) ---------- 229, 456
PRAS (B.)---------- 274, 471
PRÉLOT (P.-H.)---------- 231, 471
PROST (M.)----------377
PUTMAN (E.)----------267, 449, 456

R

RADI (B.)----------150, 152, 155, 157
RAMBAUD (Th.)----------167
RANGEON (F.) ---------- 283, 456
RANOUIL (V.) ---------- 275, 456
RAYNARD (J.) ---------- 354, 452
RÉDA (R.) ----------224
REGOURD (S.) ----------209
RÉMY-CORLAY (P.)----------278
RENDERS (D.) ----------368
RHADBANE (.)---- 30, 49, 70, 84, 133, 139, 165, 166, 167, 215, 216, 217, 468
RIALS (S.) ----------370
RIASSETTO (I.) 99, 102, 198, 207, 213, 231, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 273, 471
RICHER (L.) ---------- 296, 369
RICOL (R.)---------- 31
RIPERT (G.) ----------228, 325, 356, 456
RIVES-LANGE (J.-L.)---------- 353, 355, 456
ROBERT (J.)----------366
ROCHDAHOU (O. Y.)---------- 234, 471
ROCHE (M.) ---------- 95
RODINSON (M.) ----------47, 456
ROSLY (S.)----------186
ROUPAKIA (N.) ----------26, 370, 383, 386, 387
ROUTIER (R.)--------318, 319, 320, 354, 355, 456
RUIMY (M.)------64, 86, 135, 212, 251, 395, 397, 405, 460

S

SAADALLAH (R.) ---68, 84, 87, 88, 122, 133, 134, 164, 307, 471, 477
SAADOUNI (L.)-----163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 252, 401, 406, 471
SAÏD AHMED (M.)---------- 60
SAÏDANE (D.)------ 37, 63, 65, 67, 69, 71, 72, 460
SAINT-MARC (G.) -135, 233, 236, 240, 241, 242, 265, 272, 348, 471
SAKRANI (R.) ---------- 276, 472
SALAMA (A.A.)----------362
SALEH (M.) ----------311
SARMET (M.)----------297
SCHACHT (J.) ---------- 59, 66, 215, 220, 225
SCHOENENBERGER (A.) ---------- 28
SERHAL (Sh. J.)---------- 255, 405, 412, 472
SÉRIAUX (A.) ----------287
SHALABI (M.M.) ---------- 221, 277
SHARQUAWI AL-MALKI (A.) ---------- 152, 458
SIAGH (L.)----------63, 460
SID AHMED----------123
SIDDIQ (M. N.)---------- 123, 478
SIMON (Y.)---------- 29
SMITH (H.)---------- 64, 308, 404, 478
SMOLARSKI (J.) ----------218
SOULEIMANI (R.)---------- 35

SOUMARÉ (I.)- 30, 36, 62, 83, 99, 118, 159, 163, 174
SOURDEL (D.)----------45, 456
STAT KHADIR (I.)---------- 288, 478
STERN (B.)---------- 209, 472
STIBB---------- 64
STORCK (M.)----4, 237, 240, 326, 328, 347, 394, 468, 470
STOUFFLET (J.)---------- 267, 300, 317, 333, 454
SUSEC (S.)---------- 291, 319, 324, 353, 463

T

TABOURIN (G.)---------- 233, 472
TADJEDDINE (Y.)---------- 28
TAFOTIE YOUMSI (R)---------- 371, 457
TAHIRI JOUTI (A.) -144, 146, 158, 164, 165, 167, 169, 224, 472
TAJALI (S.A.)----------316
TAMMAM (H.)----------438
TANQUEREL (Th.)----------368
TAQI (A.)---------- 18, 92, 440
TCHOUAR (J.)---------- 266, 269
TEBOUL (G.)----------368
THIAM (M.) --- 21, 22, 25, 26, 33, 46, 48, 57, 93, 100, 101, 102, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 114, 117, 118, 119, 184, 199, 215, 230, 236, 248, 256, 258, 259, 265, 269, 272, 274, 276, 282, 283, 284, 285, 286, 288, 292, 294, 308, 317, 318, 320, 322, 324, 326, 331,332, 333, 336, 340, 354, 359, 386, 395, 398, 399, 400, 407, 411, 412, 418, 425, 446, 463
THIBIERGE (C.)----------227
TIJKANI (M.E.)---------- 83
TISMAN PASHA (A.)----------430
TOLEDO (A.-M.)---------- 371, 457
TOLOBA (A.)---------- 161, 162, 272, 273, 464
TOUMI (K.)----76, 116, 158, 159, 163, 165, 169, 171, 174, 179, 180, 181, 183, 189, 193, 194, 195, 230, 238, 252, 265, 273, 295, 463, 472, 500
TOUSSI (A.)---------- 210, 399
TRABELSI (M.)----------131
TROSA (S.)----------455
TSOBGNI DEJOUMETIO (N.)----------350
TURKI (A.)---------- 54, 59
TTYAN (E.)---------- 283, 457

U

USMANI (M.T.)---------- 295, 339, 405, 458

V

VALÉRIAN (F.)---------- 29
VASSEUR (M.)---------- 328, 457
VAUDOUR-LAGRACE (C.)---------- 274, 471
VELUT (S.)----------129
VERNIER (E.)----------212
VÉ IAN (J.)---------- 356, 457
VIDAL (D.)----------368
VILLERS (R.)----------399
VINCENT (O.)----------267
VIRALLY (M.).----------377
VISSER (H.)---------- 140, 478
VOGEL (F.)----------425
VOISIN (A.)----------455

W

WAKED JABER (R.)----------381
WALI (F.)---------- 361, 457
WAKED JABER (R.)----------381
WEIL (P.)---------- 377, 381

WEILL (L.) 36, 85, 89, 90, 91, 134, 140, 141, 185, 186, 472
WICKER (G.)----------278

Y

YAGI (A.)----------27, 257, 294, 411, 457
YAHIA (K.) ----------126, 134, 139, 473
YAHYAOUI ROCHDAHOU (O.)---------- 139, 478
YANAGIHASHI (H.)----------341, 342, 473
YOLKA (Y.)----------369

Z

ACHARIE (A.) ----------130
ARKA (M.)----------420
EIN (M.)---------- 308, 478
IED (C.)----------208
IKRIA (N.A.) ---------- 41, 52, 457

INDEX THEMATIQUE

A

Adossement de l'opération financière à des actifs réels, 5, 91, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 118, 120, 159, 162, 166, 216, 170, 235, 247, 250, 269, 272, 375, 401, 406, 408, 436, 441

Arbitrage, 26, 38, 49, 53, 75, 79, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 378, 379, 380, 382, 437

B

Banque islamique de développement, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 121, 184, 189, 195, 378, 381

C

CONTRÔLE DE LA FINANCE ISLAMIQUE :

Contrôle religieux : Comité de la *sharī'a*, 23, 24, 63, 66, 82, 84, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 174, 180, 182, 189, 190, 196, 198, 207, 217, 292, 318, 323, 326, 329, 330, 402

Contrôle légal : Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques (l'AAOIFI), 111, 116, 117, 153, 159, 183, 195, 219, 225, 248, 249, 368, 378, 390, 391, 393, 394, 398, 413

Contrats nommés et innomés, 26, 33, 235, 236, 238, 243, 244, 245, 246, 259, 260, 278, 314, 351, 348, 398, 401, 414

Contrats à caractère participatif, 5, 11, 18, 88, 91, 96, 114, 152, 153, 154, 160, 224, 284, 290, 305, 307, 317, 401

- ***Mūḍaraba***, 5, 6, 11, 13, 18, 89, 96, 114, 157, 158, 160, 161, 162, 165, 167, 174, 185, 201, 202, 203, 213, 224, 230, 231, 232, 240, 249, 284, 290, 307, 317, 369, 372, 373

Contrat à caractère commercial :

- ***Ijarā*** **(crédit-location)**, 5, 6, 10, 89, 95, 114, 165, 166, 167, 174, 183, 202, 203, 213, 220, 224, 236, 249, 250, 284, 290, 304, 307, 317, 319, 328, 348, 351, 368, 372, 401, 409, 467

- ***istisnā'*** **(contrat de vente dont l'objet n'existe pas au moment de la transaction)**, 5, 6, 34, 81, 89, 114, 157, 164, 167, 199, 224, 239, 244, 267, 273, 284, 317, 326, 348, 351, 401, 410

- ***Mūrabaḥa,*** 5, 11, 13, 89, 96, 114, 157, 158, 160, 161, 162, 165, 167, 174, 185, 201, 202, 203, 213, 224, 230, 231, 232, 240, 249, 284, 290, 317, 372, 373

Salām **(contrat d'achat avec livraison différée)**, 5, 6, 8, 18, 34, 81, 89, 96, 157, 162, 163, 164, 167, 173, 174, 199, 205, 225, 231, 232, 239, 249, 267, 273, 297, 314, 317, 326, 348, 349, 372, 401, 410

Ṣūkūk (titre obligataire), 5, 13, 95, 154, 155, 156, 157, 183, 213, 216, 219, 220, 221, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 273

D

Garanties en droit musulman

Cautionnement (*ḍamān*), **hypothèque** (rāhn), 25, 87, 91, 171, 217, 224, 275, 276, 277, 279, 304, 335, 378, 395

E

Essor de la finance islamique, 29, 36, 51, 77, 85, 107, 118, 122, 124, 125, 126, 128, 131, 135, 141, 146, 156, 168, 181

F

Fatwa ou avis juridique des théologiens-juristes, 75, 105, 107, 218, 318, 326, 329, 330, 341, 387, 412

Fenêtres ou guichets islamiques, 123, 141, 142, 143, 145, 176, 187, 409

Finance islamique, une alternative, 5, 6, 19, 20, 22, 32, 34, 36, 37, 45, 46, 73, 96, 116, 123, 151, 154, 165, 174, 200, 210, 214, 216, 231, 248, 272, 310, 359, 373, 380, 388, 391, 392, 395, 403, 404, 412, 415

I

Les activités illicites (*ḥaram*) en finance islamique :

Interdiction de la spéculation (mayssir), 11, 23, 62, 67, 77, 82, 99, 132, 250

Interdiction du hasart (*gharār*), 5, 6, 20, 23, 26, 45, 46, 67, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 95, 96, 99, 112, 132, 148, 163, 165, 174, 200, 201, 204, 205, 213, 216, 219, 224, 231, 233, 238, 248, 250, 251, 265, 271, 272, 273, 295, 304, 317, 320, 325, 347, 356, 366, 375, 376, 382, 387, 398, 400, 401, 402, 405

Interdiction de l'intérêt ou ribā, 5, 6, 12, 22, 27, 28, 33, 34, 37, 40, 44, 62, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 99, 106, 110, 122, 136, 166, 193, 205, 206, 213, 216, 219, 224, 230, 231, 233, 241, 242, 247, 250, 263, 264, 265, 270, 272, 281, 284, 287, 289, 297, 298, 304, 310, 317, 320, 334, 347, 356, 364, 366, 368, 371, 372, 373, 375, 376, 379, 381, 382, 385, 392, 394, 401, 402, 411

M

Modèles des banques islamiques, 133, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 413

N

Notion de *Fīḳh* (jurisprudence islamique), 9, 45, 103, 181, 205, 228, 232, 288, 289, 373, 417

Notion de risque, 8, 23, 24, 29, 35, 78, 79, 82, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 107, 108, 109, 131, 132, 149, 153, 155, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 183, 185, 199, 201, 202, 203, 208, 210, 213, 215, 221, 224, 227, 232, 247, 251,265, 270, 271, 272, 273, 275, 279, 282, 287, 297, 300, 304, 315, 317, 325, 328, 348, 381, 382, 384, 388, 390, 391, 393, 394, 402, 406

Notion de pénalités de retard de remboursement de la dette en droit musulman, 25, 27, 161, 286, 287, 289, 359, 366, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 375, 402

O

Les obligations dans la pensée musulmane, 156, 290, 295, 298, 302, 305, 315, 363

P

Partage des pertes et des profits, 5, 23, 25, 32, 66, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 99, 101, 118, 132, 142, 147, 149, 150, 154, 167, 171, 187, 188, 208, 216, 219, 224, 233, 247, 250, 254, 274, 284, 297, 309, 311, 312, 313, 317, 320, 335, 346, 375, 384, 387, 396, 397, 399, 401, 406, 412

Q

Ḳarḍ al-ḥassān ou prêt gratuit, 5, 6, 12, 28, 283, 293, 376, 381, 403, 414

R

Responsabilité en droit musulman, 27, 36, 86, 106, 149, 175, 176, 186, 226, 237, 266, 267, 268, 269, 298, 299, 300, 306, 309, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 348, 358, 363, 366, 371, 374, 402, 407, 413

S

Sharī'a au cœur des contrats de financement, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 239, 244, 246, 247, 248, 250, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 265, 272, 274, 275, 280, 281, 287, 288, 289, 292, 307, 313, 314, 315, 318, 324, 328, 329, 330, 334, 350, 351, 355, 356, 357, 358, 368, 369, 371, 373, 374, 382, 384, 385, 386, 391, 393, 397, 398, 408, 414

T

Takāfūl (Assurance islamique), 5, 6, 13, 28, 62, 376, 381, 382, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 398, 399, 400, 403, 414

Z

Zakāt ou l'obligation de l'aumône, 5, 6, 14, 25, 27, 48, 69, 104, 117, 171, 217, 303, 318, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 402

ANNEXES

ANNEXE 1 :

Méthode adoptée pour la transcription des caractères Arabes

Consonnes

ء	’	ض	ḍ
ب	b	ط	ṭ
ت	t	ظ	ẓ
ث	th	ع	‘
ج	dj	غ	Gh
ح	ḥ	ف	f
خ	kh	ق	ḳ
د	d	ك	k
ذ	dh	ل	l
ر	r	م	m
ز	z	ن	n

Voyelles

أ	ā
	ū
ي	ī

Voyelles brèves

◌َ	a
◌ُ	u
◌ِ	i

Source *: Encyclopédie de l’Islam,* éd. Brill, 1993.

