

De l'existence d'une Lex mercatoria islamica et de ses conséquences juridiques

Auteur : Sepulchre, Pierre

Promoteur(s) : Thirion, Nicolas

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en gestion

Année académique : 2015-2016

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/1182>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

De l'existence d'une *Lex Mercatoria Islamica* et de ses conséquences juridiques

Pierre SEPULCHRE

Jury

Promoteur :

Nicolas THIRION, Professeur ordinaire

Année académique 2015-2016

Lecteurs :

Marc DESCHAMPS, Affiliate professor

Inès WOUTERS, Avocate

Mémoire présenté en vue de
l'obtention du diplôme de
Master en droit, à finalité
spécialisée en gestion

Abstract

The concept of *Lex Mercatoria* refers to the idea of merchant law created in Europe during the Middle Age. The specificities of this legal order consist in its transnational and out-of-state character. Indeed, the *Lex Mercatoria* general principles would be based on the commercial practices established by the business world.

These features are surprisingly similar to the recent attempts in the Muslim world to codify fundamentals Islamic principles related to economic sphere¹.

Thus, economic Islamic doctrine includes specific rules such as the interdictions of interest (*Riba*), of chance (*Gahar*), and of speculation (*Maysir*).

As a consequence, could these Islamic principles form a sort of *Lex Mercatoria islamica*? Then, this concept could be used as guideline to compare Islamic principles with the Western legal systems and in particular Belgian law?

¹ AAOIFI (Accounting & Auditing Organization for Islamic Financial Institutions), IIFM (International Islamic Financial Market), IIRA (International Islamic Rating Agency).

Remerciements

D'abord, un immense merci au promoteur de ce travail, Monsieur Nicolas Thirion, de m'avoir fait confiance dans le choix de ce sujet. La disponibilité de ce professeur, ses conseils de lecture et la précision de ses remarques me furent très précieux.

Toute ma reconnaissance va également à Monsieur Marc Deschamps, mon premier lecteur, dont l'enthousiasme et l'exigence cumulées m'ont poussé à m'investir toujours davantage dans ce projet.

Je n'oublie pas non plus Monsieur Hubert Siemes, conseiller auprès de l'AWEX, qui s'est avéré un guide excellent et sympathique pour m'aider à rassembler la documentation dont j'avais besoin.

En dernier lieu, merci à ma famille, qui a eu la patience de relire mon travail maintes fois et me donner leurs avis éclairés.

TABLE DES MATIERES

Introduction	9
Ière Partie	11
La <i>Lex mercatoria</i> et la pluralité des ordres juridiques	11
Chapitre 1 : La <i>Lex mercatoria</i> , un droit transnational des marchands	12
Section 1 : Un système juridique	12
Section 2 : Transnational	14
Section 3 : Professionnel : fait par les marchands pour les marchands	15
Section 4 : Conclusion	16
Chapitre 2 : Les rapports juridiques entre les <i>Leges mercatoriae</i> et d'autres ordres juridiques	17
Section 1 : Le principe d'étanchéité	17
Section 2 : Les différents types de relevances	17
1. Relevance par réception	17
2. Relevance par renvoi	18
3. Relevance par prise en considération	18
Section 3 : Combinaison entre relevances	18
II ^e Partie	19
De l'existence d'une <i>Lex mercatoria islamica</i>	19
Chapitre 1 : Les origines de la <i>Lex mercatoria islamica</i>	20
Section 1 : Un système juridique ?	20
Section 2 : Une portée transnationale ?	21
Section 3 : Un droit fait par les marchands, pour les marchands ?	22
Section 4 : Comparaison et synthèse entre la <i>Lex mercatoria</i> et la <i>Lex mercatoria islamica</i>	23
Chapitre 2 : Les principes fondamentaux de la <i>Lex mercatoria islamica</i>	24
Section 1 : Historique des principes économiques musulmans	24
Section 2 : Répartition équitable des risques et interdiction de l'usure (<i>riba</i>)	30
Section 3 : Interdiction de l'incertitude (<i>gharar</i>) et de la spéculation (<i>maysir</i>)	32
Section 4 : Activités et produits illicites.	33
Section 5 : La <i>Lex mercatoria islamica</i> et l'économie conventionnelle	34
III ^e Partie	35
Chapitre 1 : Rapports entre la <i>Lex mercatoria islamica</i> et d'autres ordres juridiques musulmans	36
Chapitre 2 : <i>Lex mercatoria islamica</i> et d'autres ordres juridiques non musulmans	38

Section 1 : La <i>Lex mercatoria islamica</i> face à l'économie conventionnelle.....	38
Section 2 : Etude de cas sur l'intégration de la finance islamique en droit belge	41
Conclusion.....	46
Bibliographie	48
Annexes	51
Annexe N°1 : Répartition des différentes écoles d'interprétations musulmanes (<i>madhhab</i>) dans le monde	51
Annexe n°2 : Répartition des actifs islamiques en 2010	52

Introduction

Londres, New-York, Hong-Kong trônent en tête de la liste des plus grandes places financières mondiales. Mais, récemment, de nouveaux noms plus exotiques se sont ajoutés à cette liste : Qatar, Dubaï et Abu Dhabi, entre autres.

Bien que l'économie musulmane reste à ce jour relativement négligeable au niveau mondial, son expansion fulgurante depuis le début des années 2000 pourrait bien changer la donne. En effet, les musulmans représentent approximativement un quart de la population totale et possèdent la plus grande part des ressources pétrolières mondiales. L'économie musulmane, certes discrète aujourd'hui, pourrait bien être incontournable dans le futur².

Toutefois, cette finance un peu particulière est régie par des principes directement inspirés du Coran. L'intérêt (*riba*) y est par exemple interdit ainsi que le hasard (*gharar*) ou la spéculation (*maysir*). Cependant, le droit musulman ne possède pas de structure centralisée et de dogmes comparables à ce qui existe dans la religion catholique par exemple. En conséquence, les réglementations économiques inspirées par cette religion sont éclatées au sein des nombreux États de tradition islamique et diffèrent fortement les uns des autres.

Dès lors, serait-il envisageable de dégager, par-delà cette diversité, les prémices d'un ordre juridique transnational gouverné par des principes fondamentaux communs ? C'est en tout cas l'objectif que se sont fixés plusieurs organismes internationaux musulmans tels l'IFSB (*Islamic Financial Services Board*) et bien d'autres³.

Une telle éventualité renvoie au concept de *Lex mercatoria*, qui désigne l'hypothèse d'un droit des marchands transnational dont les origines remonteraient au Moyen-Âge et qui aurait perduré jusqu'à nos jours, ou serait en voie de reconstitution. L'originalité de cet ordre juridique reposerait sur son caractère à la fois transnational et non étatique. En effet les principes généraux de la *Lex mercatoria* se baseraient sur les pratiques commerciales en vigueur dans le monde des affaires. Les critères sont-ils réunis pour voir apparaître une *Lex mercatoria islamica* et, dans l'affirmative, quels en seraient les fondements ?

Mais, à supposer même que l'on puisse l'identifier, comment cette *Lex mercatoria islamica* cohabiterait-elle avec les différents systèmes juridiques étatiques ? Cette question, purement théorique en apparence, n'en annonce pas moins des problèmes pratiques importants. *Quid* par exemple de l'hypothèse d'un musulman souhaitant acheter sa maison en Belgique tout en respectant les principes islamiques ? S'agissant d'un immeuble en Belgique, le droit belge s'applique bien sûr mais comment respecter simultanément les préceptes du droit musulman ? On pourrait utiliser des mécanismes typiquement islamiques comme la double vente pour éviter tout intérêt, mais cette option semble assez coûteuse : en vertu du droit fiscal belge, le droit

² Voir l'annexe n°2 sur la répartition des actifs islamiques dans le monde.

³ AAOIFI (Accounting & Auditing Organization for Islamic Financial Institutions), IIFM (International Islamic Financial Market), IIRA (International Islamic Rating Agency).

d'enregistrement serait alors doublé. De plus, les mécanismes du droit international privé ne peuvent pas s'appliquer dans ce type de situation purement interne.

En conséquence, l'intégration des principes islamiques dans nos systèmes juridiques rencontre potentiellement de nombreux obstacles. Mais cette problématique est également présente au sein des pays musulmans, quoique sous un aspect différent : comment cette hypothétique *Lex mercatoria islamica* interagirait avec les droits religieux traditionnels ?

Un élément de réponse pourrait être trouvé dans la théorie de la pluralité des ordres juridiques de Santi Romano. Ce dernier considère⁴ que deux ordres juridiques peuvent collaborer, c'est-à-dire « accepter réciproquement de tenir compte du droit émis par l'autre ». Ce mécanisme de collaboration est appelé une « relevance ». Ce type de procédé existe déjà, notamment dans le droit international privé, sous forme de renvoi mutuel, mais semble inefficace face aux obstacles strictement internes mentionnés plus haut. Alors, quels types de relevances pourraient être mises en œuvre à travers la *Lex mercatoria islamica* ?

Ainsi, deux questions principales seront traitées dans ce travail, après une première partie introductive sur les concepts de *Lex mercatoria* et de relevance qui serviront de principes directeurs à notre recherche.

1. Les principes juridiques islamiques peuvent-ils émaner d'un ordre juridique transnational comparable à la *Lex mercatoria* ?
2. Quels sont les rapports entre cette *Lex mercatoria islamica* et d'autres systèmes normatifs, comme le droit belge par exemple ?

⁴ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, trad. fr. L. FRANCOIS et P. GOTHOT.

lère Partie

La *Lex mercatoria* et la pluralité des ordres juridiques

CHAPITRE 1 : LA *LEX MERCATORIA*, UN DROIT TRANSNATIONAL DES MARCHANDS

Le concept de *Lex mercatoria* est apparu dans les années 1960 suite à un article du professeur Goldman pour désigner l'hypothèse d'un droit des marchands transnational dont les origines remonteraient au Moyen-Âge et qui aurait perduré jusqu'à nos jours. L'originalité de cet ordre juridique repose sur son caractère à la fois transnational et non étatique. En effet les principes généraux de la *Lex mercatoria* se baseraient sur les pratiques commerciales en vigueur dans le monde des affaires.

Dans ce chapitre, nous étudierons le concept de *Lex mercatoria* afin de comprendre quel en est le champ d'application. Nous tenterons donc de dégager plusieurs critères pour encadrer l'étendue du concept de droit des marchands, et permettre, dans un deuxième temps, de l'appliquer à l'économie musulmane.

En se basant sur la doctrine, trois critères cumulatifs semblent définir la notion de *Lex mercatoria* : d'abord l'existence d'un système juridique, qui doit ensuite être transnational, et enfin professionnel.

Section 1 : Un système juridique

Le concept de *Lex mercatoria* est d'abord défini comme un ordre juridique basé sur les coutumes marchandes. Il s'agirait donc de règles coutumières, issues des pratiques professionnelles, qui se sont imposées comme obligatoires au fil du temps. Différents exemples attestant l'existence de ce droit des marchands sont ainsi avancés : Un exportateur de blé qui vend sa production à terme en se référant à un contrat type, ou bien un banquier qui confirme un crédit documentaire selon les Règles et usances de la CCI (Chambre de commerce internationale)⁵. Ce serait en quelque sorte un « ordre spontané » comme dirait Hayek en parlant du droit coutumier.

Plusieurs auteurs ont cependant critiqué le caractère juridique des coutumes marchandes, dont le professeur Kassis⁶. En effet, s'il existe bien des pratiques commerciales propres au monde des affaires, celles-ci ont-elles vraiment une force contraignante suffisante pour revêtir un caractère juridique ? En d'autres termes, les coutumes marchands qui fondent la *Lex mercatoria* relèvent-elles du domaine droit, ou bien ne sont-elles que des normes éthiques appartenant à l'univers de la morale ?

En conséquence, il convient de délimiter avec plus de précision la frontière entre droit et morale pour trancher cette controverse. Selon le professeur François, une norme juridique est un vœu impératif assorti d'une menace de sanction⁷. Dès lors, le critère déterminant de la juridicité d'une norme consiste en la présence d'un mécanisme de contrainte suffisamment efficace.

⁵ Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 227, p. 312.

⁶ NIJHOFF, *La notion de Lex Mercatoria*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 227

⁷ L., FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes*, éditions Bruylant, 2012, p. 42.

Prenons un autre exemple de réglementations économiques dont le caractère économique est fréquemment remis en question : les codes de *corporate governance*⁸. Leur statut juridique est assez ambigu : d'un côté, ces règles pourraient être considérées comme du *soft law*⁹ car non-obligatoires et de l'autre, elles sont soumises à l'injonction : « *comply or explain* ». Mais la question déterminante reste : Ces normes sont-elles assorties d'un mécanisme de contrainte efficace ?

