



Munich Personal RePEc Archive

**Contemporary Islamic financing modes
between contract Technicalities and
Shariah objectives**

Abozaid, Abdulazeem

2011

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/93406/>
MPRA Paper No. 93406, posted 19 Apr 2019 23:52 UTC

MODES DE FINANCEMENT ISLAMIQUES CONTEMPORAINS: ENTRE LES SPECIFICITES TECHNIQUES DES CONTRATS ET LES OBJECTIFS DE LA CHARI'AH ¹

Abdulazeem Abozaid

RESUME

Certaines pratiques bancaires et financières Islamiques contemporaines ont soulevé des controverses juridiques qui éliminent toute différence substantielle entre ces dernières et leurs homologues conventionnelles. Ces pratiques tirent leur légitimité du simple respect des exigences contractuelles en termes de forme et de structure, loin de la considération et de l'analyse du fond et du contenu des contrats. Ces pratiques controversées des banques Islamiques sont considérées comme une menace pour cette industrie naissante, et elles ont en quelque sorte conduit à la distorsion de la religion aux yeux d'un public averti et aux yeux des nonmusulmans. Cet article examine, à travers une approche Maqassidi, les modes de financement les plus controversés qui sont adoptés par les différentes institutions financières Islamiques, et analyse les diverses justifications appuyant leur légitimité. L'article décrit également le prospectus de ce qui constitue un véritable produit compatible avec la Chari'ah.

INTRODUCTION

Les banques et institutions financières Islamiques ont développé plusieurs instruments de financement dans le but de satisfaire les besoins d'un marché toujours plus exigeant. Ces besoins sophistiqués du marché n'ont pas été appréhendés par les générations précédentes des juristes musulmans. Par conséquent, ces juristes ne sentaient pas le besoin de développer davantage les instruments de financement déjà en place. Cependant, pour développer et structurer les modes de financement modernes, les institutions financières Islamiques contemporaines ont essentiellement compté sur les institutions financières classiques qui possèdent à leur actif des décennies d'expérience dans la fourniture de services financiers. En d'autres termes, les modes de financement modernes adoptés par les institutions financières Islamiques ont été modelés en rapport avec leurs homologues conventionnelles parce que ces institutions financières Islamiques ont voulu imiter, avec quelques

¹ Traduction par Professeur Mohamed Boudjellal de l'article «*Contemporary Islamic Financing Modes between Contract Technicalities and Shari'ah Objectives*», publié dans *Islamic Economic Studies*, Vol.17, No. 2. Janvier 2010

modifications, les institutions conventionnelles pour offrir les meilleurs services financiers.

À cet égard, la Chari'ah, en principe, n'interdit pas aux musulmans de bénéficier des expériences des autres ; bien au contraire, l'Islam est une religion qui encourage et enseigne à ses adeptes d'échanger les expériences et d'acquérir les connaissances auprès des musulmans et des nonmusulmans. Cependant, le problème se pose quand on sait que l'intérêt ou le *Riba*, qui est l'un des crimes les plus graves qu'un musulman puisse jamais commettre, constitue le cœur de presque tous les instruments de financement conventionnels. C'est une chose importante à garder à l'esprit avant de poursuivre cette réflexion. Une autre chose importante est le fait bien connu que tout contrat peut être utilisé pour obtenir une bonne ou une mauvaise fin. Un contrat est donc comme un outil qu'on peut utiliser à des fins différentes, licites ou illicites. Un couteau, par exemple, peut être utilisé dans la cuisine et peut être utilisé pour assassiner quelqu'un. Un verre est un autre exemple, car il peut être utilisé pour boire de l'eau ou pour boire du vin. De même, un contrat comme le contrat de mariage peut être utilisé par un couple non pas pour réaliser les divers objectifs licites attendus, mais seulement pour satisfaire un plaisir sexuel pour peut-être une heure ou deux, avant de procéder immédiatement au divorce. Ainsi utilisé, il devient une astuce juridique pour éviter le *Zina* (l'adultère). Ainsi, tout contrat, y compris un contrat de vente, peut être utilisé non pas pour réaliser ce pourquoi il a été initialement conçu, mais pour arriver à des fins illégales sur la base d'une forme et d'une structure toutes deux légitimes. Ces deux faits, à savoir les instruments modernes de financement Islamique étant modélisés selon des produits de financement classiques basés sur le *Riba*, et les abus éventuels de tout contrat, ne doivent pas échapper à l'attention de tout chercheur ou spécialiste essayant d'examiner et de déterminer la légitimité des contrats de financement contemporains et la manière dont ils ont été mis en œuvre par les institutions financières Islamiques. Par souci de concision, notre discussion dans le présent article se limitera à l'analyse des instruments de financement controversés tels que pratiqués par certaines banques et institutions financières Islamiques. Quant aux instruments de financement dont la légitimité est en principe libre de tout soupçon, ils sont exclus de cette étude, car il n'y a pas de conflit entre leurs spécificités techniques et les objectifs de la Chari'ah. Toutefois, il convient de noter avant de commencer notre analyse que les banques et institutions financières Islamiques varient en fonction de leur adoption respective des instruments financiers controversés. Cela peut être attribué à des facteurs tels que: le degré d'engagement et le niveau de connaissance des membres du conseil de la Chari'ah (Shari'ah Board) ; la politique de l'institution et l'étendue de son adhésion à la Chari'ah ; le niveau de sensibilisation du public

là où la banque Islamique opère et sa capacité à évaluer les questions liées à la Chari‘ah.

1. LES PRINCIPES DE LA CHARI‘AH POUR DETERMINER LA VALIDITE ET LA LICEITE DES CONTRATS

Le but de la discussion qui suit est d'élucider les approches juridiques pour déterminer si tel ou tel contrat est valable et acceptable du point de vue de la Chari‘ah.

1.1 Méthodologie juridique de validation des contrats

En essayant de déterminer la validité des contrats à partir des textes sacrés de la Chari‘ah, les juristes se réfèrent à deux catégories de textes. La première catégorie implique la nécessité d'adopter l'intention des contractants comme l'une des bases pour la validation de leurs contrats, tels que le *Hadith* bien connu «les actes déterminés par leur intention» (إنما الأعمال ^{بالنيات})². Ce *Hadith* signifie que l'intention, c'est-à-dire l'objet ou la substance du contrat, est à la base de l'acceptation d'un contrat et de sa validité ; par conséquent, la forme ou la structure du contrat à elles seules ne sont pas suffisantes pour attester de sa validité.

La deuxième catégorie des textes de la Chari‘ah suggère le contraire; le jugement de toutes choses y compris les contrats doit être fondé sur leur seule forme et structure, en dehors de l'intention et des objectifs des contractants.³ Parmi ces textes figure le *Hadith* dans lequel le Prophète (Sallallahu Alayhi Wa Sellem) dit: «Je suis un être humain, donc je donne des jugements fondés sur ce que j'ai entendu, mais s'il m'arrive de porter un jugement faux, mon jugement ne légalisera donc pas l'interdit... »³ Fondé sur ce texte, le jugement de toutes choses, y compris les contrats, doit se faire sur la base d'évidences apparentes. Cela suggère qu'il ne faut donner aucune attention ou considération aux intentions et objectifs. Devant de telles évidences, apparemment contradictoires, les juristes ont légitimement adopté deux approches différentes pour valider les contrats:

La première approche, qui est adoptée par les écoles de *Fiqh* (droit musulman) Hanafite et Chafiite, déclare que la validité des contrats doit être jugée par

² Ce *Hadith* a été rapporté par Omar Ibn Al-Khattab (ra). Voir Sahih al-Boukhari, 1/3 hadith N°1 ; Sahih Muslim, 3/1515, hadith N°1907.