ANNEXE 2 :

Tableau résumant les différents risques rencontrés par les banques islamiques

1. Le risque de crédit

Murabaha	Salam	Istisna'	Ijara	Mudaraba et musharaka
Défaut/retard de paiement du l' acheteur du bien financé par la banque islamique. Les pénalités de retard ne peuvent être appliquées. Retard/défaut de livraison du bien à la date convenue selon la qualité et la quantité spécifiées dans le contrat. Quand le Salam est adossé à un Salam parallèle, le défaut ou le retard de livraison par le vendeur est susceptible d'engager la responsabilité de la banque envers le deuxième acheteur. Donc la banque doit rembourser le Retard de livraison de l' actif fabriqué/construit par l'entreprise chargée des travaux. La banque islamique s' expose au risque de non achèvement de la construction/fabrication de l' actif dans le contrat d' Istisna' a parallèle surtout que la banque paie en avance et l'entreprise (le Sanii) n' achève pas la construction dans les délais convenus. Le retard de livraison peut générer un surcoût. Défaut ou retard de paiement des loyers par le locataire. La banque islamique, entant que	Retard/défaut de livraison du bien à la date convenue selon la qualité et la quantité spécifiées dans le contrat. Quand le Salam est adossé à un Salam parallèle, le défaut ou le retard de livraison par le vendeur est susceptible d'engager la responsabilité de la banque envers le deuxième acheteur. Donc la banque doit rembourser le prix et dédommage le 2ème acheteur ou achète un bien similaire pour honorer le deuxième contrat. La livaion du bien sans respecter les modalités spécifiées dans le contrat (qualité, quantité) Défaut de paiement du client. Dans le cas d'un contrat agricole, le risque de contrepartie peut être dû à	Retard de livraison de l' actif fabriqué/construit par l'entreprise chargée des travaux. La banque islamique s' expose au risque de non achèvement de la construction/fabrication de l' actif dans le contrat d' Istisna' a parallèle surtout que la banque paie en avance et l'entreprise (le Sanii) n' achève pas la construction dans les délais convenus. Le retard de livraison peut générer un surcoût. La réalisation de l'ouvrage sans respecter les prescriptions techniques et les modalités spécifiées dans le contrat. Défaut/ retard de paiement du client acheteur qui ne peut pas honorer ses engagements bien	Défaut ou retard de paiement des loyers par le locataire. La banque islamique, entant que propriétaire du bien, peut saisir le bien loué si le locataire n'honore pas ses engagements.	La perte du capital investi. Non-paiement de la part des bénéfices.

propriétaire du bien, peut saisir le bien loué si le locataire n'honore pas ses engagements. La perte du capital investi. Annulation du contrat par le client donneur d'ordre : l'une des conditions de validité de Murabaha est basée sur le fait que la banque doit acheter le bien et transférer ensuite le droit de propriété au client. L'ordre émanant du client ne constitue pas un contrat de vente mais une simple promesse d'achat. Le client peut renoncer à la promesse de vente. C'est le risque de contrepartie le plus important émanant du contrat Murabaha. Non livraison du bien par le fournisseur d'où aucune obligation de paiement du client donneur d'ordre.	des facteurs climatiques par exemple dépassant la volonté de la contrepartie.	que la construction du bien progresse.		

2. Risque de prix

	Murabaha	Salam	Istisna'	Ijara
Risque demarché	Le client demandeur d'ordre d'achat dispose d'une option d'annuler sa demande d'achat. Si c'est le cas, la banque islamique se trouve avec l'actif qu'elle a acheté dans l'intention de le revendre au client et se trouve donc obligé de le vendre sur le marché au prix du marché qui pourrait être inférieur au prix d'achat initial. La banque enregistre dans ce cas une perte. La détention de cet actif fait subir la banque des coûts additionnels (assurances, dommages pour des produits périssables, coût de stockage)	C'est le risque de perte à la suite d'un prix spot à la date de livraison inférieur au prix payé à la date initiale. Dans le contrat Salam avec un Salam parallèle, si le vendeur ne livre pas l'actif dans les délais convenus, la banque islamique est obligé de l'acheter sur le marché au prix spot pour honorer ses engagements avec le client acheteur. A part le risque de crédit (perte résultant du défaut du vendeur), la banque islamique est exposée au risque de marché résultant d'un prix du marché (que la banque islamique doit payer) supérieur au prix payé initialement dans le contrat Salam.	Si l'acheteur fait défaut de paiement dans un contrat Istisna' a, la banque islamique doit trouver un autre acheteur pour l'actif construit/fabriqué. La banque est ainsi exposée au risque de marché du fait que le nouveau prix proposé pourrait être inférieur au prix initial dans le contrat.	Le client de la banque islamique peut ne pas respecter le contrat et décide de ne plus louer l'actif et donc payer ses loyers, la banque islamique (qui a déjà acquis l'actif où a fait un ordre d'achat de cet actif non annulable), se trouve obligé de le louer à un autre client (ou de le vendre) en contrepartie des loyers (à un prix de vente) inférieur aux loyers convenus initialement (ou prix initial d'achat) dans le contrat ogal.

Source : Kaouther TOUMI, *Structure de capital, profitabilite et risques des banques islamiques*, pp. 57 et 59.

Enchevêtrement des risques dans un contrat tripartite

Risque	Situation
Risque de crédit	Le Client ne paie pas ses échéances et/ou le Vendeur ne livre pas la maison à temps.
Risque de taux de référence	Comme expliqué précédemment, les taux LIBOR sont des benchmarks pour le calcul du taux de rendement des comptes PSIA. Une variation des taux d'intérêts entre le début et la fin d'un contrat à paiement différé (*Ijara* - leasing) peut donc comporter un risque pour les IFI.
Risque de marge	Si le taux LIBOR augmente entre le début et la fin du contrat, la Banque aura permis au client d'acquérir la maison avec une marge inférieure à celle qu'elle aurait pu pratiquer à l'échéance, car la Banque va ajuster en fin d'année les profits des comptes PSIA aux taux LIBOR. En d'autres termes, la banque risque de distribuer plus de profits qu'elle ne gagne de marges (Sundararajan, V., et Errico L, 2002. p.12). D'après une étude de la BID (2002, p.153), les IFI utilisent des taux de marge flottant pour ce protéger contre ce risque. À l'initiation du contrat, la marge est fixe puis réévaluée périodiquement. Cependant, ce outil de gestion des risques est interdit par la *Chari'a (ibid.).*
Risque de fluctuations des prix	Si les prix de l'immobilier diminuent entre l'initiation du contrat et la livraison du bien, la banque reçoit le bien immobilier du Vendeur dont la valeur a diminué. A contrario, si le prix du bien devait augmenter durant ce même laps de temps, la banque serait dans la même situation mais avec le contrat qui le lie avec le Client.

Source : Karim CHERIF, La finance islamique, pp. 45-46

ANNEXE 3 :

Guide sur *l'élaboration des prospectus ṣūkūk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'administration sur un marché réglementé*

SOMMAIRE

Quel est le contenu d'un prospectus sukuk ? p.2

Quels sont les éléments relatifs à la compatibilité de l'émission avec la loi islamique à insérer dans un prospectus sukuk ? p.2

L'AMF a-t-elle des exigences complémentaires par rapport à la directive Prospectus ? p.2

La langue française est-elle obligatoire pour l'élaboration du prospectus sukuk ? p.2

Quand doit-on produire un résumé ? p.3

Quels sont les délais réglementaires d'instruction pour l'obtention d'un visa sur le prospectus sukuk ? p.3

Les titres cotés sont-ils nécessairement libellés en euros ? p.3

Une fois admis sur un marché réglementé français, dans quelle langue l'information périodique et permanente doit-elle être publiée ? p.3

L'émetteur peut-il choisir le compartiment de cotation ? p.4

Une double cotation est-elle possible ? p.4

La notation financière d'une émission de sukuk par une agence de rating est-elle obligatoire ? p.4

Quelle est l'articulation entre les schémas du règlement européen et le contenu d'un prospectus sukuk ? p.5

Quel est le contenu d'un prospectus sukuk ?

Le règlement européen ne prévoit pas de schéma spécifique aux sukuk. Il précise en revanche que lorsqu'un prospectus est relatif à une valeur mobilière assimilable mais non identique à l'une des catégories de valeurs mobilières visées par le règlement européen, l'émetteur intègre dans le schéma de note retenu pour cette valeur mobilière les compléments d'information pertinents, tirés d'un des autres schémas de notes déjà prévus par le règlement européen. L'émetteurv définit donc le contenu précis du prospectus en prenant en compte les caractéristiques financières des sukuk qu'il envisage de faire admettre à la cotation (cf. « Quelle est l'articulation entre les schémas du règlement européen et le contenu d'un sukuk ?»).

Quels sont les éléments relatifs à la compatibilité de l'émission avec la loi islamique à insérer dans un prospectus sukuk ?

La compatibilité de l'émission avec les principes de la sharia ne relève pas de la compétence de l'AMF. Il appartient aux émetteurs, avec l'aide de leurs conseils, d'inclure dans le prospectus d'admission les éléments pertinents, y compris les détails nécessaires concernant le Sharia Board impliqué dans l'opération, qui permettent aux investisseurs d'apprécier l'opportunité d'investir dans les sukuk.

L'AMF a-t-elle des exigences complémentaires par rapport à la directive Prospectus ?

Non, le régime réglementaire concernant les titres admis aux négociations sur un marché réglementé est le même partout en Europe.

La langue française est-elle obligatoire pour l'élaboration du prospectus sukuk ?

L'usage de la langue française n'est pas une obligation en cas de simple admission de sukuk aux négociations sur un marché réglementé français, le prospectus sukuk peut aussi être rédigé en anglais (1).

Quand doit-on produire un résumé ?

Un résumé n'est exigé qu'en cas de demande d'admission aux négociations sur un marché réglementé portant sur des sukuk dont la valeur nominale est inférieure à 50 000 euros. Il expose brièvement et dans un langage non technique les principales caractéristiques de l'émetteur, des garants éventuels et des titres, ainsi que les principaux risques présentés par ceux-ci.

Quels sont les délais réglementaires d'instruction pour l'obtention d'un visa sur le prospectus sukuk ?

Le délai prévu par la directive Prospectus et transposé dans le règlement général de l'AMF est de 10 jours ouvrés. Lors du dépôt du projet de prospectus, qu'il s'agisse d'un prospectus unique ou d'un prospectus de base, l'Autorité des marchés financiers adresse un avis de dépôt à l'émetteur dès lors que le dossier est complet. Elle notifie ensuite son visa dans le délai de 10 jours suivant la délivrance de cet avis de dépôt.

Les titres cotés sont-ils nécessairement libellés en euros ?

L'AMF n'impose aucune contrainte quant aux devises retenues pour l'émission des titres.

Une fois admis sur un marché réglementé français, dans quelle langue l'information périodique et permanente doit-elle être publiée ?

L'information périodique et permanente peut être publiée en anglais (2) lorsque l'émetteur a son siège hors de l'Espace économique européen ou lorsque la valeur nominale des titres admis aux négociations est égale ou supérieure à 50 000 euros.

Pour les sukuk dont les coupures ont une valeur nominale égale ou supérieure à 50 000 euros ou un montant équivalent en devise étrangère, l'émetteur n'est pas soumis à l'obligation de publier des comptes annuels en France.

L'émetteur peut-il choisir le compartiment de cotation ?

L'émetteur est libre de choisir le compartiment de cotation pour ses sukuk (par exemple, le compartiment professionnel).

Une double cotation est-elle possible ? La multi-cotation ne pose aucun problème.

Un prospectus visé à Paris peut par ailleurs faire l'objet d'un certificat d'approbation, dit « passeport ». C'est une procédure simple et quasi automatique pour les émetteurs. Les titres peuvent faire l'objet d'une cotation sur plusieurs places, à leur convenance. En pratique, le certificat d'approbation peut être délivré par l'AMF sans délai et sans frais lorsque l'émetteur en a fait la demande au moment du dépôt du projet de prospectus. Ce certificat est transmis par l'AMF aux régulateurs des autres Etats membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen dans lesquels l'émetteur souhaite utiliser son prospectus.

La demande de passeport peut bien entendu intervenir à tout moment. L'AMF rappelle que l'intérêt de formuler cette demande en amont permet simplement à l'émetteur de s'organiser pour prévoir la traduction du résumé pour les différents pays demandés.

La notation financière d'une émission de sukuk par une agence de rating est-elle obligatoire ?

Le règlement général de l'AMF n'impose aucune contrainte de notation financière d'une émission de sukuk.

Le prospectus mentionne simplement et de manière claire la notation ou l'absence de notation de l'émission visée.

Quelle est l'articulation entre les schémas du règlement européen et le contenu d'un prospectus sukuk ?

Schémas possibles envisagés pour des coupures ayant un montant unitaire supérieur ou égal à 50 000 euros :

1. A titre d'exemple, dans le cas où la rémunération et le remboursement du sukuk reposent principalement sur les actifs sous-jacents, le prospectus est préparé sur la base de l'annexe XIII du règlement européen concernant les caractéristiques de l'opération et des annexes relatives aux « titres adossés à des actifs » en ce qui concerne l'émetteur et les actifs (annexes VII et VIII du règlement européen).