Selon les économistes du droit¹⁰, les codes de *corporate governance* ont une force juridique, car il existe la fameuse sanction du marché. En effet, une entreprise qui ne respecterait pas les principes de bonne gouvernance, sans motivation adéquate, risquerait de voir un désengagement massif des investisseurs avec pour conséquence un important affaiblissement de la société. Ainsi, pareille perspective dissuaderait les dirigeants de négliger les codes de *corporate governance*. Cependant, un péril, aussi grand soit-il, peut-il constituer un réel mécanisme de sanction ? Par analogie, un automobiliste en excès vitesse risque davantage de commettre un accident fatal, pourtant ce danger n'est absolument pas comparable aux amendes et autres dispositions en matière de roulage. En effet, il ne s'agit nullement d'une mesure mise en place par une autorité. Par conséquent, il semble que la présence d'une sanction implique nécessairement la présence d'une autorité pour l'infliger. Toute la question est donc de savoir si le « marché » représente une forme d'autorité, « une main invisible » pour reprendre l'expression chère à Adam Smith, ou bien ne désigne qu'un ensemble disparate d'agents économiques qui recherchent avant tout la maximisation de leur profit.

Cette conception d'un droit fortement lié à la présence d'une forme d'autorité renvoie à la théorie de l'ordre juridique selon Santi Romano. Selon ce dernier, le droit n'est rien d'autre qu'une institution¹¹, c'est-à-dire, une entité sociale distincte des individus qui la composent. Une norme juridique n'est alors que le produit de cette société. Conséquence directe de cette proposition, le fait juridique n'est pas réductible à l'Etat. Famille, école, et n'importe quelle organisation sociale disposant d'un pouvoir de sanction peut alors être présentée comme un ordre juridique distinct.

Alors, peut-on déceler au sein des pratiques professionnelles qui constituent la *Lex mercatoria* une forme d'institution capable d'exercer une mesure de contrainte efficace ?

D'abord, concernant l'existence d'une institution au sens de la théorie de Romano, il semble qu'on puisse répondre par l'affirmative dans la mesure où cette *Lex mercatoria* s'est construite à travers les coutumes et usages des marchands, ce qui atteste une certaine cohésion sociale au sein du monde commercial. Cette « société marchande » est par conséquent désignée dans la littérature juridique par le terme de *societas mercatorum*.

Enfin, en ce qui concerne le caractère impératif des injonctions, l'émergence durant le 20^{ème} siècle des tribunaux arbitraux. L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des conflits, très utilisé dans le commerce international, qui permet de confier un différend à un ou plusieurs

⁸ En Belgique, il s'agit du code Daems pour les sociétés cotées, qui a pour objectif de codifier des pratiques de bonnes gouvernances des entreprises.

⁹ Le *soft law* désigne des règles de droit considérées comme non obligatoire. Cette technique est fréquemment utilisée en droit international et européen.

¹⁰ N. THIRION, « Codes des sociétés et codes de corporate governance : quelles interactions ? », *10 ans d'entrée en vigueur du code des sociétés*, éditions Kluwer, 2011 ?

¹¹ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, trad. fr. L. FRANCOIS et P. GOTHOT.

particuliers, le plus souvent issus du monde des affaires. Les législations nationales étant perçues comme inadaptées pour encadrer les opérations commerciales internationales, les arbitres se sont peu à peu affirmés comme des juges privés capables de régler les conflits entre commerçants avec une plus grande flexibilité. En effet, les tribunaux arbitraux peuvent être autorisés par les parties à opérer un jugement *ex aequo et bono*, c'est-à-dire en équité. Dans cette optique, les arbitres ne sont plus obligés de suivre les règles prescrites par un droit étatique particulier. Au contraire, ils peuvent mener une étude comparative des différentes législations et se baser sur les usages commerciaux pour déterminer la solution la plus juste. La *Lex mercatoria*, en tant que droit transnational des marchands, est alors bien entendu un outil précieux, auquel il est souvent fait référence, pour trouver une solution équitable approuvée par les coutumes marchandes¹². Certains vont même jusqu'à considérer les décisions *ex aequo et bono* comme l'une des sources juridiques de la *Lex mercatoria*¹³. Ainsi, le recours à la *Lex mercatoria* peut également mener indirectement à une décision *ex aequo et bono*, sans besoin préalable d'autorisation des parties.

Section 2 : Transnational

La recherche d'éléments de juridicité dans des échanges économiques (opérations bancaires et financières, contrats internationaux de vente...) n'est pas neuve¹⁴. Déjà dans l'entre-guerres, une certaine valeur légale était reconnue aux pratiques professionnelles. Cependant, le concept de *Lex mercatoria* va plus loin : les coutumes marchandes formeraient un ordre juridique unique et transnational, une sorte de « communauté économique internationale »¹⁵.

Toutefois, cette image d'un monde marchand unifié a soulevé de nombreuses critiques historiques¹⁶. En effet, la *Lex mercatoria* tire sa source dans les pratiques commerciales médiévales, qui auraient perduré jusqu'à nos jours. Or, le monde économique au Moyen-Âge se développe principalement au sein des villes. Dès lors, les usages économiques étaient fortement soumis aux particularismes locaux. De plus, les pratiques différaient fortement d'un secteur économique à l'autre au vu de l'importante influence des corporations et autres ordres professionnels.

Cette inexactitude historique remet-elle en cause les fondements théoriques de la *Lex mercatoria* ? En tout cas, elle exclut définitivement l'hypothèse d'une loi des marchands universelle, mais rien n'empêche la coexistence de plusieurs *Lex mercatoria*. Ainsi, à travers les sentences arbitrales publiées par la Cour d'arbitrage de la CCI, on peut voir émerger un début de codification des usages par secteur économique : de nouvelles *Leges mercatoriae* en quelque sorte¹⁷.

¹² A titre d'exemple, nous pouvons citer l'arrêt Framatome contre l'Atomic Energy Organization of Iran

¹³ K. BERGER, *The creeping codification of Lex mercatoria*, second edition, éditions Kluwer law international, 2010, p. 76 et s.

¹⁴ N. THIRION, « Codes des sociétés et codes de corporate governance : quelles interactions ? », *10 ans d'entrée en vigueur du code des sociétés*, éditions Kluwer, 2011, p. 121.

¹⁵ *Ibid*

¹⁶ THIRION, N., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013.

¹⁷ Les récentes tentatives de rapprochement des législations nationales, comme les principes Unidroit par exemple concernant les contrats internationaux, forment un contexte favorable à la montée en puissance de *leges mercatoriae*.

De nos jours, de nouveaux instruments de codification ont émergé, tels les principes UNIDROIT. L'objectif affiché des principes UNIDROIT est de rapprocher les législations nationales pour créer un droit uniforme européen et non étatique. Alors s'agit-il d'une *Nouvelle Lex mercatoria* ? Plusieurs auteurs l'affirment¹⁸ en tout cas et n'hésitent donc pas à considérer les principes UNIDROIT comme un nouvel outil de codification des lois marchandes.

Pour conclure, si la *Lex mercatoria* ne peut constituer un ordre juridique unique à travers l'économie internationale, l'absence de « communauté économique internationale » ne remet pas en cause l'existence de *Leges mercatoriae* transnationales. En effet, il existe tout de même suffisamment de cohésion au sein des acteurs internationaux de même secteur économique pour voir apparaître des « îlots » de *Lex mercatoria*.

Section 3 : Professionnel : fait par les marchands pour les marchands

Les origines de la *Lex mercatoria*, ou plutôt des *Leges mercatoriae*, remonteraient donc aux usages et pratiques professionnelles médiévales. Cependant, déjà durant l'Antiquité il existait de nombreuses coutumes marchandes, en grande partie dans le domaine maritime, principal moyen de transport des marchandises. Ainsi, nous pourrions citer la *Lex Rhodia de jactu*¹⁹, inventée par les Phéniciens, peuple de marins et grands commerçants. Cette règle s'appliquait lorsqu'un navire menaçait de couler à pic et qu'afin de maintenir celui-ci à flot des marchandises étaient jetées par-dessus bord en cours de traversée. Les propriétaires de la cargaison sacrifiée pouvaient alors obtenir une restitution proportionnelle des autres commerçants dont les marchandises avaient été sauvées. Il s'agit en quelque sorte d'une contribution aux avaries communes entre tous les marchands « associés » dans l'expédition navale.

Mais en quoi ces coutumes marchandes se distancient-elles des codes de droit économique étatiques ? En effet, ces deux ordres juridiques semblent poursuivre un objectif identique : encadrer les opérations commerciales, pourtant, ils sont bel et bien différents. Les coutumes marchandes ne sont pas seulement émises à destination du monde économique, elles sont également élaborées par les marchands afin de pallier aux déficiences des réglementations étatiques. Au final, si on ne peut nier la force juridique de la *Lex mercatoria*, cette dernière ne s'exerce souvent que de façon marginale dans le but de pallier aux insuffisances des législations étatiques en matière de commerce international. C'est pourquoi, les coutumes marchandes se concentrent principalement sur le commerce international. A titre d'exemple, nous pouvons citer l'affacturage international ou les incoterms²⁰.

Dès lors, même si la *Lex mercatoria* considérée comme un seul et même ordre juridique est un mythe, on peut tout de même cerner un objectif commun à toutes les coutumes marchandes : la prise en compte du contexte économique dans la recherche d'une solution équitable. A travers les différentes coutumes, c'est avant tout le souci de développer des instruments adaptés à la situation économique, quitte à proposer des solutions *contra legem*.

¹⁸ K. BERGER, *The creeping codification of Lex mercatoria*, second edition, éditions Kluwer law international, 2010

¹⁹ Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 227

²⁰ Les Incoterms sont des termes normalisés qui servent à définir les « droits et devoirs » des acheteurs et vendeurs participant à des échanges internationaux et nationaux.

De nos jours encore, ce besoin de flexibilité perdure avec le jugement en équité, *ex aequo et bono*, des cours d'arbitrage.

En conséquence, le point commun de tous ces usages professionnels serait leur développement en dehors de la sphère étatique. Outre son caractère transnational, la *Lex mercatoria* se conçoit donc comme pleinement autonome vis-à-vis des ordres juridiques étatiques.

Cependant, toute interaction entre les lois marchandes et les droits étatiques n'est pas exclue. En effet, il n'existe pas d'administration ou de forces policières capables d'assurer directement l'application des droits marchands. Dès lors, l'intervention du pouvoir de contrainte des Etats est souvent indispensable pour mettre en œuvre les sentences arbitrales à travers le mécanisme de l'*exequatur*²¹. A telles fins que l'autonomie revendiquée par la *Lex mercatoria* ne signifie pas l'absence de toute relation avec les autres ordres juridiques, et notamment étatiques. Dans le deuxième chapitre de cette partie introductive, nous aborderons justement la question des mécanismes de collaboration entre systèmes juridiques.

Section 4 : Conclusion

Pour clôturer ce chapitre, nous pouvons conclure que si le concept de *Lex mercatoria*, compris comme un système juridique unique et cohérent, reste un mythe, il est en revanche possible d'apercevoir des îlots de *Lex mercatoria*. Ces *Leges mercatoriae* peuvent alors être définies sur base de trois critères cumulatifs. Ce sont d'abord des ordres juridiques, bien que faiblement codifiés. Ensuite, ces droits marchands revêtent un caractère transnational, sans pour autant former un système juridique unique, et enfin, ceux-ci se fondent sur les coutumes marchandes, pour mieux s'adapter au contexte économique.

Ces caractéristiques s'expliquent en grande partie par la structure même des lois marchandes. En effet, en se formant à partir de coutumes, elles provoquent une forte décentralisation de la production des normes au profit des acteurs économiques. Il n'est dès lors guère étonnant que ces règles soient davantage fragmentées dans la mesure où chaque secteur économique disposerait de ses propres usages professionnels. De plus, outre une grande proximité avec le monde commercial, les coutumes marchandes font par nature l'objet d'une moins grande publicité que des lois écrites et nécessite donc un travail de codification supplémentaire.

²¹ L'*exequatur* est une procédure visant à donner, dans un État, force exécutoire à un jugement rendu à l'étranger.

CHAPITRE 2 : LES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES *LEGES MERCATORIAE* ET D'AUTRES ORDRES JURIDIQUES

Section 1 : Le principe d'étanchéité

Comme nous venons de le voir dans le précédent chapitre à travers le concept de *Lex mercatoria*, tout système juridique ne relève pas nécessairement de l'autorité étatique. En réalité, il existe donc un grand nombre d'ordres juridiques très variés, vu que les deux seuls critères sont la présence d'une sanction, qui doit être infligée par une autorité. Ainsi, peuvent constituer un ordre juridique des organisations sociales aussi variées que la famille ou l'école entre autres.