³ Pour plus de détails sur ce sujet ; voir *La Eina contemporaine : est-elle une vente ou une*

leur forme et leur structure, ne donnant aucune considération aux intentions et objectifs réels des contractants dans un contrat particulier, même si le contrat a été accompagné de quelques indices qui peuvent indiquer une mauvaise intention des contractants. Pour ce groupe de juristes, tout contrat dont la structure et la forme sont conformes à la Chari‘ah doit être jugé comme valide, à moins qu'un objectif illégal soit indiqué dans le contrat ou déclaré par les contractants. Toutefois, ce groupe de juristes ne néglige et n'ignore pas la première catégorie de *Hadith* comme nous l'expliquerons très bientôt.

Contrairement à la première approche, la seconde approche donne un poids et une considération à l'intention des contractants ou au but d'un contrat spécifique. Si l'intention n'a pas été précisée dans le contrat, elle peut être vérifiée à partir des indices ou des circonstances environnantes qui pourraient nourrir l'initiation du contrat. Si les indices suggèrent une intention malveillante ou illégale, le contrat sera alors considéré comme nul et non avenue. Parmi les indices acceptés à cet égard est l'objectif coutumier illégal des gens à partir d'un type particulier de contrat. Pour eux, ce genre d'objectif coutumier est assez puissant pour invalider le contrat indépendamment de l'intention réelle des contractants dans un contrat particulier. Cette approche a été adoptée par les écoles Malékite et Hanbalite du *Fiqh*.⁴

transaction usuraire?, Abdulazeem Abozaid,
p.47.

³ Ce hadith a été rapporté par Oumm Salama (ra). Voir Sahih al-Boukhari, 2/867, *Hadith* N°2326; Sahih Muslim, 3/1337, hadith N°1713.

⁴ Ibn Abidin. *Hachiyat (Rad al-Moukhtar ala al-Dur al-Mukhtar)* 5/48; Al-Dasuqi, *Hachiyah* 3/76; Qurafi, *Al-Fouruq*, 3/268; Mohammad Ali, *Tahzib al-Furuq*, 3/275; Ibn Juzai. *Al-Qawanin Al-Fiqhiyyah*, p.140; Al-Chafi'i, *Al-Oum*, 4/114; Ibn al-Qaiyyem, *Aâlam al-Muaqi'in*, 3/109-121; Al-Ghazali, *Al-Mustasfah*, 2/36.

Après avoir exposé ces deux approches juridiques en matière de validation des contrats, il peut être dit que, dans la pratique, la tendance est en faveur de celle qui valide les contrats sur la base de leur forme et leur structure, parce qu'il n'est pratiquement pas possible, voire impossible, de déterminer les intentions des contractants dans un contrat particulier. Il est vrai que les indices et les pratiques coutumières peuvent aider à évaluer l'intention des contractants, mais il y a toujours le risque de faire une évaluation erronée de l'intention des contractants. Par conséquent, les contrats peuvent être invalidés en raison d'une mauvaise évaluation, qui est un mal en soi.

1.2 *Al-Houkom Al-Diyani et Al-Hukm Al-Qada'i*

Pour concilier les textes contradictoires se rapportant à cette question, les tenants de l'approche qui valide les contrats sur la base de leur seule forme et structure ont distingué *Al-Houkom Al-Diyani* d'*Al-houkom Al-Qada'i* dans les contrats. Le premier représente la validité de l'acte entre Dieu et l'homme, qui est réalisée sur la base d'une intention légitime de l'homme. Le second représente la validité de l'acte entre hommes, en d'autres termes, il concerne les affaires mondaines. Cette validité est réalisée par la présence d'une structure solide et sans défaut. Les tenants de cette approche disent: Jugeons les gens sur la base de leur structure (*Al-Houkom Al-Qada'i*) et laissons la question des intentions et des objectifs (*Al-Houkom Al-Diyani*) à Allah S.W.T, afin d'éviter toute possibilité de faire des jugements faux, ce qui est en soi un mal. Toutefois, cela ne signifie pas que la mauvaise intention des contractants restera impunie, tout simplement parce que, contrairement aux lois positives faites par les hommes, la Chari'ah est une religion telle qu'une personne échappant à un châtement terrestre ne pourra certainement pas échapper à la punition dans l'au-delà, si elle ne se repent pas ou n'a pas été pardonné.⁴ Par conséquent, un acte valable du point de vue d'*Al-Houkom Al-Qada'i* n'est pas nécessairement valable dans le cas d'un *Houkom Al-Diyani*.

Pour résumer, les Hanafites et les Chafi'ites, tout comme les autres écoles de *Fiqh* (jurisprudence Islamique), estiment que la validité de tous les actes, qu'ils soient des dévotions ou des transactions, doit être initialement déterminée par l'intention telle qu'elle a été clairement suggérée par le hadith. Toutefois, ils ont trouvé qu'il est difficile d'établir la validité des transactions par le biais de l'intention, en plus, ils ont trouvé d'autres textes qui suggèrent que la validation des actions mondaines doit être déterminée par leur seule forme. Par conséquent, ils ont dit: nous limitons la fonctionnalité de l'intention au *hukm Diyanatane* alors que le jugement doit se faire sur la base de la structure et la forme de chaque acte.⁵⁶

⁴ L'imam Chafi'i a dit: "Nous devons juger les choses sur la base de leur forme, et Allah SWT prend soin de l'invisible (objectifs et intentions). Celui qui juge les hommes selon sa propre évaluation de leurs intentions, il aura légalisé pour lui-même ce que Allah et Mohamed SAWS ont interdit, car seul Allah SWT connaît les intentions réelles des hommes (l'invisible), et Il est seul à punir ou récompenser en conséquence. Allah a ordonné aux hommes de se baser sur la forme pour juger la conduite des uns et des autres. S'il existait une personne ayant autorité pour juger le comportement des hommes sur la base de ses propres évaluations de leurs intentions basées sur des indices certains, alors il serait exclusivement le Prophète SAWS ». Voir *Al-Chafi'i*, *Al-Oum*, 4/114.

⁵ Al-Ghazali, *Al-Mustasfah*, 2/36; Ibn Abidin. *Hashiyat (Rad al-Mukhtar ala al-Dur alMukhtar)* 5/48; Al-Dasuqi, *Hashiyah* 3/76; Qurafi, *Al-Furuq*, 3/268; Mohammad Ali, *Tahzib al-Furuq*, 3/275; Ibn Juzai. *Al-Qawanin Al-Fiqhiyyah*, p.140; Al-Chafi'i, *Al-Oum*,

⁶ /114; Ibn al-Qaiyyem, *Aâlam al-Muaqi'in*, 3/109-121.

1.3 Juger un contrat comme valable n'implique pas nécessairement sa licéité

La discussion précédente sur la détermination de la validité des contrats sur la seule base de leur forme et de leur structure, ou sur la base de l'intention et des objectifs des contractants ne saurait en aucun cas couvrir la question de la détermination de la licéité des contrats. Plutôt, selon toutes les écoles de *fiqh*, le hadith bien établi du rôle de l'intention constitue la base pour déterminer la licéité des contrats. Pour peu qu'elle ait été identifiée et évaluée correctement, l'intention aurait été également invoquée dans la détermination de la validité des contrats, comme c'est le cas avec les actes de dévotion où l'intention est essentielle pour l'existence même des actes de dévotion. Par exemple, une personne qui s'abstient de manger et de boire de l'aube jusqu'au coucher du soleil, sans observer l'intention du jeûne légal, n'effectue pas le jeûne légal. Par conséquent, c'est une erreur de considérer un contrat comme forcément licite, ou d'attribuer une telle position à des juristes qui valident les contrats sur la base de leur structure, comme c'est le cas pour les Hanafites et les Chafi'ites. Au contraire, la base de la licéité d'un contrat est toujours et unanimement son but et objectif. L'imam Chafi'i a dit: «Nous devons juger les choses sur la base de leur formes, et Allah SWT⁷ prend soin de l'invisible (objectifs et intentions). Celui qui juge les hommes selon sa propre évaluation de leurs intentions, il aura légalisé pour lui-même ce qu'Allah et Mohamed SAWS⁸ ont interdit, car seul Allah SWT connaît les intentions réelles des hommes (l'invisible), et Il est seul à punir ou récompenser en conséquence. Allah a ordonné aux hommes de se baser sur la forme pour juger la conduite des uns et des autres. S'il existait une personne ayant autorité pour juger le comportement des hommes sur la base de ses propres évaluations de leurs intentions basées sur des indices certains, alors il serait exclusivement le Prophète SAWS ».⁹

Al-Ghazali, un autre grand savant Chafi'ite, a également dit que le jugement d'une chose comme valable est une question totalement différente de son jugement comme licite.¹⁰

Pour résumer, selon tous les juristes, la licéité des contrats est établie sur l'intention et l'objectif des contractants ; si le but est d'obtenir une fin illégale, le contrat est alors *Haram*. Si, d'autre part, l'intention est d'obtenir une fin légitime, le contrat est alors licite.