2. Dans le cas où les investisseurs comptent sur l'engagement d'une ou plusieurs entités pour tout ou partie des paiements dus au titre des sukuk, la description des caractéristiques des titres suit l'annexe XIII du règlement européen. De plus, le principe énoncé par la directive Prospectus aux termes duquel le prospectus doit contenir toute information importante nécessaire à un investisseur pour lui permettre de prendre sa décision en connaissance de cause, peut être généralement satisfait avec une description de la structure :

- **soit sur la base des schémas VI et IX, avec une information appropriée concernant les contrats sous-jacents ;**
- **soit sur la base des schémas VII et VIII (considérant que les contrats sous- jacents sont les éléments pertinents en la matière) avec une information appropriée sur les entités qui ont pris un engagement en tout ou partie pour les paiements dus au titre des sukuk, conformément à l'article 2.2.11 de l'annexe VIII.**

Source :

https://www.amf-france.org/Publications/Guides/Professionnels?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Fbbab9ce3-1c86-4ce6-a53b-1c4f5cd0918e

ANNEXE 4 :

Instruction sur le régime fiscal applicable aux principaux contrats de la finance islamique

- Le contrat istisna

Dispositions Juridiques Communes - Finance islamique – Régime fiscal des opérations d'istisna

1

Le présent titre traite des modalités d'imposition relatives à un des principaux outils de la finance islamique : le contrat d'istisna.

Son objet est de présenter les situations dans lesquelles ces contrats peuvent être utilisés pour le financement d'actifs ou de projets et de préciser les règles fiscales qui leur sont applicables.

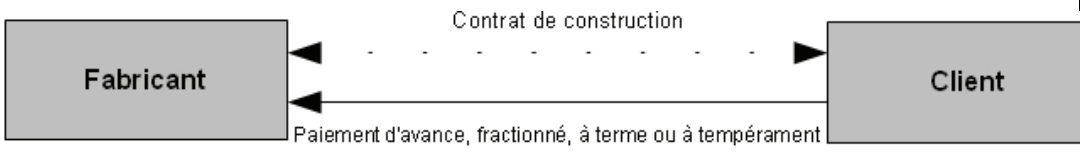
I. Caractéristiques des opérations faisant appel à l'istisna

A. Istisna

10

L'istisna est un contrat de construction aux termes duquel un Client demande à un tiers chargé de la construction, appelé « le Fabricant », de lui construire un ouvrage mobilier ou immobilier moyennant un prix payable d'avance, de manière fractionnée, à terme ou encore à tempérament. Le contrat prévoit que la propriété du bien construit est transférée au Client à l'achèvement.

Schéma illustrant l'opération d'istisna :



B. Combinaison de deux contrats d'istisna (istisna parallèle) 1. Présentation générale de l'istisna parallèle

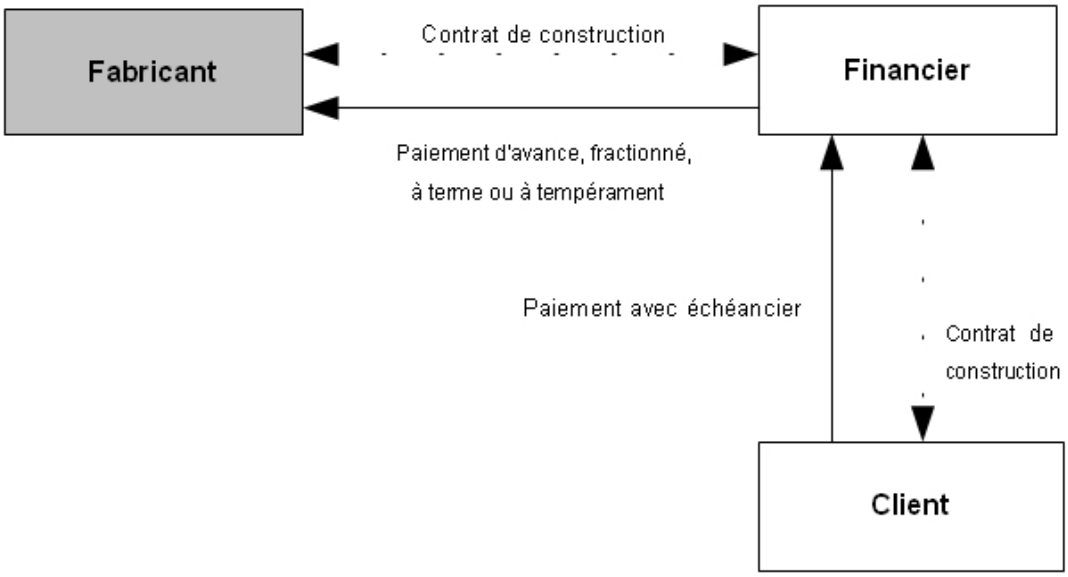
20

Dans le cadre d'une opération globale de financement de la construction d'un ouvrage, un contrat d'istisna peut prévoir l'interposition d'un Financier.

Aux termes du contrat d'istisna entre le Financier et le Fabricant, le Financier commande au Fabricant un ouvrage mobilier ou immobilier, dont la propriété est transférée au Financier à l'achèvement.

A côté du contrat d'istisna entre le Financier et le Fabricant, est par ailleurs mis en place un autre contrat d'istisna entre le Financier et le Client (celui-ci étant généralement distinct du Fabricant), dans lequel les modalités de paiement prennent généralement la forme d'un différé de paiement accordé par le Financier au Client.

En pratique, le contrat conclu entre le Financier et le Client intervient avant celui passé entre le Financier et le Fabricant et de plus les deux contrats ont les mêmes spécifications concernant l'ouvrage à construire. Le contrat entre le Financier et le Client prévoit le transfert de propriété de l'ouvrage au bénéfice du Client à l'achèvement de celui-ci.



2. Caractéristiques des opérations d'istisna parallèle

30

Dans ces opérations, le Financier peut être conduit à facturer au Client une Commission au titre de son rôle d'intermédiation, ainsi qu'une marge (« Revenu ») au titre du différé de paiement accordé au Client.

40

Pour le bénéfice des dispositions qui suivent, et dans le cas où un différé de paiement est accordé au Client par le Financier, l'opération d'istisna entre le Financier et le Client doit réunir les conditions suivantes :

- les documents contractuels doivent clairement faire ressortir que l'actif à construire doit être livré au Client, dans un délai qui ne peut excéder six mois après son achèvement ;

- ces mêmes documents doivent stipuler le Prix total d'acquisition de l'actif par le Client. Ils doivent également permettre d'identifier comptablement et fiscalement :

- le prix d'acquisition de l'actif par le Financier ;

- le Revenu du Financier constituant la seule contrepartie du différé de paiement accordé au Client ;

- la Commission du Financier correspondant à la rémunération du Financier au titre de sa seule intermédiation, à l'exclusion de toute autre prestation ou profit (notamment la plus-value réalisée sur la cession de l'actif). La Commission doit être conforme aux pratiques usuelles en la matière.

- le Revenu du Financier doit être connu et accepté par les deux parties au contrat au moyen d'un échéancier annexé au contrat, distinguant le remboursement du prix d'acquisition, le paiement du Revenu et le paiement de la Commission ;

- le Revenu du Financier doit être expressément désigné comme étant la contrepartie du service rendu continument par le Financier au Client jusqu'au terme de l'opération et qui résulte du différé de paiement consenti à celui-ci.

Exemple : Il pourra s'agir d'une clause présentant le Revenu du Financier comme « la contrepartie du différé de paiement accordé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le Revenu du Financier jusqu'à la date de paiement effectif de l'intégralité du prix » ;

- le contrat entre le Financier et le Client doit mentionner explicitement que l'opération considérée s'inscrit dans le cadre juridique et fiscal défini par la présente instruction.

50

Pour que les opérations considérées bénéficient des dispositions de la présente instruction :
- le Financier doit disposer du statut d'établissement de crédit aux termes notamment des **articles L511-5 et L511-10 du**

Code monétaire et financier, régulièrement habilité à exercer en France ;

- ou les opérations considérées sont en-dehors du champ d'application de l'article L511-5 du Code monétaire et financier ;

- ou le Financier doit entrer dans les exceptions prévues à l'**article L511-6 du Code monétaire et financier** pour les établissements de crédit ;

- ou les opérations concernées doivent entrer dans le champ de l'**article L511-7 du Code monétaire et financier**.

Source : BOI-DJC-FIN-40-20120912
http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/6700-PGP

Contrat *ṣūkūk* d'investissement

Dispositions Juridiques communes - Finance islamique – Régime fiscal des sukuk d'investissement

1

Les développements qui suivent traitent des questions fiscales relatives à l'un des principaux outils de la finance islamique : les sukuk d'investissement et autres instruments financiers assimilés.

10

Il s'agit de déterminer les conditions dans lesquelles, compte tenu de leurs caractéristiques propres, ces instruments émis sur le fondement du droit français ou d'un droit étranger peuvent être assimilés sur le plan fiscal à des prêts, des titres de créance le cas échéant négociables ou des obligations, ainsi que de préciser le régime fiscal qui leur est applicable.

Remarque : L'administration a modifié en 2010 le régime applicable aux sukuk et produits assimilés. Les titres émis ou prêts conclus avant le 24 août 2010 demeurent régis par les règles définies au **II**, issues de l'instruction 4 FE 09 du 25 février 2009.

0912

I. Régime applicable aux sukuk d'investissement et produits assimilés

A. Caractéristiques des sukuk d'investissement et autres instruments financiers assimilés

1. Sukuk d'investissement

20

Les sukuk d'investissement sont ici des titres financiers hybrides négociables dont la rémunération et, le cas échéant, le principal sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs sous-jacents détenus directement ou indirectement par l'émetteur. Leur porteur bénéficie d'un droit assimilé à un droit de copropriété direct ou indirect sur ce ou ces actifs. Le ou les actifs concernés sont des services, biens ou droits ou l'usufruit de ces biens ou droits.

2. Titres de créance et prêts indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs

30

De manière générale, il peut exister d'autres instruments dont la rémunération et, le cas échéant, le principal sont indexés sur la performance d'un actif. Les titres de créance, ci-après dénommés titres de créance indexés, et prêts, ci-après dénommés prêts indexés, sont ainsi des instruments dont la rémunération est indexée sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur ou l'emprunteur, ou sur les résultats de ce dernier. S'agissant des titres de créance et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le montant du principal remboursé est indexé sur la valeur de ce ou ces actifs.

3. Caractéristiques communes aux sukuk d'investissement et aux autres instruments financiers assimilés

40

Sont exposées ci-après les caractéristiques que doivent présenter les sukuk d'investissement, titres de créance et prêts indexés pour bénéficier du régime fiscal décrit en **I-B**.

a. Droits et obligations des titulaires de sukuk d'investissement ou de titres de créance ou prêts indexés

50

Ils sont désintéressés avant les associés de l'émetteur ou de l'emprunteur, quelle que soit la nature des titres de capital émis par ce dernier (comme par exemple, s'agissant des titres émis sur le fondement du droit français, des actions définies aux **articles L228-7 à L228-29-7 du code de commerce ou des parts sociales**).

60

Ils ne bénéficient pas des droits reconnus aux associés, notamment ni du droit de vote dans la structure émettrice ou emprunteuse ni du droit au boni de liquidation lors de la liquidation de celle-ci, sauf le cas échéant après conversion

de leurs titres ou de leurs prêts en titres de capital.

Ces conditions posées sont réputées remplies dans le cas de titres de créance émis par un organisme de titrisation ou de parts de fonds commun de titrisation bénéficiant du régime fiscal antérieurement applicable aux parts de fonds communs de créances.

Remarque : Sont par suite exclus les fonds supportant des risques d'assurance mentionnés aux **articles L214-49-11 à L214-49-13 du code monétaire et financier.**

b. Conditions de rémunération et de remboursement

70

La rémunération est fonction de la performance des actifs (indexation). La rémunération des sukuk d'investissement, des titres de créance et des prêts indexés est variable et fonction des bénéfices dégagés sur ces actifs ou sur les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. A cet égard, elle peut être nulle en cas de perte.

Toutefois, une cible de rémunération (« taux de profit espéré ») est indiquée aux porteurs de sukuk d'investissement, de titres de créance et de prêts indexés ; celle-ci est plafonnée à un taux de marché reconnu (par exemple : Euribor, Libor), augmenté d'une marge conforme aux pratiques observées sur le marché des titres de créance.

Pour parvenir à servir le « taux de profit espéré », le contrat peut prévoir un lissage dans le temps de la rémunération des porteurs au travers de l'activation d'un « compte de réserve » mis en place par l'émetteur. Ce compte est abondé lorsque la performance du ou des actifs est supérieure au « taux de profit espéré », et utilisé lorqu'elle est inférieure à ce taux. Ainsi, seule la rémunération correspondant au « taux de profit espéré » est exigible aux échéances de paiement prévues par le contrat (mensuelles, trimestrielles...).

Le détenteur de titre, personne physique dans le cadre de son activité professionnelle commerciale ou personne morale, est en mesure d'enregistrer à chaque échéance de paiement prévue par le contrat (mensuelles, trimestrielles, ...), la rémunération correspondant au « taux de profit espéré », diminuée le cas échéant, d'une provision déductible sur le plan fiscal dans les conditions de droit commun, notamment si le porteur démontre la probable incapacité de l'émetteur à verser le montant exigible d'ici à l'échéance du titre.

Le compte de réserve est clôturé à l'échéance du titre. L'éventuel excédent est alloué selon les modalités propres au contrat, incluant les porteurs de titres au titre de l'indexation retenue dans le contrat, voire un tiers. Il peut également être utilisé pour compenser pour les porteurs de titres tout ou partie d'une éventuelle perte en capital lors de la revente des actifs (cf. **I-A-3-b § 90**).

Le remboursement du principal peut être partiel du fait de l'indexation retenue dans le contrat. Le remboursement des sukuk d'investissement, titres de créance et prêts indexés est soit progressif, soit réalisé au terme prédéfini dans le contrat.