Toutefois, cette pluralité d'ordres juridiques ne risque-t-elle pas de faire peser sur de même sujets plusieurs injonctions contradictoires issues de systèmes juridiques différents. A ce titre, le meilleur exemple n'est-il pas celui de la *maffia* ? En effet, cette organisation criminelle, bien que peu vertueuse, semble remplir également les deux critères de juridicité : il s'agit à n'en pas douter d'une autorité, le plus souvent représentée par l'image du « parrain », et qui possède un fort pouvoir de sanction vis-à-vis de ses membres²². Or, le gangster qui tombe entre les mains de la police, se trouverait pris en tenaille entre la loi de l'*omertà* prônée par le clan maffieux et les dispositions pénales étatiques prônant la dénonciation, en échange d'éventuelles remises de peine. Le bandit se retrouverait alors acculé, soumis à deux obligations opposées, et forcé de désobéir à l'une des deux injonctions.

Ce principe de base dans les rapports entre ordres juridiques est appelé le pouvoir d'étanchéité²³. Dès lors, dans leur fonctionnement et leur organisation, les systèmes normatifs adoptent une attitude d'indifférence les uns par rapport aux autres²⁴.

Cependant, nous avons vu dans le précédent chapitre qu'il existait de nombreuses interactions entre les droits étatiques et la *Lex mercatoria* notamment, entre autres, dans la mise en œuvre des sentences arbitrales via le mécanisme de l'*exequatur*. Ces mécanismes de collaboration entre ordres juridiques s'appellent des relevances où les systèmes normatifs abandonnent réciproquement le mécanisme de l'étanchéité²⁵. Dans la suite de ce chapitre, nous envisagerons les différentes formes de relevances, et donc de collaborations possibles entre *Lex mercatoria* et les ordres juridiques étatiques.

Section 2 : Les différents types de relevances

1. Relevance par réception

La relevance par réception consiste, pour un ordre juridique, à intégrer au sein de son propre système normatif une règle issue d'un autre ordre juridique. Ce mécanisme renvoie à l'hypothèse où un Etat assimilerait des coutumes marchandes à son propre droit en les insérant

²² N., THIRION, *Théories du droit : Droit, Pouvoir, Savoir*, éditions Larciens, 2011. p. 163.

²³ Expression issue des travaux du professeur François. Voy. L. FRANCOIS, *Le cap de tempêtes, Essai de microscopie du droit*, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001.

²⁴ N., THIRION, *Théories du droit : Droit, Pouvoir, Savoir*, éditions Larciens, 2011.

²⁵ *Ibid.*

dans ses propres dispositions étatiques. Nous pouvons citer à titre d'exemple l'instauration d'un comité d'audit dans les sociétés cotées par la réforme du Code des sociétés de la loi du 17 décembre 2008, ou bien les dispositions en matière de transparence des rémunérations prévues par la loi du 6 avril 2010 qui s'inspirent du code de *corporate governance* Daems²⁶.

2. Relevance par renvoi

Les législateurs nationaux ne sont cependant pas obligés d'altérer leur propre ordre juridique pour mettre en place un mécanisme de collaboration. En effet, le législateur peut également se contenter de renvoyer simplement aux dispositions originaires d'un autre ordre juridique, comme la *Lex mercatoria* par exemple. Ce mode de relevance est très fréquent en droit international. Ainsi, les conventions de double imposition en matière fiscale fonctionnent sur ce principe : chaque Etat accepte de limiter, dans certaines circonstances, l'application de son propre droit, et d'opérer un renvoi en faveur de l'Etat cocontractant. De la même manière, lorsque les règles étatiques laissent aux parties à un contrat le choix d'opter pour l'arbitrage et un jugement en équité, *ex aequo et bono*, elles opèrent un renvoi en faveur de l'ordre juridique choisi par les parties, qui peut être, le cas-échéant, la *Lex mercatoria*.

3. Relevance par prise en considération

Le dernier type de relevance est la relevance par prise en considération, qui intervient essentiellement dans le cadre de l'interprétation jurisprudentielle. En effet, les instances judiciaires peuvent se baser sur des principes issus d'autres systèmes normatifs pour interpréter des règles étatiques. Par exemple, en cas de litige commercial, le juge pourrait prendre en compte des coutumes marchandes, pour estimer le dommage subi équitablement ou mesurer l'ampleur d'une faute d'un point de vue plus économique. Ce mode de rapprochement entre ordres juridiques par prise en considération est donc laissé à l'entière discrétion du juge.

Section 3 : Combinaison entre relevances

Souvent, plusieurs relevances s'articulent entre elles, c'est par exemple le cas dans l'hypothèse de l'exequatur de décisions de justice provenant d'autres ordres juridiques. Il s'agit à la fois d'une relevance par renvoi (un ordre juridique s'estime incompétent) et par réception (incorporation d'un jugement issu d'un autre ordre juridique dans son propre droit).

De plus, ces relevances ne sont pas toujours réalisées au même niveau dans les systèmes juridiques. Par exemple, une relevance par réception est de la compétence exclusive du législateur, tandis qu'une relevance par renvoi, concernant davantage les questions d'applicabilité, pourrait être mise en place par l'exécutif. Enfin, il semble que, pour la relevance par ajustement, le pouvoir judiciaire soit davantage sollicité car la prise en considération se fait logiquement au stade, plus pratique, de l'application et de l'interprétation du droit.

²⁶ N. THIRION, « Codes des sociétés et codes de corporate governance : quelles interactions ? », *10 ans d'entrée en vigueur du code des sociétés*, éditions Kluwer, 2011

II^e Partie

De l'existence d'une *Lex mercatoria islamica*

« C'est le devoir qui crée le droit et non le droit qui crée le devoir »
François-René de Chateaubriand, écrivain français (1768-1848)

CHAPITRE 1 : LES ORIGINES DE LA *LEX MERCATORIA ISLAMICA*

Les *Leges mercatoriae* sont des ordres juridiques transnationaux bâtis sur les coutumes marchandes des divers secteurs économiques. Or, dans le monde musulman, les réglementations économiques se sont également souvent formées à partir des usages et pratiques des marchands islamiques. Dès lors, les principes économiques musulmans peuvent-ils émaner d'un ordre juridique transnational comparable à une *Lex mercatoria* ? En d'autres termes existe-t-il une *Lex mercatoria islamica* ?

Section 1 : Un système juridique ?

L'économie musulmane se structure autour de plusieurs principes généraux inspirés du *Coran* et des *hadiths*. L'interdiction du *riba* (usure) limite, par exemple, la possibilité de recourir au prêt à intérêt conventionnel et la prohibition du *gharar* (aléa) impose plusieurs restrictions en matière d'assurances.

Toutefois, peut-on identifier à partir de ces principes fondamentaux un véritable corps de règles juridiques ou bien ne s'agit-il en définitive que de simples normes morales ? Comme nous l'avons vu, le critère essentiel de juridicité est un mécanisme de contrainte imposé par une autorité. Ainsi, une règle morale revêt un aspect trop subjectif et personnel pour satisfaire à l'exigence d'impérativité que le droit impose. Au contraire, selon Santi Romano, le droit est un phénomène relationnel dont l'existence nécessite la présence d'une « société » et donc de plusieurs individus.

Dès lors, considérant l'origine religieuse des principes de la *Lex mercatoria islamica*, nous pourrions légitimement remettre en question leur caractère juridique. En effet, le *Coran* et les *hadiths* ne sont-ils pas essentiellement des livres de spiritualité dont l'objectif serait davantage de prôner le respect de certaines valeurs que d'établir une institution composée de règles contraignantes ? Raisonner de la sorte serait oublier qu'au sein de l'islam, morale et droit se mélangent souvent. Ainsi, le livre sacré des musulmans comprend de nombreuses règles à portée juridique, notamment en matière de droit de la famille. C'est pourquoi, le *Fiqh*, la jurisprudence islamique, ne se contente pas de régler le contentieux strictement religieux, comme pour le catholicisme, mais traite aussi de matières civiles²⁷.

Cependant, si le caractère islamique des coutumes ne les dénature pas en simples règles morales, encore faut-il que ces usages professionnels se structurent autour d'une autorité dotée d'un pouvoir de sanction pour qu'ils puissent constituer un véritable ordre juridique. Or, il semble que les racines islamiques de la *Lex mercatoria islamica* confère une cohésion sociale suffisante aux marchands musulmans pour déceler de nombreux usages communs. On peut ainsi citer les règles en matière d'activités *halal*, ou bien les méthodes de financement spécifiques, dues à la prohibition des prêts à intérêts conventionnels, telles le *murabaha* (double-vente) ou l'*ijara* (leasing). De plus, il existe de nombreuses organisations internationales chargées de codifier et mettre en œuvre les coutumes marchandes islamiques.

²⁷ A titre d'exemple, nous pouvons citer l'institution du *Cadi* apparue au VIIe siècle ap. J.-C. dès le début du califat. Le *Cadi* est un juge musulman occupant la double fonction de juge de paix et de notaire, qui s'occupe principalement des questions relatives aux mariages et aux successions.

On peut citer entre autres l'AAOIFI²⁸ en matière financière, ou bien l'EIHC (*European islamic halal certification*) concernant les certifications *halal* parmi bien d'autres. En définitive, il semble que le caractère juridique des usages commerciaux islamiques ne soit pas controversé.

Enfin, les récentes préoccupations en matière de codification semblent communes tant à la *Lex mercatoria islamica* qu'aux autres *Leges mercatoriae*. Ainsi, la CCI dans le domaine de l'arbitrage ou bien les principes UNIDROIT relatifs au commerce international sont quelques exemples de tentative de codifier des principes généraux économiques à partir des pratiques commerciales répétées. Dans le monde musulman, ce besoin de prévisibilité est également fort présent. En effet, les coutumes marchandes islamiques s'inspirent des sources du droit musulman, dont le *Coran* et les *hadiths*, mais ces textes mêlant le religieux et le juridique, laissent une place importante aux théologiens quant à leur interprétation. Dès lors, afin de maintenir l'autonomie de la communauté marchande, la codification des coutumes se révèle une technique assez efficace.

Section 2 : Une portée transnationale ?

Historiquement, Les coutumes marchandes islamiques ne possédaient probablement pas une portée transnationale. En effet, le monde musulman formait à l'origine un ordre juridique unifié sous l'autorité du khalife. Cependant, les querelles intestines entre dynasties rivales²⁹ et l'expansion de l'islam vers des régions de plus en plus éloignées du Moyen-Orient, telles l'Asie, ont petit à petit divisé les musulmans. De nos jours, il n'existe donc plus d'autorité islamique suprême. Au contraire, il semble que la plupart des usages commerciaux soient codifiés par des organisations internationales, dont plusieurs ont déjà été citées dans les précédents chapitres, ce qui confirme le caractère transnational d'une loi marchande islamique.

Dès lors, ces différentes autorités économiques islamiques chargées de mettre en œuvre les principes économiques musulmans pourraient-elles constituer autant de *Leges mercatoriae islamicae* distinctes ? En d'autres termes, peut-on conclure à l'absence d'un droit des marchands unique au sein de l'économie musulmane ? En réalité, une telle hypothèse semble erronée. Bien que l'existence de ces organisations internationales et du caractère juridique des réglementations qu'elles produisent ne puisse être contestée, aucune fragmentation par secteurs d'activité économique n'est pourtant à l'œuvre. En effet, toutes les coutumes marchandes islamiques tirent leur source d'une pensée économique commune. Dès lors, elles peuvent aisément être regroupées, et mises bout-à-bout former un seul ordre juridique transnational cohérent : une *Lex mercatoria islamica*.

Enfin, il convient de préciser que les coutumes marchandes islamiques ne furent pas appliquées de manière ininterrompue dans les pays musulmans. En effet, la colonisation de la plupart des pays musulmans a modifié largement le contexte juridique, dans la mesure où les systèmes juridiques furent réformés sur le modèle des droits occidentaux romano-germanique. Par exemple, l'Indonésie³⁰, ancienne colonie des Pays-Bas, possède un code civil quasiment identique au code néerlandais. D'ailleurs, encore de nos jours, la plupart des droits étatiques

²⁸ *Accounting and auditing organization for Islamic financial institution*

²⁹ Ainsi, Très tôt, des tensions relatives à la succession des premiers califes vont scinder l'islam en deux courants le sunnisme et le chiisme. Par la suite de nombreuses rivalités entre Califats émailleront l'histoire de l'islam.

³⁰ L'Indonésie est par ailleurs le plus grand pays musulman en terme de population à ce jour avec une population totale estimée à 255.993. 674 habitants

des pays de tradition musulmane sont construits sur la base des systèmes romano-germaniques et le droit musulman reste principalement cantonné au seul droit de la famille.