Exemples: Parmi les applications pertinentes de la distinction entre un contrat valable et un contrat licite, on cite *Bay' al-Eina* (vente et rachat de nouveau),

⁷ Sobhanahou Wa Teaala

⁸ Salla Allahou Alayhi Wasallam

⁹ Al-Chafi'i, *Al-Oum*, 4/114.

¹⁰ Al-Ghazali, *Al-Moustasfa*, 2/36.

qui est une vente (par une banque par exemple) qui peut être recourue à des fins de contourner l'interdiction du *Riba* en vendant une marchandise à crédit puis alors la racheter instantanément à un prix moindre pour fournir (au client) de l'argent liquide.¹¹ Cette vente était naturellement jugée comme valable par les Chafi'ites, et aussi par les Hanafites, dans certains cas. Toutefois, sur la base de la discussion précédente, juger une telle transaction de *Bay' al-Eina* comme valable ne signifie pas nécessairement qu'elle est licite par référence aux écoles Hanafite et Chafi'ite, mais plutôt sa licéité est basée sur l'objectif des contractants à travers cette opération ; si le but est d'obtenir de l'argent liquide avec un paiement d'intérêts cachés au moyen d'un contrat de vente, alors il est *Haram* (interdit). Si, d'autre part, l'objectif est d'acquérir véritablement la marchandise vendue dans les deux contrats de vente, alors que la présence de deux contrats de vente consécutifs n'était pas prévue dès le début, alors, il est licite. En fait, cette analyse n'est rien qu'une mise en œuvre pratique du *Hadith* rapporté par Omar Ibn al-Khattab : "Les actes sont déterminés par leurs intentions».

Une autre application est le contrat de mariage. Si l'intention du couple est d'avoir une relation de mariage permanente avec toutes ses implications, alors ceci est un contrat de mariage licite. En revanche, si l'objectif est simplement de légaliser des relations sexuelles pendant un certain temps et d'exécuter le divorce ensuite, alors c'est un contrat de mariage illicite. En effet, il peut confiner au *Zina* (adultère) bien qu'il se présente sous une forme parfaite et pourrait donc être jugé comme un contrat licite parce qu'il répond à toutes les exigences du contrat de mariage.¹²

1.4 La bonne intention ne suffit pas pour légaliser un contrat

Un financier via *Bay' al-Eina* ne peut prétendre avoir une bonne intention pour légaliser sa transaction, comme l'intention d'aider ceux qui ont besoin d'argent, si c'est pour obtenir du *Riba*. De même, une personne qui vend des raisins à un vigneron (qui fait du vin) ne peut prétendre avoir une intention neutre, à savoir faire du commerce normal, pour légaliser sa transaction. Selon les *Fouqaha*, si le contrat a pour résultat un mal, comme induire le *Riba*, alors il est illégal, indépendamment de toute intention qui pourrait être revendiquée dans de pareils cas.¹³

¹¹ V. détails sur *bay' Al-Eina* plus bas dans cet article.

¹² Al-Shafi'i, *Al-Oum*, 3/78; Ibn Abidin. *Hashiyat (Rad al-Mukhtar ala al-Dur al-Mukhtar)* 4/279; Al-Kasani, *Badai' Al-Sanai'* 5/198-199; Ibn Al-Hammam, *Fath Al-Qadir* 6/71. ¹³ Al-Kasani, *Badai' Al-Sanai'* 5/198-199; Al-Chafi'i, *Al-Oum*, 3/78; Ibn Abidin. *Hashiyat (Rad al-Mukhtar ala al-Dur al-Mukhtar)* 4/279; Ibn Al-Hammam, *Faih Al-Qadeer* 6/71.

Résultat

La discussion qui précède a en quelque sorte indiqué que, pour que les produits financiers aient la réputation d'être conformes à la Chari'ah, ils doivent être à la fois valables et licites. En d'autres termes, la forme et le fond doivent se conformer à la Chari'ah. Ce résultat soulève la question de savoir si les produits bancaires et financiers Islamiques suivent effectivement le même principe. Ci-dessous quelques exemples des diverses formes de produits bancaires Islamiques seront examinés pour illustrer le problème de l'échec dans la distinction entre un contrat valable et un contrat licite, ainsi que le problème de la mauvaise application de *Maqassid Al-Chari'ah* [les objectifs de la Chari'ah] dans la légitimation des contrats qui sont nettement contraires à l'esprit et à l'essence même de *Maqassid Al-Chari'ah*.

2. L'EXAMEN DE CERTAINS MODES DE FINANCEMENT CONTEMPORAINS DANS LES INSTITUTIONS FINANCIERES ISLAMIQUES

Certaines institutions financières Islamiques ont pratiqué des modes de financement qui répondent à toutes les exigences contractuelles mais qui violent les objectifs de la Chari'ah. Les justifications suivantes sont fournies en appui de leur adoption:

- Réalisation de *Maqassid Al-Chari'ah*, qui sont essentiellement structurés sur la base de *Maslahah* (intérêt public).
- Être dans un état de *Darourah* (nécessité), et la *Darourah* peut rendre licite des choses interdites.
- L'attitude flexible attribuée par certaines écoles de *Fiqh* à des transactions telles que *Bay Al-Eina et Tawarrouq*, qui constitue la base de certains modes de financement contemporains.¹³

Avant de soumettre ces justifications à l'examen, nous examinerons certains modes de financement adoptés par différentes institutions financières Islamiques. Cependant, la dernière justification ci-dessus a déjà été discutée, et nous sommes arrivés à la conclusion que, même si certains juristes ont validé *Bay' Al-Eina* et d'autres opérations similaires, cette validité ne rend pas licites de telles transactions.

¹³ Voir ces justifications in *Securities Commission Syariah Advisory Council, Malaysia*, p. 21-22.

2.1 Financement basé sur Al-Eina (Vente et rachat instantané)

Comme indiqué précédemment, *Bay' Al-Eina* réfère à un contrat de vente par lequel une personne vend un article à crédit et ensuite l'achète instantanément en espèces à un prix moindre. Exemple: «A» demande un prêt de 10 \$ à B. B, au lieu de demander des intérêts sur ce prêt, recourt à un artifice. B vend à crédit un article à «A» pour 12 \$ et puis il le lui rachète au comptant pour 10 \$. Ainsi, «A» repart avec 10 \$ en main, mais tout en étant redevable à B pour 12 \$. Un tel mécanisme suggère que l'article lui-même n'est pas destiné à l'achat, mais plutôt qu'il est utilisé uniquement comme un moyen pour fournir de l'argent. Pour illustrer cela, il n'y a aucune différence pour la personne qui recherche un financement pour conclure un contrat de vente d'une voiture, d'une maison ou autre chose. Par ailleurs, dans la pratique, une telle opération implique rarement la possession effective de la chose vendue ou bien des documents officiels du contrat.