80

Pour les sukuk, les titres et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le remboursement est fonction de la valeur de cession des actifs à la date d'échéance des titres ou du prêt, ainsi que des remboursements du principal inclus dans les loyers, notamment dans l'hypothèse où l'actif financé est donné en crédit-bail par l'émetteur ou emprunteur.

90

Lorsque la valeur du ou des actifs financés ne permet pas de rembourser la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, le droit à remboursement du principal, du fait de l'indexation retenue dans le contrat, est réduit à due concurrence de l'insuffisance constatée. Lorsque la valeur du ou des actifs financés excède la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, le remboursement peut excéder le montant du principal conformément à la règle d'indexation retenue dans le contrat.

Pour limiter le risque de perte en capital à l'échéance du titre, le contrat peut également prévoir la constitution d'un second compte de réserve, ci-après dénommé « compte de réserve sur risque d'investissement », abondé en cours de vie du produit par prélèvement sur les bénéfices dégagés par les actifs ou les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. Ce compte est clôturé à l'échéance du titre. Son solde lors de la clôture, éventuellement ajouté à celui du compte de réserve visé au **I-A-3-b § 70**, est alloué selon les modalités du contrat et peut à ce titre revenir notamment aux porteurs de titres au titre de l'indexation retenue dans le contrat, voire à un tiers.

B. Modalités d'imposition applicables

100

Au regard de leurs caractéristiques (cf. **I-A-3**) et jusqu'à leur éventuelle conversion en titres de capital, les sukuk d'investissement ou les titres de créance et prêts indexés peuvent être considérés fiscalement, pour l'application des dispositions du code général des impôts (CGI), comme des titres de créance, le cas échéant négociables, ou des prêts et s'agissant des sukuk, comme des obligations ou des titres de créance négociables selon leur forme juridique et leur maturité. Dès lors également, les rémunérations servies aux porteurs des sukuk d'investissement ou des titres de créance et prêts indexés sont traitées sur le plan fiscal comme des intérêts dans les conditions de droit commun, avec notamment application de la règle du couru (**article 38-2 bis du CGI**) au titre du « taux de profit espéré » en matière d'imposition des bénéfices industriels et commerciaux.

110

Ces dispositions (**I-B § 100**) sont applicables aux émetteurs comme aux porteurs de titres résidents ou non résidents, et visent notamment les impôts et taxes suivants : impôt sur les sociétés, impôt sur le revenu (notamment régime du prélèvement forfaitaire obligatoire sur les produits financiers à revenu fixe de source française), contribution économique territoriale, taxe sur la valeur ajoutée, droits d'enregistrement.

120

Dans ce cadre, la charge déductible pour l'émetteur de sukuk d'investissement ou de titres de créance indexés, ou pour l'emprunteur recourant à un prêt indexé, correspond à la rémunération exigible en vertu du contrat d'émission, soit le « taux de profit espéré ». En d'autres termes, l'abondement de la réserve visée au **I-A-3-b**, pendant les périodes de paiement de la rémunération, pourra faire l'objet d'une provision non déductible sur le plan fiscal. Symétriquement, le prélèvement sur la réserve générera une reprise de provision non imposable.

La charge déductible correspondra à la rémunération calculée sur la base du « taux de profit espéré ». Si celui-ci n'est pas servi intégralement après utilisation de la réserve, à l'échéance du titre ou du prêt, l'émetteur, dans la mesure où il sera alors délié de toute obligation de servir la rémunération correspondant au « taux de profit espéré », devra constater un produit imposable dans les conditions de droit commun (abandon de créance) égal à la différence entre le « taux de profit espéré » et la rémunération effectivement servie.

130

Lorsqu'un « compte de réserve sur risque d'investissement » est prévu au contrat, les montants affectés à cette réserve sont sans incidence sur le résultat imposable de l'émetteur. L'abondement de ce compte de réserve ne remet pas en cause la constitution et la déductibilité dans les conditions de droit commun des provisions enregistrées pour prendre en compte la dépréciation éventuelle de l'actif.

II. Titres émis ou prêts conclus avant le 24 août 2010

A. Caractéristiques des sukuk et produits financiers assimilés 1. Les obligations islamiques dites sukuk

140

Les obligations islamiques dites sukuk sont des titres représentant pour leur titulaire un titre de créances ou un titre participatif dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés

au paiement de la rémunération et au remboursement des sukuk. Leur porteur bénéficie d'un droit de copropriété indirect sur ce ou ces actifs qu'il peut exercer en cas de défaillance de l'émetteur. Le ou les actifs concernés sont des actifs tangibles ou l'usufruit de ces actifs tangibles.

Exemple de financement par émission de sukuk avec la mise en place d'une fiducie :

U-n groupe crée une société de droit français ad hoc (le SPV) pour financer l'acquisition d'un immeuble. Le SPV émet des obligations pour financer cette acquisition, les sukuk, qui sont souscrites par des investisseurs et la société mère du SPV ;

- Le SPV conclut un contrat de crédit-bail avec une société opérationnelle. Le SPV bénéficie d'une option de vente de l'actif immobilier consentie par sa société mère, qu'il pourra exercer dans l'hypothèse où la société opérationnelle n'exercerait pas l'option d'achat au terme du contrat de crédit-bail ;

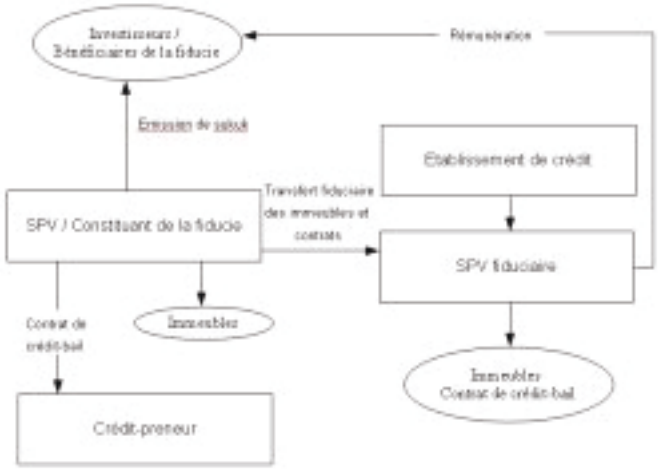
- Le SPV transfère la totalité de son patrimoine (immeuble, contrat de crédit-bail, option de vente, dette obligataire) à une fiducie qu'il constitue auprès d'une entité dûment habilitée à être fiduciaire (le fiduciaire) ;

- Le fiduciaire assure la gestion du patrimoine transféré par le SPV et verse la rémunération des obligations à leurs porteurs. En outre, le fiduciaire verse au SPV un montant égal aux frais de gestion engagés par celui-ci (honoraires des commissaires aux comptes, impôt sur les sociétés...), ces frais pouvant éventuellement comprendre des frais de gestion supportés par le SPV pour le compte du fiduciaire ;

- Les obligations sont remboursées, soit en cours d'opération selon un échéancier préétabli, soit lors du dénouement de l'opération au moyen d'un refinancement des obligations par émission d'une nouvelle tranche par le SPV ou (variante) le versement d'une partie du produit de revente de l'actif immobilier ;

- Les bénéficiaires de la fiducie sont les porteurs des obligations.

Exemple de financement par émission de sukuk avec la mise en place d'une fiducie



2. Les titres de dette et prêts indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs

150

Les titres de dette, ci-après dénommés titres de dette « indexés », et prêts, ci-après dénommés prêts « indexés », sont respectivement des titres de créance ou des prêts dont la rémunération est indexée sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur ou l'emprunteur, ou sur les résultats de ce dernier. S'agissant des titres de dette et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le remboursement du capital est indexé sur la valeur de ce ou ces actifs.

3. Les caractéristiques communes des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés

a. Droits et obligations des prêteurs d'un prêt indexé ou des titulaires des obligations dites sukuk ou d'un titre de dette indexé

160

Ils seraient désintéressés avant les associés de l'émetteur ou de l'emprunteur, quelle que soit la nature des titres de capital émis par ce dernier.

170

Ils ne bénéficieraient pas des droits reconnus aux associés et notamment d'aucun droit de vote dans la structure émettrice ou emprunteuse ni d'aucun droit au boni de liquidation lors de la liquidation de celle-ci.

b. Conditions de rémunération et de remboursement

180

La rémunération est fonction de la performance des actifs mais plafonnée. La rémunération des obligations islamiques, des titres de dette et prêts indexés serait variable et fonction des bénéfices dégagés sur ces actifs ou sur les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. A cet égard, elle pourrait être nulle en cas de perte.

190

Toutefois, cette rémunération serait plafonnée à un taux de marché reconnu (par exemple : Euribor, Libor), augmenté d'une marge.

200

Le remboursement du capital peut être partiel. Le remboursement des obligations ou titres de dette et prêts indexés serait soit progressif, soit réalisé au terme prédéfini dans le contrat.

Pour les titres et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le remboursement serait fonction de la valeur de cession des actifs à la date d'échéance des titres ou du prêt, ainsi que des remboursements du capital inclus dans les loyers, notamment en cas de crédit-bail.

210

Lorsque la valeur du ou des actifs financés ne permet pas de rembourser la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, le droit à remboursement du capital serait réduit à due concurrence de l'insuffisance constatée. En revanche, lorsque la valeur du ou des actifs financés excède la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, seul le capital serait effectivement remboursé.

B. Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés et régime fiscal applicable aux non-résidents de France

1. Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés

220

La question qui se pose est de savoir si les rémunérations servies aux porteurs des obligations sont déductibles chez l'émetteur totalement ou partiellement.

La déduction de la rémunération versée au titre des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés suppose en premier lieu que ces instruments financiers aient la qualification de dettes et donc qu'ils présentent les caractéristiques des instruments de dette.

Au regard de leurs caractéristiques (cf. **II-A-3**), les obligations dites sukuk ou les titres de dette et prêts indexés peuvent être considérés comme des instruments de dette, les rémunérations servies aux porteurs des obligations ou des titres indexés s'analysant sur le plan fiscal comme des intérêts.

230

Les rémunérations versées au titre des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés pouvant être qualifiés d'intérêts, ces intérêts seront déductibles, dès lors qu'il est manifeste qu'ils sont engagés dans l'intérêt de l'entreprise, sous les limites prévues au 3° du 1 de l'**article 39 du CGI** et à l'**article 212 du CGI**.

Il est toutefois rappelé que ces dernières dispositions ne trouveront à s'appliquer que si les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont soit associés minoritaires de la société émettrice ou emprunteuse s'agissant des dispositions du 3° du 1 de l'article 39 précité, soit une société liée au sens du 12 de l'article 39 de la société émettrice ou emprunteuse pour l'application des dispositions de l'article 212 du CGI.

Ainsi, lorsque les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont des associés minoritaires de la société émettrice ou emprunteuse et non liés au sens du 12 de l'article 39 à cette dernière, les intérêts seront déductibles dans la limite de ceux calculés d'après le taux prévu au 3° du 1 de l'article 39.

240

Lorsque les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont liés au sens du 12 de l'**article 39 du CGI** à la société émettrice ou emprunteuse, les intérêts seront déductibles dans limite de ceux calculés d'après le taux de référence prévu au 3° du 1 de l'article 39 du CGI. Toutefois, si le taux pratiqué excède ce taux de référence, ce taux ne sera pas considéré comme excessif en application du I de l'**article 212 du CGI**, dès lors que la société émettrice ou emprunteuse apporte la preuve que le taux pratiqué correspond à celui qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues.

Par ailleurs, il est rappelé que les obligations dites sukuk ou les titres de dettes et prêts indexés détenus ou accordés par des sociétés liées au sens du 12 de l'article 39 du CGI à la société émettrice ou emprunteuse devront être pris en compte pour

l'application des dispositions du II de l'article 212 du CGI, sauf si ces obligations ou titres ont servi à financer l'acquisition de biens donnés en location dans les conditions prévues aux 1 et 2 de l'**article L313-7 du code monétaire et financier**.

2. Régime fiscal applicable aux titulaires non résidents de France de sukuk et produits financiers assimilés

250

La question est de savoir si les rémunérations de ces produits financiers versées aux personnes physiques ou morales non résidentes de France bénéficient de l'exonération du prélèvement libératoire prévu au III de l'**article 125 A du CGI** en application des dispositions de l'**article 131 quater du CGI**.

Le prélèvement libératoire prévu à l'article 125 A est, aux termes du III de cet article, obligatoirement applicable aux produits de placement à revenu fixe dont le débiteur est établi ou domicilié en France qui sont encaissés par des personnes n'ayant pas en France leur domicile fiscal ou leur siège social.

L'article 131 quater exonère toutefois de ce prélèvement les produits des emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises.

Sont également concernées par cette exonération les émissions obligataires, les émissions de titres de créances négociables ou de tous autres titres d'emprunt ou titres de créances négociables, de droit français ou étranger, et fiscalement assimilés à des obligations ou des titres de créances négociables.

260

Pour que les dispositions de l'**article 131 quater du CGI** s'appliquent aux sukuk et aux titres de dette et prêts indexés, présentés à la section 1 du présent titre, ces produits financiers, qu'ils soient émis sur le fondement du droit français ou d'un droit étranger, doivent présenter les caractéristiques des instruments de dette.

Sous réserve de présenter les caractéristiques décrites au **II-A-3** les obligations dites sukuk ou les titres et prêts indexés peuvent être considérés comme des instruments de dette, les rémunérations servies aux titulaires financiers s'analysant dès lors sur le plan fiscal comme des intérêts.

C. Modalités d'imposition à la contribution économique territoriale

270

La question porte sur les modalités d'imposition à la cotisation foncière des entreprises (CFE) et à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) de l'activité exercée en fiducie.

Le SPV, quant à lui, n'est, en principe, pas imposable, sous réserve de ne pas exercer d'autre activité que celle décrite au **II- A-1 § 140**. En effet, il n'exerce plus l'activité de crédit-bail, celle-ci étant, à la suite du transfert de son patrimoine à la fiducie, réalisée par cette dernière.