Par conséquent, le « renouveau » des coutumes commerciales islamiques est en réalité relativement récent. Ainsi, la finance islamique, aujourd'hui en plein développement, n'est réapparue que vers 1960³¹. Cette coupure a probablement évité une fragmentation importante des coutumes marchandes et peut en partie expliquer le caractère unifié de la *Lex mercatoria islamica*. En effet, la reconstruction d'un ordre juridique marchand transnational s'est évidemment fondée sur les racines historiques de l'économie musulmane, qui s'inscrivait à l'origine dans une société bien plus unifiée qu'à l'heure actuelle. En outre, cette reformation des coutumes marchandes islamiques s'est réalisé dans un contexte de mondialisation croissante, qui a probablement facilité l'émergence d'un ordre juridique commun.

Section 3 : Un droit fait par les marchands, pour les marchands ?

La *Lex mercatoria islamica* possède de fortes racines religieuses. Cependant, la *Lex mercatoria* se doit de former un ordre juridique distinct des droits religieux et étatiques. Néanmoins, l'hypothétique *Lex mercatoria islamica*, s'inspirant des principes islamiques compris dans le *Coran* et les *hadiths*, est-elle suffisamment autonome vis-à-vis du droit musulman et des différentes écoles islamiques³² ? On peut le penser, car le *Coran* ainsi que les *hadiths* comprennent finalement assez peu de dispositions directement relatives à l'économie. Certes, on peut cerner à travers les textes islamiques différents principes généraux, mais ce sont les coutumes économiques qui ont construit au fil du temps des instruments juridiques islamiques adaptés au monde économique. A titre d'exemple nous pouvons citer le *murabaha* (double-vente), l'*ijara* (leasing), mais aussi le *mudaraba* et le *musharaka*, qui sont des contrats de partenariat. Tous ces instruments ont pour objectif de concilier efficacement la pensée économique islamique et les spécificités du monde des affaires, notamment en termes de flexibilité. Dès lors, à l'instar des différentes lois marchandes, la *Lex mercatoria islamica* est avant tout construite par les marchands, pour les marchands.

Cependant, ces instruments ont un champ d'application très vaste. En effet, le *murabaha* par exemple est souvent utilisé comme prêt hypothécaire. Or, il ne s'agit pas d'un contrat commercial. En conséquence, la *Lex mercatoria islamica* ne sort-elle pas du seul cadre marchand ? En effet, ces coutumes islamiques pourraient difficilement être qualifiées de lois marchandes si elles ne sont pas précisément destinées à des commerçants.

Mais la *Lex mercatoria islamica* n'est pas condamnée pour autant car le statut de commerçant diffère fortement entre la société islamique et le monde occidental. Historiquement, le statut du commerçant dans l'islam est assez valorisé contrairement à celui des marchands médiévaux européens³³. Le prophète Mahomet exerçait d'ailleurs lui-même la profession de marchand. Dès lors, au sein du monde musulman, tout musulman est considéré

³¹ La première banque islamique moderne est apparue vers 1960 en Egypte sous la forme de caisses rurales. L'objectif originel était de lutter contre l'exclusion bancaire des populations défavorisées et promouvoir le développement économique local.

³² L'islam se subdivise en différentes branches représentant chacune une école d'interprétation (*madhhab*). A ce propos voyez l'annexe n°1.

³³ N'oublions pas que l'islam apparaît dans la société arabe du VII^e siècle ap. J.-C., qui est principalement composée de marchands ambulants : les célèbres « caravanes ». Voy. T., KURAN, *islam and mammon*, Princeton university press, 2004.

comme le « calife », sorte de lieutenant, d'Allah³⁴. Il gère son patrimoine au nom de Allah, et en est en quelque sorte le « gardien ». En d'autres termes, une *Lex mercatoria islamica* s'appliquerait potentiellement à l'ensemble de la population musulmane.

Section 4 : Comparaison et synthèse entre la *Lex mercatoria* et la *Lex mercatoria islamica*

En conclusion, il semble qu'à travers les pratiques économiques islamiques on puisse déceler un droit transnational des marchands musulmans : une *Lex mercatoria islamica*. En outre, cette dernière correspond en grande partie au modèle des *Leges mercatoriae* conventionnelles. On retrouve des deux côtés les mêmes préoccupations en matière de codification et le souci de s'adapter au monde des affaires.

Toutefois, cette similarité comprend une exception : l'absence de fragmentation de la *Lex mercatoria islamica*. Cette dernière, à l'inverse des lois marchandes conventionnelles, semble en effet former un ordre juridique transnational, unique et cohérent. Bien que plusieurs initiatives aient été lancées afin de promouvoir une *Lex mercatoria* commune en Europe, notamment à travers les principes UNIDROIT, appelés par certains spécialistes la nouvelle *Lex mercatoria*, les lois marchandes conventionnelles sont fortement éclatées par secteur économique, ce qui les rend inconciliables les unes avec les autres. A l'inverse la *Lex mercatoria islamica* bénéficie d'un socle culturel commun qui favorise l'émergence d'un ordre juridique unifié.

Au final, une dernière remarque s'impose. Nous avons vu que l'unité régnant au sein des coutumes marchandes islamiques pouvait en partie s'expliquer par le renouveau relativement récent de l'économie musulmane. Dès lors, il convient de préciser que la *Lex mercatoria islamica* ne constitue probablement pas un ordre juridique achevé. Au contraire, cette dernière est toujours en construction et de nombreux pans du droit économique restent encore à bâtir. (on peut penser entre autres aux droits intellectuels, mais aussi contrats d'entreprise entre autres).

³⁴ A ce titre, la notion de propriété dans l'Islam est sensiblement différente de notre conception occidentale. Le seul véritable propriétaire reste toujours Allah.

CHAPITRE 2 : LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA *LEX MERCATORIA ISLAMICA*

Maintenant que l'existence d'une *Lex mercatoria islamica* n'est plus vraiment à démontrer, il convient de s'intéresser à la structure même de cet ordre juridique. Comme nous l'avons vu dans le précédent chapitre, cette loi marchande islamique est toujours en construction. Dès lors, plutôt que présenter en détail les différents mécanismes juridiques existants, ce chapitre sera consacré à l'étude des principes généraux qui fondent la *Lex mercatoria islamica*, afin de mieux comprendre la spécificité des instruments juridiques islamiques et de faciliter le développement futur de cette loi marchande.

Section 1 : Historique des principes économiques musulmans

Au sein de la pensée économique islamique, les fondements de l'économie musulmane sont le plus souvent présentés sous forme d'interdictions. Ainsi, on dénombre en général trois interdictions majeures. Premièrement, l'interdiction du *Riba* (intérêt ou usure). Deuxièmement l'interdiction du *Maysir* (spéculation) et du *Gahrar* (hasard ou aléa). Pour finir, certains secteurs d'activités, tels le commerce des armes, de l'alcool, ou des jeux de hasard, sont également considérés comme *haram* (c'est à dire « interdit », à l'inverse de *halal* qui signifie « permis »).

Toutefois, parmi ces interdictions, la caractéristique la plus emblématique des systèmes économiques islamiques est incontestablement la prohibition du prêt à intérêt, mise en avant par la doctrine comme le symbole d'une économie qui se veut davantage éthique. En effet, cet argument moral est souvent utilisé afin de promouvoir la finance islamique, car il semble *a priori* partagé par les trois religions monothéistes : le judaïsme, le christianisme et l'islam. Alors, peut-on réellement dégager au travers de ces différentes cultures une interdiction unanime de l'intérêt ?

Il est vrai que la première interdiction formelle du prêt à intérêt apparaît dans l'Ancien Testament au sein de la communauté juive. En effet, le livre de l'Exode stipule explicitement l'interdiction de l'intérêt :

« Si tu prêtes de l'argent à mon peuple, au malheureux qui est avec toi, tu n'agiras pas avec lui comme un usurier : vous ne lui imposerez pas d'intérêt. » (Ex. 22 : 24 (25))

Le prêt à intérêt est donc considéré chez les Israélites comme un vol et une infraction aux commandements. Cependant cette interdiction ne s'applique qu'entre frères et pas vis-à-vis des étrangers de passage.

« Tu n'exigeras de ton frère aucun intérêt, ni pour l'argent, ni pour se nourrir, ni pour aucune chose qui se prête à intérêt, mais seulement aux étrangers, tu prêteras à usure aux étrangers. » (Dt. 23 : 19-20)

Dès lors, loin de condamner l'usage de l'intérêt dans le commerce international, les textes de l'Ancien Testament auront comme principale conséquence de favoriser le prêt gratuit entre frères. L'Ancien Testament comprend ainsi de nombreux passages appelant à la charité avec les pauvres et les indigents :

« Tous les jours le juste a pitié, il prête » (Ps. 37 : 26), « L'homme fait bien de compatir et de prêter » (Ps. 112 : 5)

De nos jours, cet appel à la charité pourrait paraître banal, mais, durant l'Antiquité, cet encouragement du prêt gratuit entre frères faisait directement référence à la servitude pour dettes. Ce mécanisme consistait en une sûreté personnelle qui donnait droit au créancier d'asservir son débiteur, ou tout autre membre de sa famille, en cas de défaut de paiement. Ce dernier devenait en conséquence une sorte d'« esclave pour dettes » obligé de travailler pour son nouveau maître jusqu'au remboursement complet de sa créance³⁵. Le plus souvent, la servitude pour dettes concernait des paysans incapables de verser leur fermage à de grands propriétaires terriens.

Quant au monde chrétien, ce dernier va adopter cette doctrine issue de l'Ancien Testament et confirmée par plusieurs passages des Évangiles³⁶ :

« Si vous ne prêtez qu'à ceux dont vous espérez restitution, quel mérite ? Car les pécheurs prêtent aux pécheurs afin de recevoir l'équivalent » (Évangile selon Saint-Luc)

Cependant, aux alentours de l'an mil, une véritable révolution économique se produit. Après plusieurs siècles d'invasions et de troubles faisant suite à la disparition de l'empire romain d'occident (476 ap. J.-C.), une période de relative tranquillité se profile du XI^e au XIII^e siècles. Avec l'essor démographique et l'émergence des villes³⁷, l'économie européenne renaît et les échanges commerciaux s'accroissent.

Mais comment espérer voir une croissance durable se forger en Europe, sans crédit ? En réalité, l'intérêt n'a pas disparu au Moyen-âge, loin de là. En effet, bien que l'Église catholique ait réprimé sévèrement toute transgression de la règle³⁸, cette interdiction se révéla vite strictement « formelle », tant et si bien qu'elle se montre relativement tolérante vis-à-vis des prêts à intérêts déguisés ou simulés³⁹. En conséquence, les opérations de crédit vont se structurer autour d'un petit nombre de professionnels, parmi lesquels Juifs et Lombards étaient

³⁵ Ce moyen d'exécution pourrait sembler particulièrement violent s'il devait s'appliquer dans un contexte plus contemporain, néanmoins, au deuxième millénaire avant Jésus-Christ, la servitude pour dettes est une mesure plutôt modérée. En effet, elle oblige les deux parties à respecter une certaine proportionnalité entre la sanction infligée et le montant de la dette. Le travail presté par le débiteur défaillant ne peut, de la sorte, excéder les engagements prévus par le contrat.

³⁶ L'interdiction du prêt à intérêt fut même intégrée au sein du droit laïc sous Charlemagne.

³⁷ « Créations nouvelles ou vieilles agglomérations, leur caractère neuf et majeur, c'est chez elle la primauté de la fonction économique. Leur centre vital est le nouveau quartier des boutiques ou le marché. C'est au développement des villes que sont liés les progrès du commerce médiéval. » J. LE GOFF, *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, collection Que-sais-je, 2001, p. 10.

³⁸ B.SCHNAPER, « La répression de l'usure et l'évolution économique », *Rev. Hist. dr.*, 1969, pp. 49-55.

³⁹ Plusieurs techniques ont ainsi été inventées afin de contourner l'interdiction officielle : la reconnaissance de dette, la vente à réméré (vente avec faculté de rachat), la stipulation d'intérêts moratoires... Voy. J. LE GOFF, *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, collection Que-sais-je, 2001, p. 75.

particulièrement réputés⁴⁰. Au final, l'intérêt n'a pas disparu, mais une classe sociale marchande émerge, pour la première fois, au sein de la société médiévale⁴¹.

Ne nous méprenons toutefois pas, les commerçants restent une classe très peu valorisée au début de la révolution commerciale médiévale. Cependant, bien que l'Église condamne fermement la pratique de l'intérêt et tout excès de matérialisme, la Bible comprend plusieurs passages qui semblent approuver le commerce. L'extrait le plus connu est la parabole des talents :

« Maître, tu m'avais remis cinq cents pièces d'or. J'en ai gagné cinq cents autres : les voici. Son maître lui dit : C'est bien, bon et fidèle serviteur. Tu as été fidèle dans des choses qui ont peu de valeur, je te confierai donc celles qui ont beaucoup de valeur. » (Mathieu, Chapitre 25, versets 20-22.)