2.1.1 Quelques exemples de produits Eina

a) Financement de logement BBA

BBA est l'abréviation de *Bay' Bithaman al-Adjil*, un terme arabe qui signifie «vente à paiement différé» ou vente à tempérament. Techniquement, BBA réfère à un contrat de vente pratiqué principalement en Malaisie par lequel une personne «A» qui n'a pas assez d'argent pour payer la totalité du prix de la maison de son choix ne paiera que 10% environ du prix. En retour, «A» reçoit du vendeur de la propriété une «propriété bénéficiaire ou effective», qui est en quelque sorte un engagement de la part du propriétaire pour conclure la vente au moment du paiement du solde (90%). Après avoir payé les 10% et l'obtention de la propriété effective, "A" vend la maison telle que représentée par la propriété effective à la banque Islamique pour un prix comptant équivalent à l'encours (90%) du prix de la maison. Donc, si le prix total a été de 100.000 RM (Ringgit Malaisien), alors le prix de vente entre "A" et la banque Islamique serait de 90.000 RM. Ensuite, la banque Islamique vend immédiatement la maison, qui est représentée par la propriété effective, de nouveau à «A» sous forme de versements échelonnés avec un taux de marge, par exemple pour 130.000 RM sur une période de 5 ans. Les 90.000 RM payés par la banque Islamique comme prix d'achat seront versés au promoteur immobilier pour conclure le contrat de vente. La personne «A», cependant, reste redevable à la banque Islamique pour les 130.000 RM, le prix du contrat de la dernière vente conclue.

*Ressemblance du financement BBA aux hypothèques sur maison d'habitation*¹⁴ : Ce mode de financement, en dehors de ses aspects techniques, est à peine différencié de l'hypothèque conventionnelle utilisée dans le financement de l'habitation. La seule différence qu'un observateur peut trouver est la façon dont l'argent est avancé par la banque au client. Dans l'hypothèque conventionnelle, le financement a lieu sous forme de prêt classique, alors que dans le BBA, le financement se fait à travers *Bay' Al-Eina*. Un examen plus approfondi des clauses particulières du contrat BBA et de ses modalités va même renforcer la convergence des BBA avec les hypothèques sur maison d'habitation.¹⁵

b) Le découvert Islamique

Une autre application de *Bay' Al-Eina* est le «Découvert Islamique» (DI)¹⁶. Il obéit au concept de *Bay' Al-Eina* bien qu'il soit commercialisé sous différents noms - *Al-Nakd*, *Al-Tamwil*. Le but de cette facilité de caisse est de permettre aux clients de retirer de l'argent jusqu'à une certaine limite sur leurs comptes. Traditionnellement cela fonctionne selon le principe des prêts à intérêt. Comme l'intérêt sur les prêts est interdit en Islam, certaines banques Islamiques ont eu recours au *Bay' Al-Eina* en tant qu'alternative licite. Pour expliquer le mécanisme, la banque Islamique exécute simultanément deux opérations de vente-rachat avec des prix différents, l'une en espèces, l'autre sous forme de paiement différé. L'objectif de ces deux contrats de vente est de créer, à partir de la différence entre les deux prix, une dette sur le client, en vue d'en soutirer des frais imposés en contrepartie de l'utilisation du découvert. Les frais bancaires dépendent du volume et du nombre de retraits.

Donc, la question qui s'impose après avoir exposé ces deux applications de *Bay' Al-Eina* est de savoir s'il existe une réelle différence entre le financement basé sur *Bay' Al-Eina* et les prêts conventionnels, qui soit capable de faire d'*Al-Eina* un produit de financement conforme à la *Chari'ah*.

2.1.2 Statut de Bay' Al-Eina dans la Chari'ah

Ainsi que discuté précédemment, tandis que certaines écoles de *Fiqh* déterminent la validité des contrats sur la base de leur forme et leur structure, toutes les écoles de *Fiqh* s'accordent à déterminer la licéité des contrats sur la

¹⁴ Note du traducteur : le vocable '**hypothèque sur maison d'habitation**' correspond à l'expression anglo-saxonne '**home mortgage**'.

¹⁵ Pour plus de détails sur le mécanisme de l'hypothèque sur maison d'habitation, voir Abozaid Abdulazeem, *Fiqh al-Riba*, p.576.

¹⁶ Ce produit est offert par certaines banques Islamiques en Malaisie.

base de leurs objectifs et leur substance.¹⁷ Examiner *Bay' Al-Eina* tel que pratiqué par certaines banques Islamiques conduit au fait que son but est évidemment de fournir aux clients de l'argent d'une manière rentable et sécurisée pour la banque. Par conséquent, s'agissant de la substance du contrat *Bay' Al-Eina*, cette opération n'est rien de plus qu'un prêt à intérêt camouflé. Pour que *Bay' Al-Eina* soit un contrat de vente réel, il ne serait pas exempt des risques qui sont normalement associés aux contrats de vente. En outre, il entraînera un réel intérêt du client dans le produit de la vente. Cependant, dans la vente *Al-Eina*, l'actif sous-jacent à la double vente est sans conséquence et généralement pas lié aux fins du financement, et il peut provenir du client ou de la banque. Par ailleurs, la séquence des contrats dans la vente *Al-Eina* n'est pas accidentelle, mais plutôt prédéterminée afin d'atteindre une fin fixée à l'avance, c'est-à-dire de légaliser le paiement par les clients d'un surplus en contrepartie des liquidités qui leur sont fournies. Logiquement, il ne fait aucun sens pour la Chari'ah d'interdire le *Riba*, puis d'accepter que ses adeptes contournent cette interdiction par une technique comme *Al-Eina*. Certainement, la Chari'ah serait alors tombée dans une contradiction et aurait agi contre ses principes et objectifs, en s'éloignant de toute logique et raisonnement sain. Ainsi, la Chari'ah échouerait alors à convaincre ses adeptes, avant les étrangers, de sa rationalité et de sa pertinence qui ont toujours été une partie de ses pierres angulaires pour prouver et défendre son authenticité.

2.2 Financement basé sur le *Tawarruq*

Le *Tawarruq* est le fait d'acheter une marchandise chez une personne à crédit puis de la vendre immédiatement à une autre personne pour avoir de l'argent liquide. Ainsi, le *Tawarruq* partage le même objectif qu'*Al-Eina* parce que les deux techniques procurent de l'argent comptant. Cependant, le *Tawarruq* reste techniquement distingué d'*Al-Eina* car, dans celle-ci, la marchandise est revendue à son vendeur initial, alors que, dans le *Tawarruq*, elle est vendue à une tierce personne.

2.2.1 Le *Tawarruq* dans les banques Islamiques

Le mécanisme de *Tawarruq* qui est pratiqué par certaines institutions financières Islamiques est une version légèrement modifiée de la forme

¹⁷ Al-Chafi'i. *Al-Oum*, 3/78; Ibn Abidin. *Hashiyat (Rad al-Mukhtar ala al-Dur al-Mukhtar)* 4/279; Al-Kasani. *Badai' Al-Sanai'* 5/198-199; Ibn Al-Hammam, *Fath Al-Qadeer* 6/71; AlBahouti. *Kachf Al-Qina'*, 3/186; Ibn Qoudamah. *Al-Moughni*, 4/278-279.

originale du *Tawarruq* décrite ci-dessus¹⁸. Dans ce *Tawarruq* institutionnel, la banque achète une marchandise sur le marché, comme le métal sur le marché de Londres [London Metal Exchange (LME)], puis le vend à un client sous forme de *Murabahah* à paiement différé. Par la suite, la banque, en tant qu'agent du client, vend au comptant le métal sur le LME. En conséquence, la banque réalise un bénéfice de sa vente *Murabahah* et des commissions sous forme de frais d'agence, alors que le client obtient de l'argent liquide et demeure engagé à rembourser l'encours de la dette qu'il a contractée lors de l'acquisition de la marchandise auprès de la banque sur la base *Murabahah*.¹⁹