1. Particularités de la fiducie

a. Imposition au nom du fiduciaire

280

En application du dernier alinéa de l'**article 1476 du CGI**, lorsqu'une activité imposable à la CFE est exercée en vertu d'un contrat de fiducie, elle est imposée au nom du fiduciaire.

En pratique, la filiale bancaire fiduciaire fait l'objet de deux impositions distinctes à la CFE : l'une au titre de son activité propre et l'autre au titre de l'activité exercée par la fiducie. En effet, la fiducie, contrairement au constituant, ne disposant pas de la personnalité juridique, ne peut pas être imposée en son nom au titre des activités imposables qu'elle exercerait.

290

b. Base d'imposition de la fiducie

a base d'imposition de la fiducie est constituée par la valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière situés en France dont elle dispose au cours de la période de référence définie aux **articles 1467 A du CGI** et **1478 du CGI**.

2. Cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises

300

Bien que l'activité de la fiducie s'apparente, d'un point de vue économique, à une activité financière, elle ne relève pas, en principe, de la « valeur ajoutée bancaire » au sens des dispositions de l'**article 1586 sexies, III et IV du CGI**, laquelle permet de déduire les charges financières. En effet, cette activité, d'une part, n'est pas, par hypothèse, exercée par un établissement de crédit et, d'autre part, ne consiste pas en de la gestion exclusive de valeurs mobilières.

Par conséquent, les intérêts liés aux obligations ne sont pas, en application stricte de la loi, déductibles dès lors qu'il s'agit de charges financières.

Cependant, dans l'hypothèse où le fiduciaire est une société détenue à 95 % au moins par un établissement de crédit et réalisant à titre exclusif une ou plusieurs opérations de financement, il est admis qu'il peut déterminer sa valeur ajoutée selon les modalités prévues pour les établissements précités.

Dans cette hypothèse, la valeur ajoutée issue de l'activité exercée en fiducie (et imposée au nom du fiduciaire, cf. **II-C-1-a**) est diminuée des intérêts liés aux obligations.

310

La prise en compte des produits et autres charges dans la valeur ajoutée suit les règles de droit commun : les loyers de crédit-bail sont déjà pris en compte dans la valeur ajoutée de droit commun.

D. Modalités d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

320

Dans ce type d'opérations, une société ad hoc (le SPV) est créée pour réaliser l'acquisition d'un immeuble. Le SPV finance cette acquisition par l'émission d'obligations souscrites par des investisseurs.

Le SPV donne en crédit-bail l'immeuble à un acteur économique (le bénéficiaire de ce mode de financement). Les loyers du crédit-bail sont soumis à la TVA sur option par le SPV crédit-bailleur, en application des dispositions du **2° de l'article 260 du CGI**. Le SPV transfère ensuite la totalité de son patrimoine à une fiducie constituée auprès d'une entité dûment habilitée à être fiduciaire (le « fiduciaire »). Cependant, les investisseurs, souscripteurs des obligations émises par le SPV, sont les bénéficiaires désignés du contrat de fiducie.

C'est ainsi que le fiduciaire perçoit les loyers de crédit-bail et, parallèlement, rémunère les obligations. Cette rémunération correspond à une partie des loyers perçus, nette des charges de propriété du patrimoine fiduciaire et de gestion de la fiducie.

330

La Commission européenne estime que le transfert du patrimoine du SPV vers le patrimoine fiduciaire doit pouvoir bénéficier des dispositions de l'**article 257 bis du CGI** selon lesquelles les livraisons de biens et les prestations de services qui interviennent entre deux redevables de la taxe à l'occasion d'une transmission d'une

universalité totale ou partielle de biens sont dispensées de la TVA.

Les règles de droit commun s'appliquent au transfert au fiduciaire des biens, droits et sûretés composant le patrimoine de la fiducie.

Ainsi, le transfert à titre gratuit de l'immeuble du patrimoine du constituant vers le patrimoine d'affectation de la fiducie entraîne en principe, le cas échéant, l'exigibilité des reversements de TVA fondés sur les dispositions du 1° du 1 du III de l'**article 207 de l'annexe II au CGI** (régularisation de la TVA antérieurement déduite). Toutefois, lorsque la constitution de la fiducie porte sur une universalité totale ou partielle de biens, et que ce transfert est réalisé entre redevables de la TVA (le fiduciaire et le constituant), l'opération peut bénéficier d'une dispense des opérations de régularisation. A cet égard, lorsque le bien transféré à la fiducie est un immeuble affecté par le constituant à une activité locative soumise à la TVA, l'application de la dispense implique que le fiduciaire ait l'intention de poursuivre cette activité locative.

340

Au cas particulier, l'immeuble transféré fait l'objet d'une affectation par le constituant à une activité locative soumise à la TVA dans la mesure où le SPV a conclu le contrat de crédit-bail immobilier antérieurement au transfert. D'autre part, le fiduciaire entend poursuivre l'affectation de l'immeuble transmis à cette même activité locative dès lors qu'il doit poursuivre l'exploitation de l'immeuble en application du contrat de crédit-bail.

La dispense de régularisation prévue par les dispositions de l'**article 257 bis du CGI** est donc applicable au transfert des biens du SPV au fiduciaire.

Source : BOI-DJC-FIN-20-20120912

http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/6709-PGP.html?identifiant=BOI-DJC-FIN-20-20120912

- Contrat murabaha

Dispositions Juridiques Communes – Finance islamique – Régime fiscal des opérations de murabaha

1

Les développements qui suivent traitent des questions fiscales relatives principalement à un outil de la finance islamique : les opérations de murabaha avec ordre d'achat, auxquelles s'ajoutent les opérations de tawarruq (opérations de financement au travers d'une opération de murabaha) et de dépôt rémunéré par une opération de murabaha (murabaha inversée).

10

Il s'agit de déterminer les conditions dans lesquelles, compte tenu de leurs caractéristiques propres, ces opérations peuvent être assimilées sur le plan fiscal à des produits de dette ainsi que de préciser le régime fiscal qui leur est applicable.

Remarque : L'administration a modifié en 2010 les règles applicables aux contrats de murabaha. Les contrats conclus avant le 24 août 2010 demeurent régis par les règles définies au **II**, issues de l'instruction 4 FE 09 du 25 février 2009.

0912

I. Opérations de murabaha avec ordre d'achat

A. Caractéristiques des opérations de murabaha avec ordre d'achat

1. Présentation générale des opérations

20

La murabaha avec ordre d'achat telle que regardée ici est un contrat de financement aux termes duquel un Client demande à un Financier de financer l'achat d'un actif déterminé ou d'un portefeuille d'actifs déterminés, en réalisant en particulier deux transferts successifs de propriété se présentant de la manière suivante : un vendeur vend l'actif à un Financier qui le revend à un Client moyennant un prix payable à tempérament, supérieur au prix d'acquisition à hauteur d'un Profit. Ce Profit comprend comptablement et fiscalement un Revenu couvrant notamment les coûts de financement ainsi qu'éventuellement une Commission couvrant notamment les coûts de gestion et de mise en place du Financier ; prix, Commission et Revenu sont déterminés ou déterminables et connus des deux contractants le jour de la conclusion du contrat.

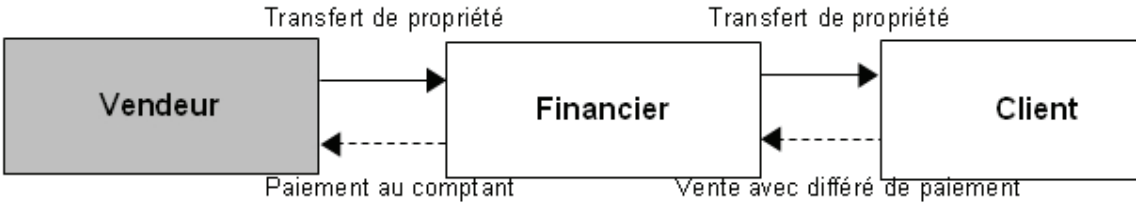
30

L'opération de murabaha est une technique de financement portant sur des actifs spécifiques, notamment immobiliers, mobiliers, titres (valeurs mobilières et droits sociaux), matières premières ou machines.

40

L'intermédiation du Financier se traduit par deux transferts successifs de propriété de l'actif que l'on peut, à titre illustratif, résumer par le schéma ci-dessous :

Schéma illustrant l'intermédiation du Fiinancier pour les contrats conclus après le 24 août 2010



2. Caractéristiques de l'opération de murabaha avec ordre d'achat

50

Le Financier procède à l'achat initial de l'actif sur ordre du Client, le donneur d'ordre, lequel connaît et accepte le prix d'acquisition. La revente de l'actif par le Financier au Client intervient dans un délai qui ne peut excéder six mois à compter de l'acquisition dudit actif. Le Client doit être clairement informé du surplus qui lui est réclamé par le Financier par rapport au prix initial que ce dernier a effectivement réglé pour l'acquisition de l'actif concerné. En cas de réduction du prix d'acquisition négociée par le Financier auprès du vendeur, les conditions du partage de cette réduction entre le Financier et le Client sont déterminées dans l'opération et la part qui échoit au Financier, s'il y en a une, est intégrée dans sa Commission.

60

La revente de l'actif au Client est consentie avec un différé de paiement dans des conditions clairement explicitées dans le contrat liant le Financier et le Client.

70

Le coût du différé de paiement, dénommé pour les besoins de la présente instruction le Revenu du Financier, est égal à la différence entre le montant total des flux financiers prévus au contrat relatifs au paiement de l'actif, à l'exception de ceux afférents à la Commission éventuelle du Financier (cf. **I-A-2 § 80**), et le prix d'acquisition de cet actif par le Financier.

80

La Commission du Financier correspond à ce que perçoit le Financier au titre de sa seule intermédiation, à l'exclusion de toute autre prestation ou profit (notamment la plus-value réalisée sur la cession de l'actif). Elle doit être conforme aux pratiques usuelles en la matière.

90

Pour le bénéfice des dispositions qui suivent, l'opération de murabaha doit réunir également les conditions suivantes :

- les documents contractuels doivent clairement faire ressortir que le Financier acquiert l'actif pour le revendre, un instant de raison après ou dans un délai qui ne peut excéder six mois, à son Client, lequel est son donneur d'ordre ;

- ces mêmes documents doivent stipuler le Prix total d'acquisition de l'actif par le Client. Ils doivent également, comptablement et fiscalement, permettre de faire ressortir distinctement dans la facturation :

le prix d'acquisition de l'actif par le Financier
la Commission du Financier
le Revenu du Financier constituant la seule contrepartie du différé de paiement accordé au Client ;

- le paiement du Revenu du Financier est étalé dans le temps. Ce Revenu doit être connu et accepté par les deux parties au contrat au moyen d'un échéancier annexé au contrat, distinguant le remboursement du prix d'acquisition, le paiement du Revenu et le paiement de la Commission ;

- le Revenu du Financier doit être expressément désigné comme étant la contrepartie du service rendu continument par le Financier au Client jusqu'au terme de l'opération et qui résulte du différé de paiement consenti à celui-ci.

Exemple : Il pourra s'agir d'une clause présentant le Revenu du Financier comme « la contrepartie du différé de paiement accordé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le Revenu du Financier jusqu'à la date de paiement effectif de l'intégralité du prix » ;

- le contrat entre le Financier et le Client doit mentionner explicitement que l'opération considérée s'inscrit dans le cadre juridique et fiscal défini par la présente instruction.

100

Pour que les opérations considérées bénéficient des dispositions du présent titre :

- le Financier doit disposer du statut d'établissement de crédit aux termes notamment des **articles L511-5 du code monétaire et financier** et **L511-10 du code monétaire et financier** et/ou d'entreprise d'investissement (lorsque l'opération de murabaha avec ordre d'achat est réalisée dans le cadre de l'**article L321-2 2° du code monétaire et financier**) aux termes notamment des **articles L531-1 et L531-10 du code monétaire et financier**, régulièrement habilité à exercer en France ;

- ou les opérations considérées sont en dehors du champ d'application de l'article L511-5 du code monétaire et financier ;

- ou le Financier doit entrer dans les exceptions prévues à l'**article L511-6 du code monétaire et financier** pour les établissements de crédit ;

- ou les opérations concernées doivent entrer dans le champ de l'**article L511-7 du code monétaire et financier**.

B. Principes de prise en compte des caractéristiques de ces opérations dans la

détermination de l'imposition applicable

110

Sur le plan économique, le Revenu du Financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable, sur le plan fiscal, aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'un financement conventionnel.

120

Par conséquent, les règles fiscales doivent être appliquées, pour le Financier, en regardant le Revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le Client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent. Les autres éléments du prix (plus-value, Commission, etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles de droit commun applicables au Financier et au Client considérés.

130

Ainsi, et en particulier :

- le prix de vente vu du côté du Financier, et le prix d'acquisition pour le client, s'entendent du montant de la vente net du Revenu du Financier et de la Commission lorsque ces prix sont utilisés pour l'application des règles fiscales ;

- au regard des conditions relatives au Revenu posées au **I-A-2 § 90, 2ème et 3ème grands tirets**, il est possible de considérer que les conditions posées par la jurisprudence communautaire sont remplies, et que le Revenu du Financier se trouve exonéré de TVA ;

- de même, au regard de la définition du **I-A-2 § 80**, la fraction de la Commission perçue au titre de la seule intermédiation financière se trouve exonérée de TVA dans la mesure où elle ressort distinctement de la facturation.