De plus, la conception même de « salut », qui est au cœur du christianisme, provoquera une importante rupture avec le monde antique⁴². Cette nouvelle philosophie, proclamant que la vie terrestre ne sert qu'à « gagner son salut », propagera une conception plus méritocratique de la société, très favorable au monde marchand. Dès lors, l'Église va adopter une attitude étonnamment protectrice vis-à-vis des marchands.⁴³ Lentement, la classe marchande va alors gagner de plus en plus d'influence politique et notamment au sein des villes⁴⁴.

En conséquence, les marchands vont acquérir, pour la première fois dans l'Histoire, un véritable statut social. A partir des XIII^e-XIV^e siècles, l'économie commence à se structurer sous une forme capitaliste⁴⁵ : de simple étalon de valeur durant la période antique, l'argent se transforme en un instrument de capitalisation. C'est alors qu'un mouvement de protestation naît au sein même de l'Église, non pas pour dénoncer une éventuelle dérive matérialiste, mais, au contraire, pour pousser le catholicisme à favoriser davantage le commerce : c'est le protestantisme. Selon cette nouvelle doctrine, l'enrichissement est un signe de faveurs divines

⁴⁰ A cause de l'antisémitisme, l'accès à toute activité « honorable », comme l'agriculture, fut refusé aux juifs, qui se tournèrent donc vers les tâches les moins valorisées socialement : l'usure. Quant aux Lombards, ils sont à cette époque à peine christianisés. Par la suite apparaît une classe de marchands-banquiers, principalement dans les grandes villes commerçantes italiennes, qui deviennent vite des intermédiaires indispensables à toute transaction commerciale d'envergure et participer à créer de nombreuses techniques financières. Ainsi, la lettre de change et la *commenda*, future société en commandite, sont quelques exemples d'innovations financières qui vont faciliter la circulation des capitaux à travers l'Europe médiévale. Voy. J., LE GOFF, *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, collection Que-sais-je, 2001, p. 38.

⁴¹ L'interdiction de l'esclavage favorise également l'émergence de cette classe sociale marchande. En effet, comme nous l'avons dans la section précédente, le commerce était une tâche en grande partie réservée aux esclaves à l'époque romaine.

⁴² Selon cette théorie, le « salut » accordé par Dieu « libère et délivre » des péchés terrestres en donnant accès au paradis dans le monde céleste. Ainsi, le seul objectif de la vie terrestre serait de gagner le « salut », pour éviter la condamnation éternelle et la régulation en enfer.

⁴³ A titre d'exemple, le pape Grégoire VII ordonne, en 1074, à Philippe 1^{er}, Roi de France, qu'il restitue, sous peine d'excommunication, des marchandises qu'il avait confisquées à des commerçants italiens. Voy. J. LE GOFF, *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, collection Que-sais-je, 2001, p. 73.

⁴⁴ En effet, les bourgeois vont très vite s'imposer comme les administrateurs des villes et s'émanciper peu à peu de la noblesse laïque et ecclésiastique à travers le « mouvement communal ». Ainsi, des chartes libérales, où les seigneurs féodaux concèdent plusieurs privilèges et libertés aux centres urbains se propageront à partir du 11^e siècle ap. J.-C. La ville de Huy sera la première ville à se voir octroyée une charte de franchise, en 1066.

⁴⁵ N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 44.

qui doit être encouragé, et permettrait de gagner son « salut ». Dans son livre « L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme », Max Weber estime ainsi que le protestantisme a eu une influence décisive sur le développement du capitalisme. Dès lors, les protestants, et le Français Calvin (1509-1564) en particulier, dénoncent la position jugée hypocrite de l'Eglise catholique face au prêt à intérêt. Selon eux, seule l'usure, c'est-à-dire un taux manifestement excessif, doit être prohibée. Cette interprétation s'est imposée avec le temps et encore de nos jours, il existe dans la plupart des Etats européens une loi fixant un taux d'intérêt maximum, ou à tout le moins supplétif.

Sur base de ce bref aperçu historique, il semble que ni la religion juive, ni le catholicisme n'ait véritablement mis fin à la pratique de l'intérêt. Au contraire, la pensée chrétienne, et protestante en particulier, semble être en grande partie à la base même de l'idéologie capitaliste. La finance islamique serait-elle en conséquence le seul système économique excluant l'intérêt ? Mais cela est-il seulement possible quand on considère l'importance du crédit dans le développement de l'économie contemporaine ? Alors, l'économie musulmane est-elle vraiment incompatible avec les systèmes économiques conventionnels basés sur l'intérêt, ou bien, au final, n'est-elle pas si différente des autres religions monothéistes ?

Plusieurs auteurs⁴⁶ l'affirment, en tout cas, arguant que l'argent n'a pas la même fonction au sein de l'islam. Celui-ci serait improductif et ne pourrait donc générer de revenus au cours du temps. L'argent ne serait somme toute qu'un simple étalon, une unité de mesure sans valeur en soi⁴⁷. Ainsi, contrairement au monde chrétien occidental, l'argent ne pourrait ni se « vendre » ni se « louer ».

Toutefois, cette théorie ne semble pas trouver de confirmation historique. En effet, dès le début de la dynastie des Omeyyades, une importante réforme monétaire fut introduite par le Calife 'Abd al-Malik (685-705)⁴⁸. Ce dernier fit frapper une nouvelle monnaie en or et en argent, le dinar et le dirham, à partir de 696, grâce notamment aux mines de Nubie assurant une grande disponibilité du métal jaune dans le monde musulman⁴⁹. Or, ces métaux précieux étaient loin d'être sans valeur. Comment, dans ces circonstances, concevoir la monnaie comme un simple instrument de mesure sans valeur propre ?

De plus, le contexte économique qui entoure la naissance de l'islam semble plus que favorable au commerce. En effet, au VII^e siècle, l'Arabie était traversée par de nombreuses routes commerciales. Les marchands ambulants étaient donc particulièrement nombreux et les convois de marchandises s'organisaient principalement sous la forme de caravanes⁵⁰. Le commerce est donc valorisé au sein de l'Islam, selon les écrits d'Ibn al Muqaffa (720-757), l'un des premiers grands philosophes musulmans à traiter de la question économique, qui considère

⁴⁶ Voy. ALIOUI, F., « La finance islamique, des fondements au système », *Management interculturel*, Vol. XVII, Nr. 1 (33), 2015 et ZEYYAD, I., « La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France », *Revue du droit des affaires*, Vol.8.

⁴⁷ Cette conception serait alors assez proche des théories des deux grands philosophes grecs Platon et Aristote, que nous avons étudié un peu plus haut.

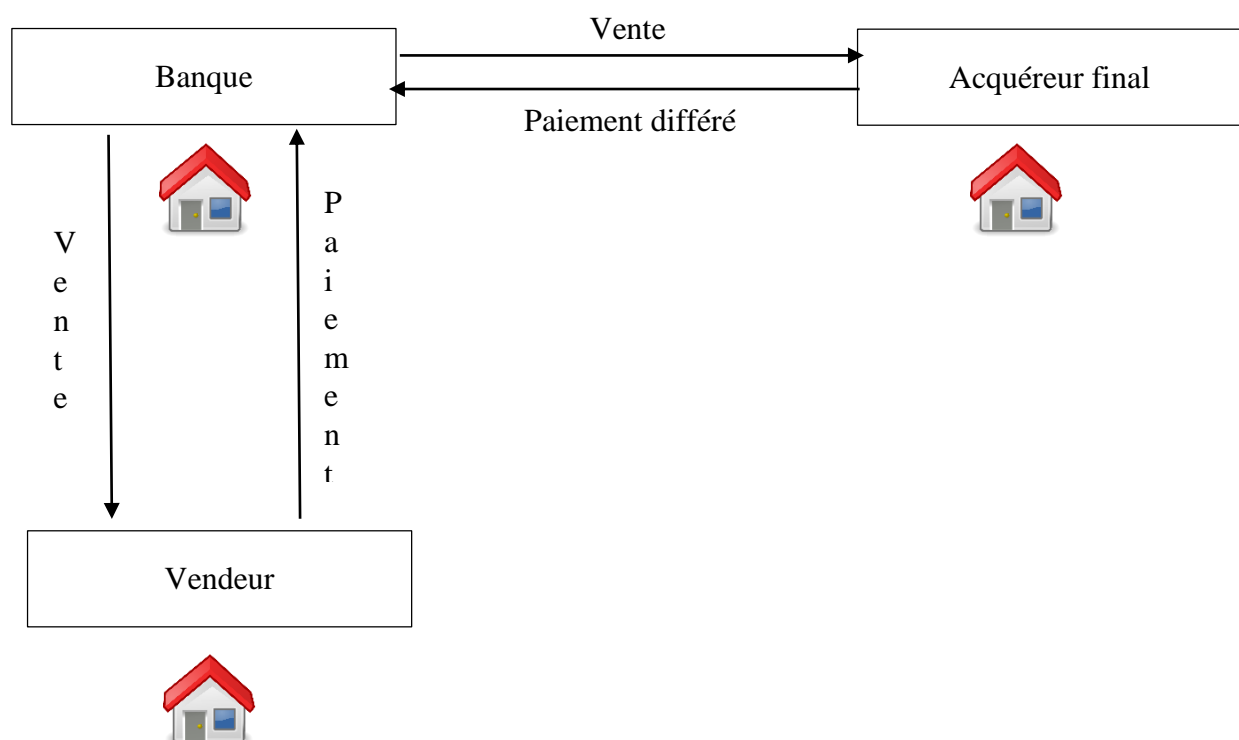
⁴⁸ P., GRIERSON, « The monetary reforms of 'Abd al-Malik: Their methodological basis and their financial repercussions », *Journal of the economic and social History*, vol. 3, N. 3, Oct., 1960, pp. 241-264.

⁴⁹ A., GIRAUDO, 60 histoires pour comprendre l'économie mondiale, éditions Fayard, 2015, p. 63.

⁵⁰ Tout le contraire du monde européen où le transport par voies maritimes prédominait largement sur le transport terrestre.

que l'homme doit rechercher « le plus grand profit »⁵¹. L'argent semble donc être également considéré comme un instrument d'investissement et pas uniquement une simple unité de mesure. En réalité, seule la thésaurisation est vivement dénoncée au motif qu'elle restreint l'expansion du commerce. Or, critiquer l'accumulation d'argent ne revient pas à considérer que celui-ci ne constitue pas une forme de richesse. Au contraire, il n'y aurait aucun risque d'accumulation excessive si la monnaie était dénuée de valeur⁵².

Cependant, il faut concéder que le prêt à intérêt n'est pas pratiqué tel quel dans les pays musulmans. A la place, les musulmans en besoin de crédit utilisent fréquemment d'autres mécanismes financiers, dont le plus fréquent est le *murabaha*. Il s'agit d'une double vente : la banque achète le bien au vendeur pour ensuite le revendre, avec une marge, à l'acquéreur qui a sollicité le prêt.



Chronologie :

1. Achat du bien (ici un immeuble) par la banque auprès du vendeur.
2. Revente du bien (immeuble) à tempérament auprès de l'acquéreur final avec une marge supplémentaire en sus du prix initial.

⁵¹ Al MUQAFFA, Le livre de Kalila et Dimna, traduction de A. Miquel, 1980.

⁵² Le contre-exemple parfait est la ville antique de Sparte où Lycurgue remplaça au IX^e siècle av. J.-C. la monnaie en or par du fer auquel il donna une valeur très faible pour un poids considérable. Une grande pièce était nécessaire pour entreposer une somme équivalente à quatre kilos d'argent, et un attelage indispensable pour la transporter. Avec un pareil métal, le prêt monétaire n'était guère facilité. Voy. D. RAMELET, *Histoire du prêt à intérêt*, p. 44.

Selon les oulémas⁵³, cette méthode ne contrevient pas aux règles islamiques. En effet, la marge sur cette opération est qualifiée de profit et non d'intérêt car elle résulterait d'un contrat de vente et non d'un prêt. Or, les transactions « d'achat-vente » relèvent des opérations commerciales ordinaires et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'interdiction du *riba*. Ainsi, il est également inscrit dans le Coran :

« Dieu a rendu licite le commerce, mais illicite le *riba* (accroissement illégitime) »
(Coran, Sourate 2, verset 275)

Pourtant, l'intérêt ne semble pas avoir davantage disparu dans ces montages juridiques que dans les techniques de contournement médiévales, tout au plus a-t-il été habilement dissimulé à travers de nouvelles pratiques : si un contrat de vente classique ne comprend habituellement aucune forme d'intérêt, il n'est pas impossible d'insérer un contrat de prêt dans une vente, et c'est précisément le mécanisme utilisé dans un *murabaha*. Car, la deuxième vente, auprès de l'acquéreur final, est en réalité une vente à tempéraments, où le paiement du prix et de la marge est fractionné, exactement comme un prêt à intérêt ordinaire. D'ailleurs, le montant de la marge pratiquée par les banques islamiques est le plus souvent calculé sur base du marché interbancaire conventionnel⁵⁴. Au final, peu importe les époques et les contextes économiques, le prêt à intérêt n'a jamais véritablement disparu. « Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme » aurait probablement constaté le célèbre chimiste Lavoisier.