2.2.2 Statut du *Tawarruq* dans la *Chari'ah*

Un nombre très limité de juristes anciens avaient autorisé le *Tawarruq* ; mais le *Tawarruq* qui a été pratiqué et a reçu en quelque sorte l'acceptation de certains juristes est différent du *Tawarruq* artificiel moderne sur plusieurs aspects.²⁰ Tout d'abord, l'ancien *Tawarruq* était dans la plupart des cas sans artifice délibéré ni complicité. Son *modus operandi* était comme suit: la personne 'A' achète à crédit chez la personne 'B' une marchandise donnée. Après l'achat et la prise de possession de la marchandise de 'B', 'A' la revend sur le marché à un tiers sans l'aide ni médiation de 'B'. Bien que l'achat de la marchandise ait eu lieu avec le simple objectif de la vendre sur le marché à bas prix, cette transaction avait reçu une certaine acceptation de juristes (Hanbalites)²¹ en raison de l'absence d'artifice ou de complicité entre les contractants. Cependant, même s'il y avait un élément de ruse entre les parties, la transaction serait jugée **valable** par les Hanafites et les Chafiiites avec toutes les différences, bien sûr, entre validité et licéité comme expliqué plus haut.²²

Deuxièmement, les points de vue dans la littérature sur le *fiqh* lié au *Tawarruq*, même le *Tawarruq* artificiel, sont tous liés à des pratiques et des cas individuels, ils ont néanmoins été jugés irréguliers et dissidents de l'opinion juridique dominante sur le *Tawarruq*.

Troisièmement, les pratiques analogues au *Tawarruq* étaient parfois criminalisées dans l'Etat Islamique et ont été soumises à des interférences constantes et régulières par les autorités religieuses, alors que le *Tawarruq* est introduit aujourd'hui comme un produit bancaire Islamique bien établi et faisant partie intégrante du système financier Islamique.²³

¹⁸ Cette transaction est beaucoup plus pratiquée dans certaines banques Islamiques des pays arabes du Golfe.

¹⁹ Voir par exemple le mécanisme du *Tawarruq* dans le Banque Islamique d'Abu Dhabi. ²⁰ Pour tous les juristes, l'achat d'une marchandise puis sa vente sans intention de la vendre au moment de l'achat n'est pas une forme de *Tawarruq*. Le mécanisme est le suivant: Une personne est propriétaire d'une marchandise particulière qu'elle a achetée pour son propre

En conclusion, l'introduction du *Tawarruq* pratiqué de nos jours par certaines institutions financières Islamiques par référence au *Tawarruq* approuvé par certains anciens juristes est incorrecte, surtout celui entaché d'intentions et de complicité connues d'avance. En fait, dans les deux cas d'*al-Eina* et du *Tawarruq* la banque agit comme un financier qui fait un profit sécurisé par les clients qu'il finance, et non pas comme un commerçant qui prend des risques réels du marché, bien que la prise de risque de marché est, comme cela est communément connu, la ligne entre la vente et le *Riba*, le profit et l'intérêt. Par ailleurs, dans les deux opérations, la *Eina* et le *Tawarruq*, la banque sait que le client n'a aucun intérêt à la

besoin au comptant, à tempérament ou autre. Après quelque temps, elle veut avoir de l'argent frais, alors elle vend la marchandise sur le marché pour se procurer des liquidités. Si la marchandise a été acquise à crédit, elle demeure engagée à rembourser l'encours de la dette qui a été contractée lors de l'acquisition de la marchandise. Ce genre d'opération ne soulève pas d'objection vis-à-vis de la Chari'ah.

²¹ Al-Bahuti. *Kachf Al-Qina'*, 3/186; Ibn Qudamah. *Al-Moughni*, 4/278-279; Ibn alQayyim. *Tahzib Al-Sunan*, p.9/253-254.

²² Ibn Abidin. *Hachiyat* 4/279; Al-Dasuqi, *Hachiyah* 3/78; Qurafi, *Al-Fouruq*, 3/275; Mohammad Ali, *Tahzib al-Fouruq*, 3/275; Al-Chafi'i, *Al-Oum*, 3/78; Al-Kasani. *Badai' AlSanai'* 5/198-199; Ibn Al-Hammam, *Fath Al-Qadir* 6/71. ²³ Voir par exemple : Ibn Abidin, *Hachiyat* 4/175.

marchandise, si ce n'est pour la revendre immédiatement, soit à la banque sous forme de *Eina*, soit à une tierce partie, mais par la médiation de la Banque comme c'est le cas avec le *Tawarruq*. Ces faits concernant la *Eina* et le *Tawarruq* éliminent les différences réelles entre les deux techniques, et plus généralement, ils éliminent les différences entre les deux d'un côté et le prêt à intérêt de l'autre côté, réduisant ainsi les différences aux seules techniques suivies dans l'exécution des deux contrats. Si la *Eina* ou le *Tawarruq* ne sont pas *Haram* (prohibés), il serait alors plus facile et plus approprié aux individus de contourner l'interdiction du *Riba*. Dans ce cas, toute personne qui souhaite légitimement octroyer des prêts avec intérêt à des agents à déficit de financement recourra tout simplement à *al-Eina* ou au *Tawarruq*, de sorte que le *Riba* serait «légalement» pratiqué. Par conséquent, prétendre la licéité de telles opérations contredit le but de la

Chari'ah en matière d'interdiction du *Riba*.

Par ailleurs, l'absence de différences substantielles entre les financements basés sur *Eina/Tawarruq* dans les banques Islamiques d'une part, et les prêts conventionnels d'autre part, annule la justification de la surcharge des clients à déficit de financement auprès des banques Islamiques par des coûts supplémentaires en raison de procédures supplémentaires. Les clients de certaines banques Islamiques qui acceptent volontiers des coûts supplémentaires pour avoir des liquidités en échange de l'obtention de produits compatibles avec la Chari'ah finissent par payer le coût de la

procédure technique suivie par certaines banques Islamiques qui croient à la légitimité de leurs produits.

2.3 *Al-Rahn ou prêt sur gage Islamique*²⁰

Le contrat *Al-Rahn* (nantissement) dans la Chari'ah est destiné à être utilisé comme un titre de créance. Cependant, dans certaines banques Islamiques, il est utilisé pour générer des profits de celui-ci dans une transaction appelée gage Islamique. Dans cette transaction, la banque Islamique offre à son client un soi-disant prêt gratuit avec la condition que celui-ci fournit un *Rahn*, par exemple un bijou précieux pour être conservé par la banque, sous sa garde, en garantie ; mais le problème se pose lorsque la banque Islamique facture à son client la soi-disant garde de ce bijou. Ironiquement, les frais facturés varient selon le montant du prêt, et il est parfois équivalent au taux d'intérêt du marché. Si le coût de stockage doit refléter les frais de stockage réels encourus par la banque, il serait alors déterminé par la taille, le poids ou autres mesures physiques, au lieu du montant de l'emprunt. Cela, en plus de nombreuses dispositions de la Chari'ah qui invalident cette opération, comme l'interdiction de combiner entre un contrat de prêt et tout contrat commutatif (contrat qui implique l'échange de deux contrevaieurs) afin de bloquer les moyens de facturer la charge d'un intérêt indirectement par l'intermédiaire de ce contrat, en plus de la disposition de la Chari'ah où les frais de la tenue de la garantie doivent être supportés par al-*Murtahin* (créancier hypothécaire).

2.4 *Justifications erronées*

Les partisans des pratiques controversées actuelles des banques et institutions financières Islamiques affirment que les banques Islamiques doivent être traitées avec clémence en particulier à leur stade embryonnaire. Ceci est nécessaire afin de faciliter leur croissance et leur développement, et afin d'assurer leur durabilité et viabilité au milieu de l'hégémonie et de la prévalence des banques classiques et des systèmes économiques fondés sur l'intérêt. Sinon, les banques Islamiques seraient vouées à l'échec, et leur échec est un échec de l'ensemble du système économique Islamique, ce qui serait à son tour fatal au projet même d'établir un état Islamique moderne. Ceci, pour les tenants de ces opinions, nécessite une approche plus flexible et libérale lors de la structuration des produits bancaires Islamiques afin de réaliser les objectifs de la Chari'ah. Évidemment, à partir de cette justification on peut déduire que les tenants de cette approche ont fondé leurs arguments sur différents concepts de la Chari'ah, les plus importants sont les objectifs de la

²⁰ Actuellement offert par un certain nombre d'institutions financières Islamiques en Malaisie.