C. Traitement fiscal des opérations de murabaha avec ordre d'achat

140

Par conséquent, et à titre illustratif, pour le Financier :

- en matière de bénéfices industriels et commerciaux, le Revenu bénéficie des dispositions du 2 bis de l'**article 38 du code général des impôts (CGI)** qui prévoient l'étalement du produit pour les prestations continues, rémunérées notamment par des loyers ou des intérêts ou pour les prestations discontinues à échéances successives ;

- le Revenu est étalé par le Financier sur la durée du différé de paiement, quels que soient les paiements effectués, selon un rythme strictement identique à celui retenu pour l'enregistrement comptable de l'opération et conforme à l'échéancier annexé au contrat. Il viendra, pour la détermination de la plus-value imposable du Financier, en déduction du prix de cession de l'actif au Client ;

- lorsque le Financier est établi à l'étranger, les sommes qui lui sont versées par le Client sont traitées sur le plan fiscal, à hauteur du Revenu du Financier, comme des intérêts et sont exonérées du prélèvement prévu au III de l'**article 125 A du CGI**, sauf quand ces sommes sont payées dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'**article 238-0 A du CGI** ;

- pour l'application du régime des plus-values immobilières et des prélèvements prévus à l'**article 244 bis A du CGI**, le Revenu du Financier et la Commission viennent en diminution du prix de cession de l'immeuble au Client (égal au Prix total d'acquisition) ;

- en matière de cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, le chiffre d'affaires de référence ainsi que la valeur ajoutée sont calculés suivant le régime dont relève le Financier.

Exemple : Lorsque le Financier est un établissement de crédit, il relève du régime des établissements de crédit prévu au III de l'**article 1586 sexies du CGI**) ;

- pour la détermination de la cotisation foncière des entreprises, les immeubles, étant acquis par le Financier en vue de leur revente, ne constituent pas, en principe, des biens dont il dispose au sens du 1° de l'**article 1467 du CGI** et, par conséquent, ne sont pas pris en compte dans sa base d'imposition.

150

Pour le Client :

- le Revenu du Financier et la Commission, le cas échéant, sont exclus de la base d'amortissement de l'actif acquis par le Client si cet actif est amorti ;

- fiscalement, le Revenu du Financier doit être déduit du résultat imposable par le Client sur la durée du différé de paiement, quels que soient les paiements effectués, selon un rythme strictement identique à celui retenu pour l'enregistrement comptable de l'opération et conforme à l'échéancier annexé au contrat ;

- la plus-value réalisée lors de la cession ultérieure de l'actif par le Client est calculée à partir du Prix d'acquisition payé par le Client et défini au **I-B § 130,** augmenté de la Commission considérée comme des frais d'acquisition, sauf pour les entreprises qui ont compris la Commission dans les charges immédiatement déductibles de leurs résultats imposables ;

- le Revenu du Financier et la Commission sont exclus de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux (DMTO) perçus dans les conditions de droit commun à l'occasion de la revente de l'actif immobilier au Client.

Remarque : Lorsque le prix est payable à terme avec stipulation d'intérêts, ces derniers ne sont pas taxables. Il en va ainsi en l'espèce dès lors que la rémunération du financier est « fiscalement qualifiée d'intérêt » en matière d'impôts sur les bénéfices.

D. Régime applicable aux opérations de tawarruq (opérations de financement réalisées au travers d'une opération de murabaha)

*Dans un arrêt du 27 octobre 1993 (**aff. C-281/91 ; Muy's en De Winter's Bouw**), la Cour de justice des communautés européenne a jugé que lorsqu'un fournisseur de biens ou de prestations de services autorise son client à surseoir au paiement du prix, moyennant le paiement d'intérêts, il octroie en principe un crédit exonéré de TVA en application de l'**article 13 B-d-1° de la sixième directive 77/388/CEE***

du Conseil du 17 mai 1977*. Toutefois, si le sursis de paiement concerne une période antérieure au fait générateur, les intérêts sont un élément de la base d'imposition de la livraison du bien ou de la prestation.*

1. Caractéristiques des opérations de tawarruq

160

Dans certains cas, une opération de murabaha, ici dénommée tawarruq, peut-être conclue entre un Financier et son Client pour permettre à ce dernier d'assurer son financement. Par distinction avec une opération de murabaha avec ordre d'achat, le tawarruq ne finance pas l'acquisition d'un actif : le Client achète ici un actif avec l'intention de le revendre et utilise un décalage de paiement entre les deux opérations pour se constituer des liquidités.

170

Le tawarruq tel que regardé ici est une opération de financement aux termes de laquelle le Client achète un actif qui n'est ni un immeuble ni une société à prépondérance immobilière non cotée au sens du 2° du I de l'**article 726 du CGI**, auprès d'un Financier avec différé de paiement et donc moyennant rémunération pour ce Financier, et le revend ensuite au comptant à un tiers.

180

L'opération est généralement assise sur des titres ou des matières premières (ou éventuellement tout autre actif liquide). Elle comprend plusieurs transferts successifs de propriété. L'acquisition comprend un prix payable à terme, qui, de même que pour la murabaha simple, comprend une Commission couvrant notamment les coûts de gestion et de mise en œuvre du Financier ainsi qu'un Revenu couvrant notamment les coûts de financement ; prix, Commission et Revenu sont déterminés ou déterminables et connus des deux contractants le jour de la conclusion de l'opération de tawarruq.

190

Le tawarruq se présente donc sous la forme suivante :

Schéma illustrant le tawarruq

2. Régime applicable aux opérations de tawarruq

200

Les dispositions de la présente section sont applicables aux opérations de tawarruq qui remplissent les conditions prévues au **I-A-2 § 90**, à l'exception de la condition visée au premier tiret dudit paragraphe, et les conditions définies au **I-A-2 § 100** de

la présente instruction.

210

La définition de la Commission prévue au **I-A-2 § 80** est applicable aux opérations de tawarruq. **220**

La définition du Revenu prévue au **I-A-2 § 70** est applicable aux opérations de tawarruq. Ceci suppose néanmoins que le Financier achète l'actif un instant de raison avant sa revente au Client.

Il est toutefois admis que le Financier puisse réaliser des opérations de tawarruq sur des actifs qu'il a pu acquérir antérieurement sans intention au moment de l'acquisition de réaliser une telle opération. Ces actifs peuvent, en conséquence, avoir été détenus sur des périodes longues et avoir un prix d'acquisition chez le Financier très éloigné du prix de revente par le Client au tiers. Dans cette hypothèse, et aux seules fins de déterminer le Revenu du Financier, le prix d'acquisition de l'actif par le Financier visé au troisième tiret du **I-A-2 § 90** sera réputé être égal à la valeur de marché de l'actif revendu, ladite valeur étant fixée dans le contrat entre le Financier et le Client. Cette valeur de marché devra être égale ou très proche de celle à laquelle le Client revendra l'actif au tiers.

230

Les dispositions des **I-B et I-C**, sauf celles relatives aux actifs immobiliers, sont applicables aux opérations de tawarruq, le Revenu du Financier étant imposé de manière étalée.

E. Régime applicable aux opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha (murabaha inversée)

1. Caractéristiques des opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha

240

Une opération de dépôt rémunéré par une opération de murabaha est une opération de rémunération de liquidités généralement à court terme (moins d'un an) aux

termes de laquelle un Client achète au comptant, directement ou

indirectement (par l'intermédiaire de ce Financier ou d'un autre intervenant), au moyen des liquidités dont il dispose, placées préalablement sur un compte ouvert à son nom auprès dudit Financier, un actif (matières premières, titres ou tout autre actif liquide, à l'exclusion des immeubles et sociétés à prépondérance immobilière non cotées au sens du 2° du I de l'**article 726 du CGI**), qu'il revend à brève échéance à ce dernier avec un différé de paiement moyennant rémunération, qui constitue, à l'identique du Revenu du Financier défini au **I-A-2 § 90**, le Revenu du Client.

Par rapport à une opération de tawarruq (opération de financement réalisée au travers d'une murabaha), les positions respectives du Financier et du Client se trouvent ici inversées. A titre illustratif, le dépôt rémunéré par une opération de murabaha peut se présenter sous la forme suivante :

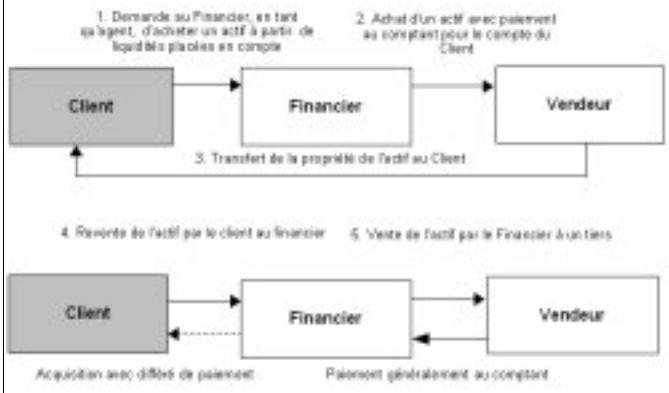


Schéma illustrant le dépôt rémunéré par une opération de murabaha

250

Pour que les opérations considérées bénéficient des dispositions du présent titre :

- le Financier doit disposer du statut d'établissement de crédit aux termes notamment des **articles L511-5 et L511-10 du code monétaire et financier**, régulièrement habilité à exercer en France (dans cette hypothèse, les liquidités considérées constituent des fonds reçus du public au sens de l'**article L312-2 du code monétaire et financier**) ;

- ou les opérations considérées sont en dehors du champ d'application de l'article L511-5 du code monétaire et financier ;

- ou bien les opérations concernées entrent dans le champ de l'**article L511-7 du code monétaire et financier** ou du 1 ou du 2 de l'article L312-2 du code monétaire et financier.

2. Régime applicable aux opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha

260

Sur le plan économique, le Revenu du Client constitue la rémunération d'un différé de paiement, assimilable sur le plan fiscal aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'une opération de dépôt conventionnelle.

II. Règles applicables aux contrats conclus avant le 24 août 2010

A. Caractéristiques des opérations faisant appel à un contrat de murabaha 1. Présentation générale des opérations

270

La murabaha est un contrat de vente aux termes duquel un vendeur vend un actif à un financier islamique (une banque islamique ou une filiale ad hoc créée par elle ou par un tiers à l'investisseur) qui les revend à un investisseur (économiquement l'emprunteur) moyennant un prix (qui comprend une marge couvrant notamment la charge financière de l'intermédiaire financier) payable à terme (vente à tempérament).

La murabaha consiste en un schéma de financement portant sur n'importe quel type d'actif, mais le plus souvent des immeubles (ce peut être également des titres, des matières premières ou des machines), visant à respecter l'interdiction par le Coran du *riba* ou prêt à intérêt.

Schématiquement, une banque crée une structure ad hoc qui emprunte (le financier) ; le financier achète un immeuble et, pour ce faire, emprunte ; il revend, en principe immédiatement (ce peut être le jour même de l'acquisition), ce bien à son client (intérêts compris).

L'intermédiation du financier se traduit ainsi par deux transferts successifs de propriété du bien que l'on peut résumer par le schéma ci-dessous :

Schéma illustrant l'intermédiation du financier pour les contrats conclus avant le 24

août 2010

280

Le financier recourt lui-même à un financement pour acquérir le bien au comptant et supporte ainsi des charges financières sur la durée du financement calée sur la durée de convention de murabaha.

2. Caractéristiques du contrat de murabaha

290

Le contrat de murabaha est une technique de financement d'actifs (immobiliers, mobiliers, titres ou stocks) au moyen d'une opération d'achat-revente.

Le financier procède à l'achat initial du bien sur ordre et pour le compte du client, le mandant, lequel connaît et accepte le prix d'acquisition. A cet égard, le contrat peut prévoir la constitution d'un dépôt de garantie du client en faveur du financier. La revente du bien par le financier au client est concomitante, voire intervient dans un délai de trois à six mois, à compter de l'acquisition de ce bien auprès du tiers.

Le contrat contient toutes les spécifications de la vente et notamment la nature des biens, le prix d'acquisition, les frais, la marge bénéficiaire, le prix de vente ainsi que le(s) délai(s) de paiement et de livraison.

300

La marge bénéficiaire du financier est ainsi clairement explicitée, connue et acceptée par les deux parties au contrat. En particulier, elle est préalablement déterminée.

Cette marge du financier (si l'on excepte la quote-part correspondant à la rémunération propre du financier) correspond essentiellement au coût de financement du différé de paiement accordé au client, s'agissant d'un bien par ailleurs acquis au comptant. Cette marge est payée par le client au fur et à mesure des échéances de paiement du prix d'achat du bien.

B. Modalités d'imposition du profit financier rémunérant le différé de paiement consenti à l'acquéreur

1. Modalités d'imposition du profit financier en matière de bénéfices industriels et commerciaux

310

Le contrat entre le financier et le client est juridiquement un contrat de vente. Dès lors, en principe, le gain réalisé sur cette vente est acquis au financier dès la signature du contrat et la totalité du produit de la vente est immédiatement imposable, y compris la marge du financier, autrement dit son profit.

Toutefois, dans la mesure où, sur un plan économique, le profit du financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'un financement conventionnel, ce profit peut bénéficier, sous certaines conditions, des dispositions du 2 bis de l'**article 38 du CGI** qui prévoient un étalement du produit pour les prestations continues ou discontinues à échéance successives, rémunérées notamment par des loyers ou des intérêts. Autrement dit, le profit est fiscalisé de façon linéaire sur la durée du différé de paiement quels que soient les remboursements effectués.