Certes, en matière d'idéologie, nous pourrions discuter sur l'adéquation entre l'esprit capitaliste et les principes musulmans⁵⁵, mais, il semble qu'en termes économiques, la *Lex mercatoria islamica* ne rejette pas la pratique de l'intérêt et l'économie de marché. Alors, pourquoi encore présenter la pensée économique musulmane à partir d'interdictions, qui laissent entendre une rupture entre les deux systèmes économiques ? Ne serait-il pas plus judicieux de mettre à jour les principes qui sous-tendent ces interdictions pour mieux cerner les spécificités musulmanes face aux économies conventionnelles et guider l'élaboration d'une *Lex mercatoria islamica* encore en développement.

En conséquence, nous essayerons de présenter dans les sections qui suivent les principes qu'on pourrait qualifier de fondamentaux derrière les principales interdictions de l'islam économique.

⁵³ Théologiens de l'Islam, considérés comme les docteurs de la loi.

⁵⁴ Maha-Hanaan BALALA, *Islamic finance and law*, éditions I.B. Tauris, Londres, 2011, p. 75.

⁵⁵ En effet, le *murabaha* est un système de double-vente dont le financement découle de la simple renonciation du vendeur à percevoir le prix immédiatement. Dès lors, aucun capital monétaire n'est directement transféré à l'emprunteur.

Section 2 : Répartition équitable des risques et interdiction de l'usure (*riba*)

D'abord pratiqué sous la forme de prêt à la consommation durant l'Antiquité pour subvenir aux besoins des petits agriculteurs, puis moteur du renouveau économique médiéval en stimulant les investissements, comment le prêt à intérêt a-t-il évolué au sein du monde musulman ? Pour répondre à cette question, il convient d'analyser plus en profondeur la notion même de *riba* afin de mieux cerner comment l'intérêt est envisagé au sein de l'Islam et comprendre les motivations derrière l'apparente interdiction du prêt à intérêt conventionnel.

Tout comme les religions du Livre, il existe plusieurs passages dans le Coran qui semblent condamner fermement l'usure :

« Ô vous qui croyez ! Craignez Allah et renoncez, si vous êtes croyants, à ce qui vous reste des profits de l'usure. » (Coran, Sourate 2, Verset 278)

« Et si vous ne le faites pas, alors recevez l'annonce d'une guerre de la part d'Allah et de Son messenger. Et si vous vous repentez, vous aurez vos capitaux. Vous ne léserez personne, et vous ne serez point lésés. » (Coran, Sourate 2, Verset 279)

Outre le livre sacré, les *hadiths*, recueil rassemblant l'ensemble des traditions relatives aux paroles et actes du prophète Mahomet et de ses compagnons, comprennent également quelques précisions au sujet de cette interdiction :

« De l'or contre de l'or, de l'argent contre de l'argent, du blé contre du blé, de l'orge contre de l'orge, des dattes contre des dattes, et du sel contre du sel: quantité égale contre quantité égale, de la main à la main ; toute augmentation constitue le *riba* (qui peut être traduit par « accroissement illégitime »⁵⁶).⁵⁷ »

L'interdiction du *riba*, qui signifie approximativement l'accroissement illégitime, ne s'applique qu'à certains biens seulement, principalement l'or, l'argent, la monnaie, le sel et certaines céréales. Elle se décline sous deux grands axes⁵⁸ :

1. Le *Riba al-fadl* qui interdit que l'argent soit échangé en mains propres mais en quantités différentes.
2. Le *Riba al-nasi'ah* qui interdit que des sommes d'argent soient échangées à un moment ultérieur à celui de la transaction

Ces deux règles interdisent donc non seulement toute forme d'intérêt, mais également toute remise différée de la chose. C'est pourquoi, pour éviter que ces réglementations très strictes ne s'appliquent, les musulmans préfèrent réaliser leurs transactions financières directement sur la base d'éléments non *ribaoui*⁵⁹, comme une maison ou une voiture. Nous

⁵⁶M., El GAMAL, *La Finance Islamique aspects légaux, économiques et pratiques*, éditions de boeck, 2010, p. 77.

⁵⁷ Selon les dires du philosophe musulman Benmansour Voy. VERRIER, R., « Apports nouveaux de la pensée économique de l'islam », *Mélanges offerts à Roger Prouteau*, 2004.

⁵⁸ M., EL GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, éditions de boeck, 2012, p. 10.

⁵⁹ Le terme *ribaoui* désigne les biens qui ne sont pas repris dans la liste de ceux dont l'échange provoque l'application de l'interdiction du *riba*. En d'autres termes, il s'agit de toute chose mise à part l'or, l'argent, la monnaie, le sel, l'orge, les dattes et le blé.

avons déjà vu plus haut la technique du *murabaha*, qui est une double vente, mais il existe également d'autres mécanismes. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pourrions également citer *l'ijira*, comparable à un leasing, et les *musarakha* et *mudarabha*, qui sont des sortes de partenariats commerciaux dont le fonctionnement est assez similaire à nos sociétés en commandite.

Par conséquent, pour éviter d'être interdit, tout crédit rémunéré par un intérêt⁶⁰ doit nécessairement être incorporé au sein d'une autre opération commerciale, qu'il s'agisse d'une vente, d'une location ou même d'un contrat de société. Ce mécanisme semble donc appeler une certaine tangibilité : toute opération de financement doit être adossée à un autre actif tangible.

Mais, à part compliquer encore un peu plus la tâche des institutions financières, quelle différence cette tangibilité accrue fait-elle par rapport aux autres systèmes économiques ? Pour répondre à cette question, il semble indispensable de remonter aux origines historiques du concept de *riba*.

Dans l'Arabie préislamique, le *riba* était une institution⁶¹ par laquelle un emprunteur pouvait voir son taux d'intérêt doubler, voire plus, en cas de défaut du débiteur, grâce aux intérêts moratoires⁶². Outre la possible exploitation d'une personne en situation de faiblesse, qui pourrait nous rappeler la problématique de la servitude pour dettes, cette pratique soulève une autre question concernant la répartition du risque. C'est pourquoi les pénalités de retard sont interdites dans l'économie musulmane et, en outre, le créancier doit consentir aux délais de grâce.

En effet, les intérêts moratoires sont souvent utilisés afin de se prémunir de tout risque dans un contrat : le retard de paiement étant compensé par le gonflement des intérêts. Dès lors, on pourrait se retrouver en face d'un contrat où les risques ne sont pas supportés par toutes les parties, mais une seule personne, le plus souvent l'emprunteur. En effet, dans le cas du prêt à intérêt, le créancier, déjà avantage par les modalités du contrat, est également susceptible de tirer profit d'une défaillance dans la réalisation du contrat. A telle enseigne qu'il ne court aucun risque et, quelles que soient les circonstances, s'est assuré de tirer profit du contrat.

Or, la situation est tout autre lorsque le contrat de prêt est adossé à une autre opération. Dans l'hypothèse d'une vente, la réserve de propriété reste ainsi la garantie classique du vendeur impayé. Toutefois, bien qu'il puisse conserver le bien vendu sans souffrir d'une perte importante, celui-ci doit aussi renoncer au profit attendu de la marge. Dès lors, le vendeur supporte également une partie des risques liés à la rupture du contrat, contrairement à la situation de l'usurier.

Au final, pour respecter le principe fondamental de la répartition équitable des risques posés par l'interdiction du *riba*, le créancier musulman n'aurait en principe que deux options⁶³

⁶⁰ Petite exception toutefois, la tradition islamique estime que le prêt par charité échappe au *riba al-nasi'ah*, qui interdit la remise différée de la chose. Voy. M., EL GAMAL, *La finance islamique aspects légaux, économiques et pratiques*, éditions de boeck, 2010, p. 86.

⁶¹ T., KURAN, *Islam and mammon*, Princeton university press, 2004, Chapter one, p. 14.

⁶² Sommes destinées à réparer le préjudice causé par le retard dans l'exécution d'une obligation. Dans le cadre du prêt à intérêt, il peut s'agir par exemple d'une augmentation du taux d'intérêt si le débiteur fait défaut.

⁶³ Nous verrons toutefois dans le chapitre 3 de la deuxième partie qu'une troisième pourrait être envisageable : la cession de crédit à un débiteur davantage solvable.

à sa disposition en matière de recouvrement de créance. Soit, ce dernier accepte d'octroyer un délai supplémentaire à son débiteur, ou bien il peut décider de conserver le bien vendu/loué et restituer les sommes perçues. C'est pourquoi, vu que les taux d'intérêt pratiqués par les produits financiers *shariah compliant* et occidentaux sont fort similaires, le point d'achoppement entre ces deux systèmes économiques semble plutôt être la question des sûretés et autres garanties destinées à supprimer tout risque dans le chef des prêteurs au sein de la finance conventionnelle.

Section 3 : Interdiction de l'incertitude (*gharar*) et de la spéculation (*maysir*)

Dans le Coran, le prophète Mahomet met souvent en garde contre la spéculation (*maysir*). En conséquence, la tradition islamique interdit la vente *al-gharar*, c'est-à-dire la vente à caractère aléatoire dont la nature incertaine et risquée s'apparente aux jeux de hasard selon le professeur Mustapha Al-Zarq⁶⁴. Les spécialistes du *fiqh*- la jurisprudence islamique - définissent aussi le *gharar* comme l'ignorance ou un manque d'informations qui affecte l'objet d'un contrat⁶⁵. Les *hadiths* comprennent plusieurs exemples de vente *ghara*. Il s'agit par exemple de la vente d'un bébé chameau qui est encore dans le ventre de sa mère ou bien de la laine sur le corps d'un animal.

Cependant, aucun contrat n'est totalement exempté d'incertitude, il n'est pas possible d'anticiper toutes les conséquences d'un acte juridique. Dès lors, il semble nécessaire d'établir une limite au-delà de laquelle le manque d'informations peut corrompre un contrat. Averroès, célèbre savant musulman du XIIe siècle ap. J.-C., considère ainsi qu'un contrat devient illicite quand ce manque d'information rend inéquitable le rapport de forces lors de la négociation du contrat. Il s'agit en quelque sorte d'une remise en cause de l'asymétrie de l'information. Le professeur El Gamal précise, pour sa part, que « le facteur corrupteur au sein du *gharar* est le fait qu'il mène au dévorement des richesses d'autrui »⁶⁶.

Ce raisonnement fait penser à la théorie des jeux, et plus précisément, au principe des jeux à somme nulle développé par les mathématiciens John Von Neuman et Oskar Morgenstern en 1944. Selon cette théorie, le gain de l'un des joueurs implique nécessairement une perte pour l'autre. Cette hypothèse peut s'apparenter à celui d'un contrat de prêt à intérêt où une augmentation du taux avantage nécessairement l'un aux dépens de l'autre. Les principes économiques musulmans interdiraient alors que dans une telle situation un acteur puisse tirer profit du contrat au détriment de son partenaire.

En fin de compte, l'interdiction du *gharar* est basée sur le principe de la répartition équitable des profits, qui est justement l'exact opposé de la logique sous-jacente à l'interdiction du *riba*, la répartition équitable des risques. Ces deux principes islamiques sont évidemment davantage complémentaires que contradictoires. En d'autres termes, l'incertitude liée à l'objet d'un contrat ne peut entraîner une répartition inéquitable des profits.

Néanmoins, il peut être délicat de vérifier la juste répartition des profits au sein d'un contrat. Dès lors, on pourrait se baser sur le concept de cause, universellement reconnu par les

⁶⁴ Pour une liste exhaustive des différentes définitions du terme *gharar* voyez M., SIDDIQ, « Al-Gharar in contracts and its effects on contemporary transactions », *Eminent scholars' Lecture series*, édité par Islamic Development Bank, n°16.

⁶⁵ Maha-Hanaan BALALA, *Islamic finance and law*, éditions I.B. Tauris, Londres, 2011, p. 37-38.

⁶⁶ El GAMAL, *La Finance Islamique aspects légaux, économiques et pratiques*, éditions de boeck, 2010, p. 88.

différentes législations à travers le monde, qui désigne, selon la jurisprudence⁶⁷, les motifs déterminants d'une partie dans la conclusion d'un contrat. Si le mobile ayant décidé l'une des parties disparaît au cours de la réalisation du contrat suite à une incertitude préexistante, alors, l'interdiction du *gharar* pourrait trouver à s'appliquer et rendre le contrat illicite. Prenons l'exemple d'une loterie, le seul et unique mobile du joueur est d'espérer gagner le gros lot. Si ce dernier ne décroche pas la timbale, son ticket ne lui est plus d'aucune utilité et la cause du contrat disparaît.