Chari'ah (*Maqassid Al-Chari'ah*), à savoir *almaslaha* et *al-daroura*. Pour mieux répondre à cette question nous devons examiner ces concepts en détail afin d'avoir une meilleure compréhension sur la façon dont les justifications des opérations financières contemporaines controversées peuvent être réfutées.

4. LA REALISATION DE MAQASSID AL-CHARI'AH & LA MASLAHA

Maqassid (le pluriel de *maqсад*: objectif) *Al-Chari'ah* sont les objectifs, l'esprit et la logique de la Chari'ah. Un examen exhaustif et minutieux des dispositions de la Chari'ah implique une compréhension de l'idée que la Chari'ah dans son ensemble vise à protéger et à préserver l'intérêt général (*Maslaha*) dans tous les aspects et les segments de la vie.²¹ Ainsi, les lois de la Chari'ah en général sont conçues pour protéger ces avantages et pour faciliter l'amélioration et la perfection des conditions de la vie humaine sur terre. Ce fait suggère que nous sommes tenus de tenir compte de *Maqassid Al-Chari'ah* dans la mise en œuvre des règles de la Chari'ah, et d'observer ces *Maqassid* dans la promulgation de lois concernant les questions nouvelles qui se posent. Par conséquent, dans le contexte du système bancaire Islamique, si l'observation de *Maqassid Al-Chari'ah* entraîne le respect de la logique et de l'esprit des textes, alors le seul respect de la forme dans les opérations de structuration d'un produit bancaire ou financier Islamique va à l'encontre du concept même de *Maqassid Al-Chari'ah*. Ainsi, pour une réalisation correcte de *Maqassid Al-Chari'ah*, les établissements bancaires et financiers Islamiques doivent s'assurer que toutes les transactions sont conformes à la Chari'ah, non seulement en termes de subtilités juridiques et de formes, mais le plus important en termes de la substance économique de ces transactions qui est fondée sur le contour des objectifs de la Chari'ah. Étonnamment, *Maqassid Al-Chari'ah* ont été utilisés comme une justification pour l'adoption de certains produits bancaires à *Riba* déguisé, alors que le respect de ces *Maqassid* doit être le facteur primordial pour déterminer leur prohibition.

4.1 Macro *Maqassid* Versus *Micro Maqassid*

On peut penser qu'en légalisant certaines transactions controversées, telles que *bay' al-Eina*, les macros *Maqassid* sont observés. Entendons par macros *Maqassid* ici l'intérêt ou les avantages liés au bien-être d'une manière générale et à celui du système économique, qui ont toujours été les objectifs de l'économie Islamique ; tandis que les micros *Maqassid* ne concernent que

²¹ Ibn al-Subki, *Al-Ibhaj*, 3/52, Al-Chatibi, *Al-Mouwafakat*, 2/2.

certaines questions se rapportant à certaines transactions micro-financières individuelles. Évidemment les macros *Maqassid* sont plus importants à observer que les micros *Maqassid*. Ces macros *Maqassid* se manifestent dans la structuration d'une économie Islamique et la poussent à concurrencer et à remplacer les banques classiques, au moins dans les pays musulmans. D'autre part, le maintien de l'interdiction de certaines opérations contribue à l'observation des *Maqassid* particuliers de certaines règles détaillées, mais éventuellement au détriment de certains macros *Maqassid* de la Chari'ah à un âge particulier, ou plus précisément, des *Maqassid* de certaines opérations conformes à la loi Islamique, sachant que cette dernière vise à construire un système économique solide et juste.

Pour répondre à cette fausse idée, nous avons besoin de mettre en évidence un problème très important qui est le conflit entre la perception d'une *Maslaha* et celle des textes de la Chari'ah. En bref, s'il semble y avoir un conflit entre une *Maslaha* donnée et un texte de la Chari'ah, alors les textes de la Chari'ah doivent toujours prévaloir sur la *Maslaha* perçue. Cela est particulièrement vrai pour trois raisons: Premièrement, la présomption même de l'apparition d'un conflit entre un texte de la Chari'ah et une *Maslaha* réelle est fautive, tout simplement parce que tous les textes de la Chari'ah visent à la réalisation de la *Maslaha*, comme il est admis par les tenants de la prévalence de la *Maslaha*. Deuxièmement, même si hypothétiquement un tel conflit existe, alors ce sont les textes de la Chari'ah qui doivent avoir la priorité sur la *Maslaha* perçue. La raison en est que la *Maslaha* tire son autorité des textes de la Chari'ah et non l'inverse. Par ailleurs, les juristes qui considèrent la *Maslaha* comme l'une des sources de la Chari'ah, ont toutefois qualifié cette *Maslaha* comme étant *Mursala* (latente), c'est-à-dire qu'il n'existe aucun texte clair sur sa validité ou sa non validité. Par conséquent, la *Maslaha* ne fonctionne pas, si elle est jugée en contradiction avec les textes définitifs de la Chari'ah. Troisièmement, la perception humaine de la *Maslaha* n'est pas nécessairement vraie; l'intellect humain est sujet à l'errance et au changement d'avis.

En d'autres termes, la détermination de la *Maslaha* en termes de ce qui est bénéfique et ce qui est nuisible ne peut pas être laissée aux seuls raisonnements humains. Au lieu de cela, en tant que musulmans, nous devons reconnaître la suprématie de ce qui a été prescrit par le Législateur divin dans les textes de la Chari'ah. Les limites inhérentes aux êtres humains constituent une raison forte de la nécessité d'une orientation divine, en particulier pour déterminer ce qui est juste et ce qui est faux. À cet égard, Ibn Taymiah dit: «Ce qui constitue une *Maslaha* ou un *Mafsada* (à l'opposé de *Maslaha*) est

soumis aux normes de la Chari'ah». ²² Al-Dahlawi dit aussi: «Notre Législateur est plus digne de confiance que nos raisons». ²³

S'il y avait une quelconque *Maslaha* dans le *Riba* ou dans les ventes entachées d'usure, alors le Législateur ne l'aurait pas considéré comme le pire du mal et l'un des péchés les plus graves qui appellent la malédiction et la déclaration de guerre par le Tout-Puissant. Le Coran dit: "Mais Dieu a permis la vente et interdit l'usure» (2:275) et: «Dieu anéantit le *Riba*;» (2:276) et: «Ô vous qui croyez, craignez Dieu et renoncez à ce qui reste du *Riba*, si vous êtes croyants, mais si vous le faites pas, alors recevez l'annonce d'une guerre de la part d'Allah et de Son Messenger» (2:278-279).

En fait, aucun autre péché n'est interdit dans le Coran avec un préavis de la guerre de Dieu et de Son Messenger. Évidemment, *Maqassid* Al-Chari'ah ont été mal interprétés pour justifier certains contrats financiers qui sont en fait en contradiction avec les principes et les textes de la Chari'ah.

4.2 Violation des pratiques interdites sous prétexte de la *Daroura*

Aujourd'hui, il y a une tendance dans certaines banques Islamiques à justifier la mise en œuvre d'*Al-Eina* et des pratiques qui lui ressemblent, ainsi que quelques autres pratiques controversées, pour des raisons de *Daroura*. Alors, qu'est-ce que la *Daroura* et est-elle une justification valable?