320

Pour que le profit soit fiscalement assimilé à des intérêts, la convention de murabaha doit réunir les conditions suivantes :

- le contrat entre les parties doit clairement faire ressortir que le financier acquiert le bien pour le revendre, concomitamment ou dans un délai qui ne peut excéder six mois, à son client, lequel est son mandant ;

- le contrat doit faire apparaître distinctement la rémunération propre du financier à raison de son intermédiation, le profit du financier constituant la contrepartie d'un différé de paiement, le prix d'acquisition par le client et le prix d'acquisition du bien par le financier ;

- le profit du financier doit être clairement explicité, connu et accepté par les deux parties au contrat ;

- le profit du financier doit être expressément désigné comme étant la contrepartie du service rendu par le financier au client et qui résulte du différé effectif de paiement consenti à l'investisseur. Il pourra par exemple s'agir d'une clause présentant le profit comme étant « la contrepartie du différé de paiement octroyé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le profit jusqu'à la date de remboursement final » ;

- comptablement et fiscalement, le profit doit être étalé par le financier de façon linéaire sur la durée du différé de paiement quels que soient les remboursements effectués.

330

L'étalement est réservé au seul profit constituant la contrepartie d'un différé de paiement, à l'exclusion notamment de la marge correspondant à la rémunération propre du financier à raison de son intermédiation.

2. Modalités d'imposition du profit financier lorsque le financier est une personne non résidente de France

340

Les sommes versées par le client, personne morale, au financier sont, lorsque ce dernier est établi à l'étranger, exonérées du prélèvement obligatoire prévu au III de l'**article 125 A du CGI**, en application des dispositions de l'**article 131 quater du CGI**, et cela à hauteur du profit constituant la contrepartie d'un différé de paiement et déterminé dans les conditions mentionnées ci-dessus au **II-B-1**.

C. Cas particulier des ventes d'immeubles

1. Conditions d'application du régime d'imposition des plus-values immobilières

350

Le contrat entre le financier et le client est un contrat de vente. Dès lors qu'il porte sur un immeuble, cet acte fait l'objet d'un enregistrement dans les conditions prévues à l'**article 635 du CGI**.

360

Les plus-values réalisées, lors de la cession à titre onéreux de biens immobiliers bâtis ou non bâtis ou de droits relatifs à ces biens, sont passibles :

- de l'impôt sur le revenu dans les conditions prévues aux **articles 150 V à 150 VH du CGI**, lorsque le cédant est une personne physique résidente de France ou une société ou un groupement dont le siège est situé en France et qui relève des **articles 8 à 8 ter du CGI** (« société de personnes ») ;

- ou du prélèvement prévu à l'**article 244 bis A du CGI**, lorsque le cédant est une personne physique qui réside hors de France, une personne morale ou un organisme, quelle qu'en soit la forme, dont le siège social est situé hors de France ou, pour leurs associés qui résident hors de France, une société ou un groupement dont le siège social est situé en France et qui relève des articles 8 à 8 ter du CGI.

370

Le prix de cession à retenir est le prix réel tel qu'il est stipulé dans l'acte (cf. **article 150 VA-I du CGI**) indépendamment de ses modalités de paiement. Lorsque le prix de vente est payable à terme ou par annuités échelonnées, le prix de cession est égal au montant cumulé des versements afférents aux diverses échéances stipulées au contrat. Toutefois, si ces versements comprennent un profit, traité fiscalement

comme des intérêts, le montant de celui-ci vient en déduction du prix de cession.

380

Si le prix de cession net du profit est supérieur au prix d'acquisition du bien par le financier, l'excédent constitue une plus- value imposable.

2. Prise en compte des spécificités propres aux opérations réalisées dans le cadre d'un contrat de murabaha

390

Sur le plan économique, le profit du financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable aux intérêts qui auraient été payés durant cette période dans le cadre d'un financement conventionnel. Par suite, il est admis que la part de la somme versée par le client lors de l'acquisition du bien dans le cadre d'une convention de murabaha qui correspond au profit du financier ne soit pas retenue pour l'application du régime d'imposition des plus-values immobilières, sous réserve que ladite convention respecte les mêmes conditions que celles qui sont requises pour l'assimilation du profit du financier à des intérêts (cf. conditions mentionnées au **II-B-1**).

400

La distinction des différents éléments composant la somme versée par le client lors de l'acquisition du bien dans le cadre d'une convention de murabaha est indispensable pour :

- éviter que le profit du financier, à l'exclusion notamment de la marge correspondant à la rémunération propre du financier à raison de son intermédiation, ne soit soumis au régime d'imposition des plus-values des particuliers s'il s'agit d'une personne physique résidente de France ou d'une société de personnes dont le siège est situé en France ou au prélèvement prévu à l'**article 244 bis A du CGI**, s'il s'agit d'une personne étrangère ;

- que la plus-value réalisée lors de la cession ultérieure du bien par le client soit calculée à partir du prix d'acquisition réel et qu'elle ne soit donc pas minorée du montant des frais financiers qu'il a acquitté. En effet, en l'absence d'un tel retraitement, l'acquéreur qui agirait dans le cadre d'une convention de murabaha bénéficierait lors de la revente d'un traitement plus favorable que s'il avait eu recours à un financement conventionnel.

D. Modalités d'imposition à la contribution économique territoriale

410

La question porte sur les modalités d'imposition à la cotisation foncière des entreprises (CFE) du financier qui acquiert, en vue de les revendre à tempérament au(x) tiers intéressé(s), soit un ou plusieurs immeubles soit des titres soit encore des stocks, ainsi que le traitement de ses produits (sa marge sur le prix de cession des biens) et de ses charges (les intérêts d'emprunt) au regard de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises.

1. Cotisation foncière des entreprises

420

En ce qui concerne l'imposition à la CFE (cotisation foncière des entreprises), le financier est imposable sur la valeur locative des biens passibles de taxe foncière situés en France dont il dispose pour les besoins de son activité professionnelle au cours de la période de référence définie aux articles **1467 A du CGI** et **1478 du CGI**.

Le ou les immeubles et les titres acquis, le cas échéant par le financier, (qui ne constituent pas, en principe, des immobilisations mais sont comptabilisés dans les comptes de stocks) n'étaient pas pris en compte dans les bases d'imposition de la taxe professionnelle.

Il est rappelé que les immobilisations financières et les comptes de stocks n'ont jamais été compris dans la base d'imposition à la taxe professionnelle.

2. Cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises

430

Dans l'hypothèse où le financier n'est ni un établissement de crédit ni une entreprise ayant pour activité exclusive la gestion de valeurs mobilières, sa valeur ajoutée doit être déterminée conformément aux règles de droit commun mentionnées aux 1 et 2 du II de l'**article 1586 sexies du CGI**.

440

S'agissant de la valeur ajoutée du financier, les charges financières ne sont pas déduites et les produits financiers ne sont pas comptabilisés. La valeur ajoutée correspond au prix de vente du ou des biens, objets du contrat de murabaha, diminué du prix d'acquisition et des charges externes (« produit net de cession »).

E. Modalités d'imposition en matière de fiscalité des transactions

1. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des immeubles a. Droits d'enregistrement

450

Les acquisitions d'immeubles effectuées par le financier qui a pris dans l'acte l'engagement de revendre à l'investisseur bénéficient du régime des achats-reventes des marchands de biens prévu à l'**article 1115 du CGI**, les conditions d'habitude et d'intention spéculative étant réputées remplies. Elles sont par suite soumises à la taxe de publicité foncière au taux de 0,60 % à laquelle s'ajoutent une taxe additionnelle de 0,1 % perçue au profit de l'État (cf. **article 678 bis du CGI**) et des frais d'assiette et de recouvrement (cf. **article 1647 du CGI**), soit un taux global de 0,715 %.

Remarque : La taxe additionnelle de 0,1 % est supprimée pour les actes passés à compter du 1er janvier 2011 (**Loi 2009-1673 du 30 décembre 2009 art. 77, 1.2.1**). De même, le taux de 0,60 % sera portée à 0,70 % et le prélèvement pour frais d'assiette sera ramené à 2,37 %, soit un prélèvement global de 0,71498 %.

Depuis le 11 mars 2010, date d'entrée en vigueur de l'article 16 de la **loi 2010-237 du 9 mars 2010**, le régime des achats-reventes n'est plus réservé aux marchands de biens mais s'applique à tous les assujettis à la TVA.

460

Il est rappelé que, sous réserve des dispositions du 7° de l'**article 257 du CGI**, la revente du bien immobilier est soumise à la TVA sur le profit brut qui correspond à la différence entre le prix exprimé et les charges qui s'y ajoutent (ou la valeur vénale du bien si elle est supérieure) et les sommes que le cédant a versées, à quelque titre que ce soit, pour l'acquisition du bien (cf. **article 268 du CGI**).

Il est par ailleurs précisé que le profit du financier (ou rémunération du différé de paiement) est exclu de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux (DMTO) perçus dans les conditions de droit commun à l'occasion de la revente du bien immobilier à l'acquéreur final.

Remarque : L'administration précise que lorsque le prix est payable à terme avec stipulation d'intérêts, ces derniers ne sont pas taxables. Il en va ainsi en l'espèce dès lors que la rémunération du financier est « fiscalement qualifiée d'intérêt » en matière d'impôt sur les bénéfices.

b. Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

470

Il résulte de la jurisprudence communautaire (**Arrêt « Muy's en De Winter's**

Bouw » rendu par la CJCE le 27 octobre 1993) que lorsqu'un fournisseur de biens ou de prestations de services autorise son client à surseoir au paiement du prix, moyennant le paiement d'intérêts, il octroie en principe un crédit exonéré de TVA. Toutefois, si le sursis de paiement concerne une période antérieure au fait générateur, les intérêts sont un élément de la base d'imposition de la livraison du bien ou de la prestation.

480

Au cas particulier, si les parties ne se sont pas expressément accordées dans l'acte de vente sur l'existence d'une opération de crédit, elles ont néanmoins prévu la facturation distincte du profit ainsi que son paiement étalé dans le temps selon un échéancier. Il est dès lors possible de considérer que les conditions posées par la jurisprudence communautaire sont remplies et que le paiement étalé dans le temps du « profit facial » de l'intermédiaire financier correspond à la facturation d'intérêts exonérés de TVA.

2. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des titres a. Droits d'enregistrement

490

Les acquisitions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière effectuées par le financier bénéficient du régime des achats-reventes des marchands de biens, les conditions d'habitude et d'intention spéculative étant réputées remplies. Elles ne sont par suite soumises à aucun droit proportionnel d'enregistrement lors de la présentation de l'acte d'acquisition à la formalité.

En revanche, la revente de ces mêmes titres ainsi que les opérations d'achat-revente de titres non immobiliers demeurent taxées dans les conditions de droit commun (cf. **article 726 du CGI**).

b. Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

500

Les opérations d'achat de titres suivi de leur revente constituent des opérations situées en dehors du champ d'application de la TVA, conformément à la jurisprudence communautaire (**Arrêt « EDM » de la CJCE du 29 avril 2004**). La simple acquisition et la simple revente de parts sociales ne constituent pas une exploitation d'un bien visant à produire des recettes ayant un caractère de permanence, de sorte qu'elles ne doivent pas être considérées comme des activités économiques au sens de la **directive 2006/112/CE** de nature à conférer à leur auteur la qualité d'assujetti.

3. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des machines-outils ou des stocks

510

S'agissant de la détermination de la base d'imposition de l'intermédiaire financier, les règles indiquées au **II-E-1-b** s'appliquent.

4. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des matières premières

520

Les opérations d'achat et de revente de matières premières ne constituent pas en elles-mêmes des opérations financières exonérées de TVA au sens des dispositions de l'**article 261 C du CGI** qui transpose l'article 135, paragraphe 1, points a) à g) de la **directive n°2006/112/CE**. Elles sont donc en principe taxables de plein droit à la TVA.

Cela étant, seules les livraisons de biens meubles corporels réalisées en France sont soumises à la TVA française. Ce faisant, si les opérations d'achats/reventes successives sont effectuées sur le marché London Metal Exchange (LME) et qu'elles concernent des matières situées hors de France, ces opérations ne sont pas soumises à la TVA en France et ouvrent droit à déduction.

530

Pour ce qui concerne le régime du différé de paiement, la solution dégagée ci-dessus est transposable. Il peut donc, le cas échéant, bénéficier de l'exonération mentionnée au a du 1° de l'**article 261 C du CGI**.

Source : BOI-DJC-FIN-10-20120912

http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/6711-PGP.html?identifiant=BOI-DJC-FIN-10-20120912

Dispositions Juridiques Communes - Finance islamique – Régime fiscal des opérations d'ijara

1

Le présent titre traite des questions fiscales relatives aux contrats d'ijara sur actif.

Son objet est de présenter les situations dans lesquelles ces contrats peuvent être utilisés pour le financement d'actifs ou de projets et de préciser les règles fiscales qui leur sont applicables au regard des différents impôts concernés (impôt sur les sociétés, impôt sur le revenu, taxe sur la valeur ajoutée, droits d'enregistrement, contribution économique territoriale).

I. Caractéristiques des opérations faisant appel à un contrat d'ijara

10

L'ijara est un contrat en vertu duquel une entité met un actif mobilier ou immobilier à disposition d'un client pour une durée déterminée en contrepartie du paiement de loyers. Le client peut être le propriétaire originel de l'actif. Le contrat d'ijara peut être assorti d'une promesse de vente ou d'une option d'achat exerçable à l'échéance ou en cours de contrat. Cette promesse de vente ou cette option d'achat peut être distincte du contrat de location.

A titre illustratif, le schéma ci-dessous présente une opération de financement via un contrat d'ijara dans lequel le bien est préalablement cédé par un tiers à l'entité.

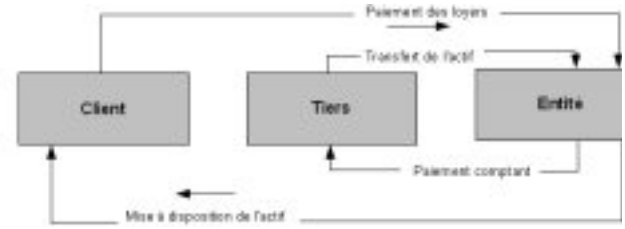


Schéma illustrant l'opération d'ijara

20

Le régime fiscal applicable au contrat d'ijara dépend de la qualification juridique qui sera retenue pour l'opération, selon qu'elle est constitutive ou non d'une opération de crédit-bail au sens de l'**article L313-7 du code monétaire et financier** ou d'une opération de location assortie d'une option d'achat (encore appelée « location avec promesse de vente »).