Ainsi, la disparition de la cause comme motif d'invalidité des contrats pourrait être un autre point spécifique du droit musulman face aux droits conventionnels qui n'admettent pas cette théorie⁶⁸. Quoiqu'il en soit, l'interdiction du *gharar* entraîne plusieurs conséquences juridiques importantes.

D'abord, les produits dérivés (tels que les *futures* ou les *swaps*⁶⁹) et d'assurances sont bien sûr interdits. En effet, ces techniques financières ressemblent beaucoup à certains jeux de hasard dans la mesure où les gains de chacune des parties sont aléatoires. En conséquence, les assurances se structurent autour de mécanismes coopératifs spécifiques appelés *takaful*, au sein desquels tant les pertes que les profits sont mutualisés.

Ensuite, le principe de la disparition de la cause pourrait ouvrir la porte à de possibles actions en lésion. En d'autres termes, le contrat pourrait être annulé lorsqu'un important défaut d'équivalence entre les prestations des parties apparaît. L'action en lésion n'est admissible, en droit belge, que dans un cas très particulier, en matière de vente immobilière, appelé la lésion qualifiée. Cette exigence de réciprocité accrue aurait pour conséquence de favoriser la valorisation des actifs au prix du marché, qui, selon le professeur El-Gamal, améliore l'efficacité économique⁷⁰.

Section 4 : Activités et produits illicites.

L'économie musulmane prohibe un certain nombre d'activités dans l'objectif d'empêcher des externalités négatives. Les activités *haram*⁷¹ sont par exemple la vente d'alcool, les jeux de hasard ou le commerce des armes à feu entre autres. En outre, les produits à base de porc sont également prohibés.

Néanmoins, nous n'entrerons pas dans les détails de l'économie *halal*, car cette dernière est soumise à de nombreuses règles particulièrement complexes qui dépassent le cadre de ce travail.

⁶⁷ Il existe cependant un très grand nombre de théorie définissant le concept de cause.

⁶⁸ Toutefois, la jurisprudence belge a développé le principe d'erreur sur les mobiles déterminants, dégagé à partir du concept de la cause et de la bonne foi.

⁶⁹ Voir définition des produits dérivés : flux financiers assortis de clauses aléatoires.

⁷⁰ EL-GAMAL, M., La Finance Islamique aspects légaux, économiques et pratiques, éditions de boeck, 2010.

⁷¹ *Haram* signifie « interdit » en arabe, à l'inverse de *halal* qui veut en fait dire « permis ».

Section 5 : La *Lex mercatoria islamica* et l'économie conventionnelle

Pour conclure ce chapitre, au fondement de la pensée économique musulmane, nous trouvons un principe essentiel qui se décline sous deux aspects majeurs : le principe de répartition équitable des risques et des profits. Ainsi, ce double principe est le plus souvent utilisé dans la pratique économique pour définir et distinguer les produits islamiques.

De plus, comme nous l'avons vu au début de ce chapitre, la philosophie économique islamique ne remet pas directement en cause le principe de l'économie de marché : l'intérêt n'a pas été éradiqué du monde économique musulman. Dès lors, économie islamique et conventionnelle semblent tout à fait conciliables.

Cependant, ne nous méprenons pas. Si la finance islamique est compatible avec l'économie de marché, elles ne sont pas synonymes pour autant. Limiter les coutumes marchandes à de simples interdictions, par désir de rupture, peut s'avérer dangereux en menant à interprétation excessivement formaliste. Toutefois, dénier le caractère particulier et original des principes islamiques en les assimilant à de simples retouches purement cosmétiques serait tout aussi malencontreux. En effet, le principe de répartition équitable des richesses et des profits a des conséquences pratiques importantes. D'abord en terme de sûretés, où les institutions financières sont forcées de s'impliquer davantage au sein des opérations commerciales qu'elles financent en prenant une partie des risques à leur charge, mais aussi en matière d'assurance grâce à l'émergence de mécanismes d'assurances coopératifs : les fonds *takaful*, qui mutualisent tant les pertes que les risques.

III^e Partie

Quels rapports juridiques entre la *Lex mercatoria islamica* et d'autres ordres juridiques ?

« Le seul véritable voyage, le seul bain de Jouvence, ce ne serait pas d'aller vers de nouveaux paysages, mais d'avoir d'autres yeux, de voir l'univers avec les yeux d'un autre, de cent autres, de voir les cent univers que chacun d'eux voit, que chacun d'eux est. »

Marcel Proust

« Le savoir acquis dans un pays étranger peut être une patrie et l'ignorance peut être un exil vécu dans son propre pays. »
Ibn Rushd, philosophe musulman, dit Averroès (1126-1198)

CHAPITRE 1 : RAPPORTS ENTRE LA *LEX MERCATORIA ISLAMICA* ET D'AUTRES ORDRES JURIDIQUES MUSULMANS

Après avoir posé la question de l'existence d'une *Lex mercatoria islamica* et analysé sa structure, il convient maintenant de réfléchir plus amplement sur les interactions qui existent, entre cette loi marchande islamique et le droit religieux musulman traditionnel issu des différentes écoles d'interprétation (*madhhab*)⁷².

En principe, nous avons vu que les ordres juridiques étaient étanches les uns par rapport aux autres⁷³. La *Lex mercatoria islamica* n'est donc pas censée être directement liée par l'interprétation des différents droits religieux musulmans mais développe, à travers les coutumes et les usages marchands ses propres concepts, comme le *murabaha* (double-vente) ou l'*ijara* (leasing). C'est d'ailleurs en partie pour cette raison que nous avons pu conclure au caractère non seulement transnational mais également unifié de la loi marchande islamique.

Cependant, certains auteurs dénoncent une vision idéalisée de l'économie musulmane⁷⁴. En effet, l'essor récent de l'économie musulmane cacherait des motivations politiques et religieuses moins louables. Personne ne conteste les origines sociales des banques islamiques apparues pour la première fois en Egypte vers 1960 sous formes de caisses rurales et de micro-crédits, avec comme objectif principal de réduire l'exclusion bancaire des populations défavorisées et de promouvoir le développement économique local. Toutefois, l'apparition des monarchies pétrolières à partir de 1970 et un retour de plus en plus marqué, à certains endroits, à un fondamentalisme religieux, auraient détourné les banques islamiques de leur mission originelle⁷⁵. La référence à l'islam ne serait donc qu'un prétexte pour capter l'épargne de musulmans un peu trop naïf : un simple coup de pouce marketing. Pire, d'aucuns s'accordent à dire que le renouveau économique islamique mettrait en péril le fragile principe de laïcité et pourrait constituer « le premier jalon d'une islamisation non pas seulement économique, mais totale et totalitaire des sociétés arabes »⁷⁶.

Cette menace doit être prise au sérieux et dans le précédent chapitre, nous avons déjà mis en garde contre une attitude excessivement formaliste résumant l'économie musulmane à l'interdiction de tout intérêt⁷⁷. Outre l'inexactitude historique, positionner l'économie musulmane comme une simple question d'apparence, c'est ouvrir la porte à toute sorte d'abus et de déformations. Le risque est alors bien réel de voir les coutumes marchandes islamiques

⁷² Il existe quatre grandes écoles d'interprétation au sein du sunnisme. Le malikisme est majoritaire en Afrique du Nord et en Afrique de l'Ouest, le chaféisme est présent en Asie-Pacifique et en Afrique de l'Est, l'hanbalisme se trouve principalement en Arabie Saoudite et l'hanafisme est pour sa part fortement représenté auprès des musulmans non arabophones. Chez les chiites, la principale école d'interprétation est le jafarisme. Ces différentes écoles diffèrent fortement entre elles quant aux sources à prendre en considération et sur les méthodes d'interprétation.

⁷³ Voir *supra* le chapitre concernant les rapports juridiques et d'autres ordres juridiques, p. 16.

⁷⁴ On peut entre autres penser au philosophe et anthropologue tunisien Youssef Seddik et à l'historien Yassine Essid qui a résumé sa position vis-à-vis de la finance islamique dans son livre *La face cachée de l'islamisation, la banque islamique*, éditions de l'aube, 2016.

⁷⁵ Dans les années '80, une série de faillites à frapper la finance islamique en Egypte où plusieurs grandes banques ont dû fermer leurs portes suite à des crédits téméraires.

⁷⁶ *Ibid*, p. 24.

⁷⁷ Voir *supra* : Les principes fondamentaux de la *Lex mercatoria islamica* p. 24.

utilisées davantage dans un but de propagande politique ou religieuse que pour des motifs économiques.

Alors, face à l'impossibilité de scinder nettement les considérations d'ordre politique, religieuse ou économique, l'instrumentalisation de l'économie musulmane est-elle inévitable ?

Il est en tout cas fort à parier que ces tentatives de récupérations ne s'estomperont pas d'elle-même. La meilleure solution semble donc de prévoir des mécanismes « d'autodéfense », au titre desquels, le concept de la *Lex mercatoria islamica* pourrait s'avérer particulièrement utile. En effet, poser la loi marchande islamique comme norme de référence du monde économique musulman c'est, d'abord, se baser sur des principes généraux, comme le principe de répartition équitable des risques et des profits, qui laissent une place importante à l'interprétation. De plus, il s'agit d'un ordre juridique marchand transnational relativement unifié, qui ne tombe donc pas sous la coupe d'une des différentes autorités religieuses⁷⁸. Bien plus, la *Lex mercatoria islamica* pourrait aider à instaurer un véritable marché islamique commun entre tous les pays musulmans, grâce à l'action combinée d'une plus grande harmonisation des règles religieuses et d'un cadre juridique flexible adapté aux besoins du monde économique.

Au final, une dernière interrogation subsiste : ce « super ordre juridique » musulman ne pourrait-il pas prendre le pas sur les législations nationales ? En d'autres termes, la montée en puissance d'une *Lex mercatoria islamica* ne risque-t-elle pas de remettre en cause le principe de laïcité présent dans la plupart des Etats musulmans en cherchant à s'imposer au sein même des systèmes juridiques étatiques⁷⁹ ? Heureusement, cette hypothèse est fortement improbable. En effet, les lois marchandes, construites à partir des usages professionnels, n'ont pas vocation à être réceptionnés au sein des ordres juridiques étatiques. Le risque de remise en cause des législations nationales est donc minime vu l'absence de « rivalité » entre ces deux systèmes juridiques. D'autant plus qu'en réalité, les interactions entre *Lex mercatoria islamica* et droits étatiques se réalisent essentiellement sous forme de relevances par prise en considération, qui interviennent le plus souvent dans le cadre d'interprétations jurisprudentielles. En d'autres termes, les juges étatiques pourraient prendre en compte, sans aucune obligation, cette loi marchande islamique pour bâtir leur raisonnement et trancher l'issue d'un litige commercial

⁷⁸ A titre d'exemple, l'AAOIFI (*accounting and auditing organization for islamic financial institution*) comprend comme membres des Etats issus des quatre grandes écoles d'interprétation sunnites (*madhhab*) et répartis un peu partout à travers le monde.

⁷⁹ A toute fin utile, rappelons que presque tous les pays musulmans possèdent des codes juridiques quasiment identiques à nos systèmes juridiques romano-germaniques suite à la colonisation qui a exporté un peu partout dans le monde les droits occidentaux.

CHAPITRE 2 : LEX MERCATORIA ISLAMICA ET D'AUTRES ORDRES JURIDIQUES NON MUSULMANS

Nous avons vu dans la première partie que les principes économiques islamiques ne se limitaient pas au seul monde musulman de par leur nature transnationale et n'étaient pas en rupture totale avec l'économie conventionnelle, quoique fondés sur des prémisses différentes. En conséquence, dans ce chapitre, nous tenterons de comprendre comment la *Lex mercatoria islamica* cohabite avec d'autres systèmes juridiques et économiques plus conventionnels.

Section 1 : La *Lex mercatoria islamica* face à l'économie conventionnelle

La *Lex mercatoria islamica* est un ordre juridique à portée transnationale. Dès lors, cette loi marchande islamique pourrait être amenée à s'appliquer en dehors des seuls pays de tradition musulmane. De plus, dans la mesure où les principes économiques islamiques sont tout à fait compatibles avec l'économie de marché, l'application de la *Lex mercatoria islamica* dans nos systèmes économiques conventionnels ne semble poser aucune difficulté apparente.

Pourtant, malgré les nombreux avantages mis en avant par les défenseurs de l'économie musulmane, dont une plus grande résistance face aux crises, grâce notamment à une meilleure répartition des risques, et des investissements davantage éthiques, axés sur la responsabilité sociale⁸⁰, cette dernière peine encore à s'implanter au sein des systèmes économiques plus conventionnels. En effet, les banques islamiques présentent un désavantage majeur : les coûts de leurs services sont beaucoup plus onéreux.