La *Daroura* signifie la nécessité. Unanimement, *Daroura* rend les choses interdites autorisées, car cela constitue une maxime fiqhique dans la Chari'ah : "La nécessité permet l'interdit" (*Al-Darourat Toubih AlMahdhourat*). Toutefois, lorsque les juristes ont discuté et expliqué les applications de cette maxime fiqhique, ils ont mentionné ce qui est connu en arabe comme *dhawabit*, ce qui signifie des conditions et des lignes directrices, pour la fonctionnalité de cette maxime. Ces lignes directrices (*dhawabit*) sont bien sûr mentionnées ou bien déduites des textes de la Chari'ah. La première ligne directrice (*Dhabit*) porte sur le concept juridique de *Daroura* : la *Daroura* est quelque chose qui est indispensable pour la préservation et la protection des cinq valeurs essentielles: la foi, la vie ou l'intégrité physique de l'homme, l'intellect, la postérité et la richesse. ²⁴ Cela signifie que le concept de *Daroura* donnerait au musulman une excuse légale pour commettre ce qui est interdit, si cela s'avère indispensable à sa survie, spirituellement et physiquement. ²⁵

²² Ibn Taymiyyah, *Al-Fatawah*, 8/129.

²³ Al-Dahlawi, *Hujattullah al-Balighah*, 1/13

²⁴ Al-Chatibi, *Al-Mouwafakat*, 2/10.

²⁵ Majallat Al-Ahkam Al-'adliyyah, section 22; Ibn Nujaim, Zainulddin, *Al-Achbah Wal Nadha'ir*, 1/105-107; Al-Seyouti, Jalaluddin, (911 H). *Al-Achbah Wal Nadha'ir*, p.84-92; Al-Kourdi, Ahmad. *Al-Madkal Al-Fiqhi*, p.48.

Appliquer le principe de *Daroura* ne serait en aucun cas acceptable pour autoriser les banques Islamiques à pratiquer ce qui est unanimement reconnu comme interdit. Si l'on considère que des produits interdits sont indispensables pour la survie et la durabilité à long terme de la banque Islamique en raison de certaines considérations, l'argument avancé en faveur de ces produits interdits est que le concept même de la banque n'est pas indispensable à la survie du musulman dans la perspective de la Chari'ah. Si hypothétiquement une telle *Daroura* existe, alors il serait plutôt légitime de traiter directement avec les banques conventionnelles.

Évidemment, lorsque la Chari'ah interdit quelque chose, elle fournit des solutions de rechange. Quand elle interdit le *Zina* (adultère), elle autorise le mariage ; quand elle interdit la consommation du vin et du porc, elle permet les autres aliments et boissons. De même, lorsque la Chari'ah interdit certains contrats comme les contrats basés sur le *Riba*, elle permet alternativement de nombreux autres contrats comme la vente, la location, *Salam*, *Istisna'a*, *Mudharabah* et *Musharakah*. Pour les économistes, ces contrats sont les meilleures alternatives au *Riba*, et, finalement, peuvent conduire à une prospérité et une économie saine.²⁶ Inversement, une économie basée sur le *Riba* conduit à des disparités et des inégalités de répartition des richesses entre les riches et les pauvres. Si cela est le cas, alors où est la *Daroura* qui peut permettre au musulman d'abandonner ces contrats bénéfiques en faveur d'autres nuisibles et destructifs? En fait, la légalisation d'une chose interdite pour des raisons de *Daroura* est censée résoudre un problème et non pas en créer un autre plus complexe. Curieusement, les banques Islamiques sont opérationnelles pendant plus de trois décennies, et elles invoquent toujours les mêmes excuses de *Daroura* et l'impossibilité d'adopter des contrats véritablement licites, en raison de l'existence de certains obstacles et éléments dissuasifs. Ces obstacles et entraves existent-ils encore après plus de trois décennies de développement de la finance Islamique? Y a-t-il des indications pour suggérer un possible changement?

Par ailleurs, il y a une règle bien établie énonçant que, lorsqu'une personne commet l'interdit pour des raisons de *Daroura*, elle ne peut pas nier la règle initiale de son interdiction, c'est-à-dire qu'elle ne peut affirmer la licéité de l'interdit. Par exemple, si une personne est excusée de demander un prêt à intérêt en raison de la survenue d'une extrême urgence et de l'absence de toute source possible de financement alternatif, alors elle ne peut en aucun cas nier la prohibition absolue du *Riba* ni le considérer comme licite. Une telle négation équivaldrait à une trahison de la décision de Dieu et confine au *Kufr* (mécréance) étant donné que la prohibition du *Riba* est définitive. Par conséquent, même si la justification de *Daroura* pour mettre en œuvre un

²⁶ Abozaid Adduazeem, *Al-Mourabaha et ses applications modernes dans les banques Islamiques*, p.17.

contrat comme la *bay' al-Eina* est valide, les banques Islamiques doivent alors reconnaître le statut initial du contrat et non pas simplement le modifier pour ensuite l'attribuer à la Chari'ah.

Très clairement, les partisans de *bay' al-Eina* et des contrats connexes sont tombés dans la contradiction quand ils ont affirmé leur licéité initiale et quand, dans le même temps, ils ont invoqué le principe de *Daroura* pour les justifier, alors que, dans son principe, la *Daroura* implique forcément l'interdiction initiale.

4. CONSEQUENCES DE LA PRATIQUE DES VENTES A RIBA DEGUISE SUR L'INDUSTRIE BANCAIRE ISLAMIQUE ET SUR LA CHARI'AH

Pour que l'industrie bancaire Islamique puisse survivre et maintenir sa popularité, des efforts urgents et diligents doivent être fournis pour la restructuration de plusieurs produits. Il est tout à fait perceptible pour les observateurs qu'avec le temps qui passe, les banques Islamiques sont en train d'accorder plus de concessions au détriment des principes de la Chari'ah, rapprochant ainsi leur industrie de celle de leurs homologues conventionnelles. Il est à craindre que de telles concessions puissent éventuellement conduire à une perte de confiance du public de la banque Islamique. Or, cette confiance représente son plus grand atout qui lui donne un avantage concurrentiel par rapport aux banques classiques. Une fois que cette confiance sera perdue, elle sera très difficile à restaurer. Les banquiers Islamiques ainsi que les Conseils de la Chari'ah (Shari'ah Boards) devraient être assez clairvoyants pour ne pas permettre à des pratiques controversées d'entraîner la disparition de cette industrie. Si les pratiques actuelles continuent en tant que telles, le public musulman, tôt ou tard, commencera à perdre confiance dans les banques Islamiques et leurs Sharia Boards. Les musulmans vont commencer à remettre en question la légitimité de chaque produit offert par les banques Islamiques malgré l'approbation de ces produits par les Conseils de la Chari'ah.

Par conséquent, les banques Islamiques doivent clairement marquer leur différence par rapport aux banques conventionnelles, non seulement dans la manière de faire des affaires, mais surtout dans les valeurs qui guident le fonctionnement bancaire Islamique et ses perspectives. Plus important encore, la mise en œuvre des transactions controversées a diffamé la Chari'ah, en transformant certaines de ses décisions en un ensemble de règles qui sont incapables de convaincre les musulmans et les nonmusulmans de leur rationalité et leur sagesse. Au contraire, elles laissent le public perplexe et

incapable de comprendre pourquoi le *Riba* ou l'intérêt est interdit quel que soit son taux, grand ou petit, alors qu'un financement fondé sur *Bay' Al-Eina/Tawarruq* qui partage les mêmes implications économiques et sociales est permis. Pourquoi est-il interdit aux musulmans de chercher un financement personnel sur la base du prêt à intérêt d'une banque conventionnelle alors qu'il lui est permis de chercher un financement personnel auprès d'une banque Islamique, alors que dans ce cas, il pourrait finir par rembourser parfois plus que ce qu'il rembourse à la banque conventionnelle ?

Il y a beaucoup de banques publiques conventionnelles qui offrent aux hommes d'affaires, aux agriculteurs et aux industriels de l'argent à des taux d'intérêt très réduits pour soutenir le développement de l'économie. Y a-t-il un sens de prétendre que ces financements sont *Haram*, tout en recourant à un produit comme la *Eina* ou le *Tawarruq* offert par certaines banques Islamiques et considéré comme *Halal*, si leurs clients peuvent finir par payer le double ou le triple de ce qu'ils versent aux banques publiques ?