30

Sur le plan juridique, l'une et l'autre sont des opérations de crédit aux termes du deuxième alinéa de l'**article L313-1 du code monétaire et financier**, qui indique que « sont assimilés à des opérations de crédit, le crédit-bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ».

40

Pour constituer une opération de crédit-bail ou de location avec option d'achat, une opération faisant appel à un contrat d'ijara doit donc respecter les conditions fixées pour ces types d'opérations par les textes normatifs en vigueur, et notamment les conditions suivantes :

- l'entité qui met à disposition d'un client l'actif mobilier ou immobilier, pour une durée déterminée, en contrepartie du versement de loyers doit disposer d'un statut d'établissement de crédit régulièrement habilité à exercer en France aux termes notamment des **articles L511-5 et L511-10 du Code monétaire et financier** ;

- ou cette même entité doit entrer dans les exceptions prévues à l'**article L511-6 du Code monétaire et financier** pour les établissements de crédit ;

- ou l'opération considérée est en dehors du champ d'application de l'article L511-5 du Code monétaire et financier ;

- ou l'opération concernée doit entrer dans le champ de l'**article L511-7 du Code monétaire et financier** ;

- dans tous les cas, le contrat d'ijara est assorti d'une option d'achat donnant au client la possibilité d'acquérir l'actif à l'échéance ou en cours de contrat, au terme de la période de location ou en cours de contrat, moyennant un prix convenu entre les deux parties au moment de la signature dudit contrat.

II. Traitement fiscal du contrat d'ijara assimilable à une opération de crédit-bail ou de location avec option d'achat

50

Dès lors que l'opération d'ijara est constitutive d'une opération de crédit-bail au sens de l'**article L313-7 du code monétaire et financier** ou de location avec option d'achat, les modalités d'imposition de l'ijara, y compris l'ensemble des dispositions de la doctrine administrative relatives aux opérations de crédit-bail, sont à l'évidence celles applicables à ces opérations.

60

Ceci vise notamment les modalités d'amortissement de l'actif du côté du bailleur, comme du côté du preneur. En matière de droits de mutation, le régime de cessions de biens meubles et du crédit bail mobilier d'une part, le régime des ventes d'immeuble et de crédit bail immobilier d'autre part, s'appliquent selon la nature du bien.

70

Il est précisé que :

- le fait que l'option d'achat au profit du client figure dans un contrat séparé du contrat de location ne fait pas obstacle à la qualification de crédit-bail ou d'opération de location assortie d'une option d'achat d'un point de vue fiscal dès lors que les deux contrats, étant signés concomitamment, font partie d'un même ensemble contractuel ;

- les acquisitions immobilières réalisées au terme d'un contrat d'ijara suivent les règles de droit commun applicables aux opérations immobilières. Le droit de mutation dû à raison de la levée d'option d'achat est liquidé sur le prix de vente, abstraction faite de la valeur vénale réelle du bien transmis dans les conditions prévues par la doctrine administrative. A défaut, l'assiette des droits de mutation à titre onéreux est constituée par la valeur vénale du bien au jour de l'acquisition par le client/preneur si elle est supérieure au prix de cession. Ces dispositions s'appliquent, dans les mêmes conditions, aux opérations portant sur des fonds de commerce.

80

A défaut des cas explicités plus haut, l'opération d'ijara ne peut être assimilable à une opération de crédit-bail ou de location avec option d'achat et les dispositions fiscales de droit commun s'appliquent.

Source : BOI-DJC-FIN-30-20120912

http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/6705-PGP.html?identifiant=BOI-DJC-FIN-30-20120912

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements……4

Résumé en français……5

Résumé en anglais……6

Sommaire……7

Glossaire……8

Liste des principales abréviations……14

Liste des tableaux……16

Liste des figures……17

Introduction……18

I. L'objet de l'étude……18

A. La finance islamique, une autre manière de concevoir l'activité financière…19

B. La finance islamique, une « alternative » à la finance internationale classique…… 21

II. La démarche méthodologique……27

A. La problématique……28

B. L'hypothèse de travail……34

Première partie : La finance islamique, une « solution » possible aux imperfections de la finance internationale classique……36

Chapitre 1. La finance islamique : genèse d'un nouveau concept…… 37

Section 1. Les sources à l'origine de la notion de finance islamique…… 38

§ 1. Les sources originelles…… 39

A. Le Coran……39

B. La *Sūnnā*……43

§ 2. Les sources dérivées……48

A. L'*Ijma'* (consensus)…… 49

B. Le *Ḳiyāṣ* (analogie)……53

Section 2. L'éthique comme principe directeur…… 62

§ 1. Les normes prohibitives……63

A. L'interdiction du *ribā* (usure ou intérêt)…… 64

B. L'interdiction du *Gharār* (ambiguïté) et du *Maīsir* (spéculation)……74

§ 2. Les mesures recommandées……... 83

A. Le partage des pertes et profits (*al-ghounm bi al-ghourm*)……...83

1. Un facteur de stabilité des opérations financières islamiques…….. 84

2. Des appréciations critiques……89

B. L'adossement des transactions financières à des actifs réels……91

§ 3. Une gestion financière sous étroite surveillance……...98

A. Le contrôle des banques islamiques par les comités de la *sharī'a*……99

1. Le statut et les fonctions du comité de la *sharī'a*……99

2. Les problèmes soulevés par le contrôle *sharī'atique*……104

B. Les structures complémentaires du contrôle de l'activité financière islamique……...109

1. La banque islamique de développement…… 110

2. L'organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques (AAOIFI)..... 115

Chapitre 2. L'expansion de la finance islamique.....121

Section 1. Le parcours étonnant de la finance islamique……...122

§ 1. Un bref aperçu historique…… 122

A. L'apparition relativement récente de la finance islamique……... 122

B. L'essor fulgurant de la finance islamique……...127

§ 2. L'état actuel de la finance islamique…… 135

A. Un phénomène en constante progression…… 135

B. Une variété de modèles des banques islamiques……142

Section 2. Un parcours néanmoins paradoxal…… 149

§. 1 La diversité d'instruments de financement…….....149

A. Les techniques de financement à caractère participatif……..149

1. La *mūḍaraba*, premier pilier d'un mode de financement alternatif……150

2. L'extension de la gamme des modes de financement participatif……..156

B. Les instruments de financement à caractère commercial……...163

1. Les modes de financement basés sur le principe de vente à marge……163

2. Les modes de financement basés sur le crédit-location (*ijarā*)……...173

§ 2 Les points faibles de la finance islamique……179

A. Le doublement des difficultés vécues par la finance islamique……179

1. Les risques bancaires ordinaires……179

a) Le risque de crédit……179

b) Le risque de liquidité……184

c) Le risque de marché…… 187

2. Les contraintes additionnelles spécifiques……190

a) Le manque de cadres qualifiés……..191

b) L'absence d'un marché monétaire…… 200

B. La difficile intégration de la finance islamique par l'Occident……203

1. La question problématique de la gouvernance bancaire……203

a) Le problème de transparence…… 204

b) L'implication supposée dans le financement du terrorisme……..208

2. L'indispensable rapprochement avec le secteur financier conventionnel……214

a) La finance islamique obligée de contourner la *sharī'a*……...214

b) La finance islamique contrainte de se conformer aux normes des pays hôtes……225

Conclusion de la première partie……...244

Deuxième partie : La spécificité de la finance islamique, un élément structurant d'un « modèle alternatif »…… 247

Chapitre 1. L'imprégnation religieuse des droits et obligations en matière de finance islamique…….. 248

Section 1. La notion de contrat en droit islamique…… 249

§ 1. L'esprit religieux irriguant la notion de contrat……249

A. Le contrat inséré dans un corpus de normes à caractère religieux…….. 250

1. Les prescriptions de la *sharī'a* dans le domaine contractuel……..251

2. Les finalités éthiques des prescriptions établies par la *sharī'a* en matière de contrat……254

B. Les deux principales catégories de contrats…… 256

1. Les contrats nommés…… 256

a) Des considérations générales……257

b) Un exemple-type de contrats nommés : la vente…….. 259

2. Les contrats innommés…… 264

a) Définition……265

b). Une illustration de contrats innommés : l'affacturage et le *ṣūkūk*……..266

§ 2. La formation et la validité du contrat en droit islamique…… 274

A. Les règles gouvernant la formation du contrat…… 274

1. Le caractère secondaire de l'autonomie de la volonté……275

2. Le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public…….....282

B. Les exigences contractuelles autorisant la validité du contrat…….. 284

1. Les exigences contractuelles communes à la notion de contrat…… 284

a) Le principe d'égalité et d'équité contractuelle…… 285

b) Le principe d'équilibre contractuel…… 286

c) Le principe de bonne foi…… 289

2. Les exigences spécifiques au contrat islamique……291

a) Le principe d'équivalence des prestations..... 291

b) Le principe de simultanéité..... 294

Section 2. Les droits et obligations des banques islamiques……296

§ 1. L'étendue des droits des banques islamiques…… 297

A. Le droit à des garanties…….....297

1. Les différents types de garanties…… 297

a) Le recours à des sûretés réelles : hypothèque et nantissement…… 298

b) Des sûretés personnelles : cautionnement et lettre de confort…… 299

2. La pratique des sûretés dans le cadre des banques islamiques……301

a) Le recours à l'hypothèque (*rāhn*)…….....301

b) L'utilisation du cautionnement (*ḍamān*)……...302

B. Le droit de la banque au remboursement de la dette…… 305

C. Le droit d'imposer des sanctions pécuniaires pour retard…… 308

1. La prohibition de percevoir la pénalité de retard…….. 309

2. L'autorisation sous condition de pénalités de retard……310

§ 2. Les obligations de la banque islamique……312

A. Les obligations classiques……313

1. L'obligation de confidentialité et de secret bancaire……313

2. Les obligations liées à l'information……..... 317

3. Les obligations prudentielles…… 321

a) Le devoir de conseil et de mise en garde…… 321

b) L'obligation de vigilance……..323

B. Les obligations spécifiques aux banques islamiques……..325

1. Les obligations divines…….. 325

2. Les obligations contractuelles…… 327

a) L'ingérence dans les affaires du client……..... 328

b) L'obligation nuancée de restitution……331

Chapitre 2. La responsabilité des banques islamiques : une notion à deux dimensions..... 335

Section 1. La responsabilité contractuelle des banques islamiques……336

§ 1. Le champ d'application de la responsabilité contractuelle……336

A. Le principe de responsabilité en droit musulman……..337

1. L'accent mis sur la notion de faute par le droit musulman…….. 337

2. Le dédommagement comme outil rétablissant l'équilibre rompu…….. 341

B. Le contenu spécifique de la responsabilité des banques islamiques……343

1. Les types d'infractions……343

a) La violation de l'obligation de confidentialité……344

b) Le défaut d'information……347

c) La responsabilité de la banque pour faute grave ou négligence…… 349

2. La responsabilité de la banque en sa qualité de mandataire……..353

a) La responsabilité en lien avec le paiement et l'encaissement……..354

b) La responsabilité de la banque en tant que dépositaire des fonds et pourvoyeuse de crédits……356

§ 2. La soumission des banques islamiques à l'arbitrage international……..360

A Le concept d'arbitrage…….. 360

1. Définition……..361

2. Les avantages et inconvénients de l'arbitrage…….. 365

B Le caractère exceptionnel du recours à l'arbitrage international ……...370

1. Le contexte d'application de l'arbitrage international : financement de projet…… 371

2. La question du droit applicable……377

a) L'internationalisation du contrat…… 377

b) Le rejet de la *sharī'a* comme référence……381

Section 2. La responsabilité sociale des banques islamiques…… 390

§ 1. La dimension redistributive des banques islamiques……391

A. La *zakāt* ou l'aumône légale……391

1. La notion de *zakāt*……..391

2. L'intégration de la *zakāt* dans l'activité bancaire…….. 395

B. Le versement des pénalités à des œuvres de bienfaisance……..399

1. La distinction entre le débiteur solvable et le débiteur en difficulté…… 399

2. L'exigence morale de versement des pénalités à des associations caritatives……...404

§ 2. Le rôle de régulation sociale de la banque islamique…… 409

A. Le prêt gratuit ou *ḳarḍ al-ḥassān*…….... 409

B. La mise en place d'une assurance islamique ou *takāfūl*……415

1. Le rejet de l'assurance conventionnelle…… 416

a) Un rejet fondé sur la prohibition du *gharār*……....416

b) Un refus lié à l'interdiction du *maīsir* …….. 417

c) Une réfutation reposant sur la prohibition du *ribā*……...419

2. L'acceptation sous condition de l'idée du contrat d'assurance……...420

3. Le *takāfūl* comme alternative à l'assurance conventionnelle……423

a) Les principes gouvernant l'assurance *takāfūl*……424

b) Les principaux contrats utilisés en matière d'assurance *takāfūl*…….....431

Conclusion de la seconde partie……... 436

Conclusion générale…… ….. 439

Bibliographie……..453

Index des auteurs……480

Index thématique…… 491

Annexes……..496

Annexe 1 : Méthode adoptée pour la transcription des caractères Arabes……497

Annexe 2 : Tableau résumant les différents risques rencontrés par les banques islamiques……498

Annexe 3 : Guide de l'AMF sur l'élaboration des prospectus *ṣūkūk*.....502

Annexe 4 : Instruction sur le régime fiscal en France, appliqué aux principaux contrats islamiques……507

Table des matières…… 545