Par ailleurs, les non-musulmans qui n'ont aucune connaissance de la Chari'ah peuvent penser à tort que certains produits bancaires Islamiques controversés décrits dans ce document représentent le vrai visage de la Chari'ah. Pire encore, ils pourraient être induits en erreur de penser qu'il est suffisant dans l'Islam de changer le nom des contrats interdits et d'ajuster leurs mécanismes pour les rendre licites. Assurément, de telles pratiques, si elles continuent, peuvent indirectement déformer les enseignements de l'Islam.

5. CONCLUSION

Après délibération sur les arguments qui précèdent, nous pouvons conclure ce qui suit:

- Jusqu'à présent, la plupart des efforts visant à Islamiser les produits bancaires et financiers ont été concentrés sur leurs formes et techniques, alors que les objectifs de Chari'ah de ces opérations sont dans une grande mesure négligés. Ainsi la substance économique de nombreux produits des banques Islamiques est à peine différenciée de celle des banques et institutions financières classiques.
- La forme ainsi que la substance des contrats sont importantes et doivent donc être en conformité avec la Chari'ah. Cependant, c'est le fond plutôt que la forme qui devrait être respecté lors de la structuration d'un produit financier. Ainsi, la vision restreinte de la compréhension de la conformité de la Chari'ah dans le seul respect de la légalité des formes contractuelles et techniques doit être changée. Sinon, les banques Islamiques seront appréhendées comme un simple exercice de sémantique; leurs

fonctions et leurs opérations ne seront pas différentes des banques classiques, sauf dans leur utilisation d'euphémismes pour masquer l'intérêt et contourner les diverses interdictions prévues par la Chari'ah.

- Les banques et institutions financières Islamiques sont confrontées à certains défis d'ordre idéologique et conceptuel. Ces défis émergent de la mauvaise compréhension des *Maqassid Al-Chari'ah*, de la *Maslaha* et de la *Daroura*. La mauvaise compréhension de ces concepts et leur application erronée aux opérations modernes ont conduit à des abus, comme l'utilisation des *Maqassid* pour justifier certains contrats qui sont en fait en contradiction avec les principes de la Chari'ah.
- Contourner l'interdiction du *Riba* par des moyens comme *Bay' Al-Eina* ou *Tawarruq* et leurs semblables est contraire aux objectifs de prohibition du *Riba* par la Chari'ah. Par conséquent, ceux qui prétendent l'admissibilité de ces opérations sous prétexte de réaliser *Maqassid Al-Chari'ah* agissent en fait contre le véritable esprit de *Maqassid Al-Chari'ah*.
- Attribuer la licéité de *bay' al-Eina* et les opérations connexes à de grands Fouqaha comme l'Imam Chaf'i est faux, parce que ces juristes ont statué sur la validité et non pas la licéité de ces opérations, sachant qu'un contrat valide n'est pas nécessairement licite.
- L'examen de la substance économique d'une transaction donnée demeure un critère de distinction entre une transaction légale et une transaction illégale ; si ce critère est jugé identique à celui de l'opération interdite, comme un contrat de vente dans lequel la banque ou le financier agit en tant que créancier et non pas comme un commerçant réel de biens immobiliers, alors cette transaction n'est pas licite, indépendamment de toute forme juridique qu'elle peut prendre, ou de tout autre nom qui peut lui être donné.
- Utiliser des produits financiers douteux peut avoir des conséquences fatales sur le secteur bancaire Islamique dans son ensemble, puisque de telles pratiques peuvent éventuellement conduire à une convergence entre les banques Islamiques et les services bancaires classiques, confinant les différences aux seules sémantiques et techniques.
- Prétendre la licéité des produits à *Riba* déguisé conduit à la déformation de l'esprit de la Chari'ah et nuit à l'image de l'Islam.
- En dernière analyse, les banques Islamiques devraient renoncer à tous les produits à *Riba* déguisé et à tous les contrats controversés qui peuvent entraver la croissance et le progrès de l'industrie financière Islamique. En effet, le système bancaire Islamique a le potentiel pour devenir l'un des secteurs les plus prometteurs pour réaliser les nobles objectifs de la Chari'ah ; mais cela requiert l'internalisation des principes de la Chari'ah liés aux opérations financières Islamiques, dans leur forme, leur esprit et leur substance. En agissant ainsi, cela illustrera parfaitement les objectifs de la Chari'ah dans la promotion de la justice économique et sociale.

Références

- Abozaid, Abdulazeem, (2004) *Al-Murabahah* et ses applications modernes dans les banques Islamiques, Dar Al-Fikr, Damas, Syrie.
- Abozaid, Abdulazeem, (2004), *Eina* contemporaine; est-ce vente ou une transaction usuraire, Dar al-Multaqah, Alep.
- Abozaid, Abdulazeem, (2004), *Fiqh Al-Riba*, Al-Risalah, Beyrouth.
- Al-Bahuti, (1402 AH), *Kachf Al-Qina'*, Dar Al-Fikr, Beyrouth.
- Al-Boukhari, (non daté), *Sahih Al-Bukhari*, Dar al-'Ulum, Damas.
- Al-Dahlawi, (non daté), *Hujjatul Allah Al-Balighah*, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth.
- Al-Dassuqi, (non daté), *Hachiyah*, Dar al-Kutub Ihia'a al-Arabiyyah, Beyrouth.
- Al-Ghazali, (non daté), *Al-Mustashfah*, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth. Al-Kassani, (1982), *Bada 'al-Sanai* », Dar al-Kitab al-Arabi, Beyrouth.
- Al-Kurdi, A, (non daté), *Al-Madkhal Al-fiqhi*, publication de l'université de Damas, Damas.
- Al-Suyuti, Jalaluddin, (non daté), *Al-Achbah Wal Nadha'ir*, Dar al-Fikr.
- Al-Chafii, (1393 AH), *Al-Oumm*, Dar al-ma'rifah, Beyrouth.
- Al-Shâtibi. (Non daté), *Al-Muwafaqat*, Dar al-Fikr, Beyrouth.
- Ibn Abidine, (1987), *Hachiyat (Rad al-Mukhtar ala al-Dur al-Mukhtar)*, Dar Ihiya 'al-Turath al-Arabi, Beyrouth.
- Ibn al-Qaiyyem, (1973), *aalam Muaqi'een*, Dar al-Jeel, Beyrouth.
- Ibn al-Qaiyyem. (Non daté), *Tahsheeb Al-Sunan*, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth.
- Ibn al-Soubki, (2004), *Al-Ibhaj*, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth.
- Ibn Hammam, (non daté), *Fath al-Qadir*, Dar Ihiya 'al-Turath al-Arabi, Beyrouth.
- Ibn Juzai, (non daté), *Al-Qawanin fiqhiyyah*, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth.
- Ibn Nujaim, (non daté), *Al-Ashbah Wal Nadha'ir* (1ère éd.), Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth.
- Ibn Qudamah, (1404H), *Al-Moughni*, Dar al-Fikr, Beyrouth.
- Ibn Taimiyah, (non daté), *Al-Fatawah*, Maktabat Ibn Taymiyya, Riyad.
- Majallat Al-Ahkam, Al-'Adliyyah*, (non daté).
- Mohammad Ali, (non daté), *Tahdheeb al-Fouruq*, Dar al-ma'rifah, Beyrouth.
- Sahih Muslim*, (non daté), Dar EHIA 'al-Turath al-Arabi, Beyrouth.
- Qarafi, (non daté), *Al-Fouruq*, Dar al-ma'rifah, Beyrouth.
- Commission des valeurs mobilières de la Malaisie, (non daté), les résolutions du Conseil consultatif de la Securities Commission Syriah, Malaisie.