La raison de ce surcoût est en partie fiscale. En effet, l'économie musulmane se construit autour de principes radicalement différents de ceux hérités de nos systèmes romano-germaniques. Dès lors, les contrats islamiques ne sont pas toujours adaptés aux ordres juridiques européens, notamment en matière de fiscalité. Concernant les contrats de financement, par exemple, les musulmans préfèrent utiliser des doubles-ventes (*murabaha*), comme vu plus haut. Or, deux ventes consécutives, même dans un laps de temps très court, nécessitent deux actes de ventes, qui sont amenés à être enregistrés chacun séparément. Dès lors, le droit d'enregistrement (qui s'élève tout de même à quelques 13 % en droit belge) est prélevé deux fois. De même, en matière de vente de biens meubles, l'augmentation du prix dû à l'incorporation du prêt au sein de la vente provoquerait une hausse importante de la TVA, calculée sur le prix du bien vendu.

Alors, quels mécanismes pourraient être imaginés, notamment en termes de relevances, afin de pallier à ces obstacles et concilier la *Lex mercatoria islamica* et les ordres juridiques de tradition romano-germanique ?

D'abord, on pourrait imaginer d'instaurer une relevance par renvoi, en faveur des contrats islamiques, similaire aux conventions de prévention de double imposition. Cependant, ce type d'exemption ne pourrait pas toujours s'appliquer dans une situation purement interne,

⁸⁰ Ainsi, grâce au principe de la répartition des risques et des profits, la crise des subprimes de 2007 n'eut qu'un impact très faible sur la finance islamique. C'est d'ailleurs la principale raison de la fulgurante ascension des produits financiers islamiques à travers le monde, mais surtout dans les pays musulmans. De plus, plusieurs auteurs soutiennent que ces deux systèmes économiques sont complémentaires. Lien vers article + statistiques (voir la finance islamique à la croisée des chemins et convergence avec la finance éthique).

comme dans le cas des obstacles fiscaux précités. En effet, il n'est pas toujours possible d'écarter l'application des dispositions fiscales nationales, comme en matière de droit d'enregistrement par exemple. Ce type de mécanisme est donc limité aux seules opérations internationales.

Ensuite, on pourrait modifier le droit national et introduire une exception en faveur des produits financiers islamiques, une sorte de relevance par réception. Ainsi, la France a pris plusieurs dispositions pour calquer le régime fiscal des produits islamiques sur celui des marchands de bien, plus favorable⁸¹. Au Royaume-Uni, c'est la FSA (*Financial Services Authority*) qui a facilité l'intégration fiscale des banques islamiques. Cependant, la réception de la *Lex mercatoria islamica* dans les ordres juridiques nationaux semble limitée. En effet, les législateurs nationaux ne sont probablement pas suffisamment légitimes pour encadrer la doctrine économique islamique, qui se retrouverait alors cadencée et ne pourrait se développer que dans les limites posées par les droits nationaux et leur régime particulier.

En outre, ces mesures purement fiscales seraient insuffisantes pour réduire le surcoût lié aux opérations financières islamiques, qui résulte également des principes économiques musulmans : la répartition équitable des profits et des pertes. Dans cette conception, l'implication plus importante des institutions financières dans les opérations commerciales à financer se répercute sous forme de risques et donc de charges. Selon le professeur El Gamal, cette spécificité islamique permet de lutter efficacement contre le surendettement⁸². En effet, la banque intervenant dans toutes les transactions financières de son client, le contrôle de sa situation financière est évidemment facilité. Toutefois, bien que le rôle des banques islamiques puisse différer de celui des institutions financières conventionnelles, il est un point commun entre toutes les institutions bancaires : toute charge supportée par une banque, qu'elle soit islamique ou conventionnelle, est systématiquement répercutée sur le coût des transactions auprès du client⁸³.

C'est pourquoi, il semble nécessaire d'innover et trouver de nouveaux mécanismes de sûretés adaptés aux produits islamiques. Or, la *Lex mercatoria islamica* étant un système juridique flexible, basé sur les coutumes marchandes et toujours en construction, de nouveaux mécanismes juridiques s'intégreraient aisément au sein de l'ordre juridique marchand islamique. Certes, la tangibilité accrue des prêts à intérêt augmente les charges bancaires liées au risque, mais elle permet également de faciliter la cession de dettes, interdite dans les systèmes juridiques occidentaux, vu que le crédit est incorporé dans une autre opération commerciale.

En conséquence, on pourrait imaginer un mécanisme de cession de crédit pour pallier aux risques spécifiques de l'économie musulmane en facilitant la continuité des opérations de crédit. En effet, La cession du crédit est possible avec un *murabaha* car l'acquéreur étant propriétaire du bien, celui-ci pourrait le revendre à une tierce-personne, aux mêmes conditions, et utiliser cette créance comme dation en paiement de sa propre dette vis-à-vis de la banque. Cette dernière devrait alors restituer les mensualités déjà payées par l'emprunteur originel à mesure que le prêt est remboursé par le repreneur.

⁸¹ Cette adaptation fiscale faisait suite à des instructions données par la direction générale des finances publiques publiées le 25 juillet 2010.

⁸² Ce qui correspond d'ailleurs à la conception historique du *riba* qui cherchait à éviter l'oppression des débiteurs à travers des intérêts moratoires, comme nous l'avons déjà mentionné dans les chapitres précédents.

⁸³ Défis de la finance islamique, Y., ZAHIRI, dossiers de recherche en économie et gestion, dossier spécial, juin 2013.

Ce procédé serait très avantageux pour la banque. Car outre le bénéfice d'une sûreté efficace, l'institution bancaire ferait l'économie d'une procédure en insolvabilité et serait dispensée de constituer des sûretés réelles, comme l'hypothèque, dont l'enregistrement peut être relativement coûteux⁸⁴. En outre, la précaution ne serait pas inutile au vu des faibles moyens de pression admis en droit musulman vis-à-vis de débiteurs défaillants. En effet, comme nous l'avons déjà vu dans les chapitres précédents, le principe de la répartition équitable des risques, basé sur la conception historique du *riba*, prohibe tout intérêt moratoire visant à sanctionner le défaut de paiement du débiteur.

Quant à l'acquéreur défaillant, celui-ci tirerait également avantage d'une cession de crédit. En effet, le débiteur sur le point de faire défaut pourrait se retirer sereinement, en récupérant un capital, sous forme de rentes, pour se reloger.

En outre, cette technique n'est pas envisageable telle quelle avec les prêts à intérêts classiques issus de la finance conventionnelle. En effet, dans la mesure où la cession de dettes est interdite dans la plupart des droits de tradition romano-germanique, la seule possibilité serait pour le débiteur devenu insolvable de vendre son immeuble afin de récupérer le prix reçu pour rembourser anticipativement son crédit, et espérer garder une partie de la somme grâce à une diminution du montant total des intérêts à payer. Néanmoins, cet espoir resterait vain. En effet, les intérêts sont calculés sur base du capital restant dû. En conséquence, les intérêts sont beaucoup plus élevés au tout début de l'emprunt, lorsque le montant du capital à rembourser est le plus élevé. Or, dans la mesure où la quasi-totalité des prêts sont remboursés par annuité constante, les premières annuités sont presque exclusivement constituées d'intérêt à rembourser. Au sein des prêts à intérêts classiques, le capital n'est donc véritablement remboursé que vers la fin de l'emprunt et le remboursement anticipé de son crédit ne permettra malheureusement pas de faire baisser le coût de son emprunt, la plus grande partie des intérêts ayant déjà été payée. Pire encore, l'emprunteur qui rembourse son crédit anticipativement peut se voir infliger des indemnités de emploi, le plus souvent équivalente à deux ou trois mensualités, en faveur de la banque. Au final, l'emprunteur dans une situation financière délicate ne pourra en aucune façon se désengager du crédit contracté, à l'inverse du mécanisme de la cession de crédit qui permettrait d'assainir complètement la situation financière de l'emprunteur défaillant et de poursuivre le prêt avec un nouveau débiteur solvable.

Dès lors, le principe musulman de la répartition équitable des risques pourrait avoir pour conséquences de protéger davantage les intérêts patrimoniaux des bénéficiaires d'emprunts. C'est ainsi que certains⁸⁵ n'hésitent pas à qualifier l'économie musulmane de finance « éthique », en comparaison avec le système économique conventionnel, et voient des convergences possibles entre la *Lex mercatoria islamica* et l'économie sociale. En effet, les concepts de responsabilité sociale et de développement semblent être communs à l'économie musulmane et sociale. Dans cette perspective, ces mécanismes juridiques inspirés des principes économiques islamiques pourraient donc potentiellement être repris dans d'autres contextes et s'appliquer à un public plus large que les seuls musulmans. Au final, plutôt que de réceptionner

⁸⁴ Pour prendre l'exemple du droit belge, le droit d'enregistrement pour la constitution d'une hypothèque habituelle s'élève tout de même au total à 1,3% de la valeur de l'immeuble (art. 87 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe)

⁸⁵ Voy. *Finance éthique et finance islamique : quelle convergence ?* Les cahiers de la finance islamique, n°1, école de management de Strasbourg.

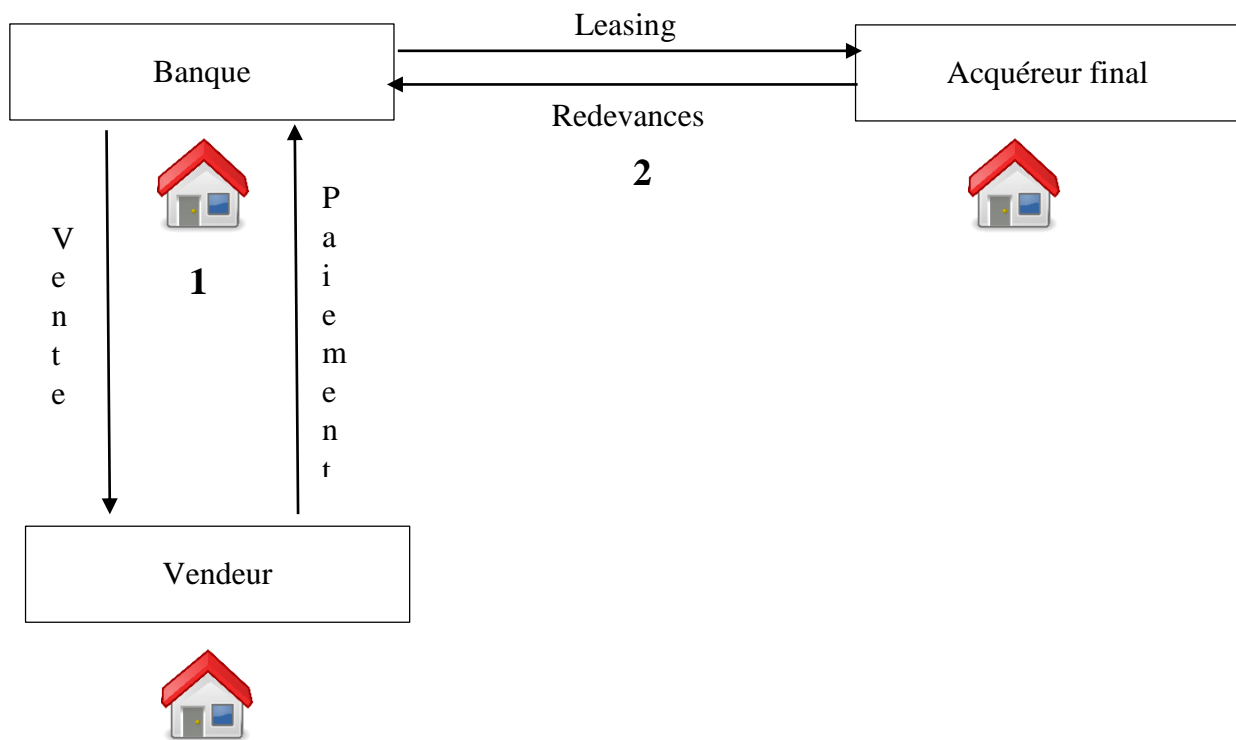
tels quels les produits financiers islamiques au sein des droits occidentaux, il s'agirait de faire le chemin inverse et de s'adapter à chaque ordre juridique en inventant des mécanismes juridiques « hybrides » basés sur les législations nationales, mais inspirés de la *Lex mercatoria islamica*. Dans cette hypothèse, à la place d'une relevance par réception, qui encadrerait strictement la *Lex mercatoria islamica* par un régime assorti de formes spécifiques, une relevance par prise en considération serait privilégiée, car il reviendrait alors au seul juge national de se référer aux principes issus de la *Lex mercatoria islamica* pour trancher d'éventuels litiges, conformément à l'intention des parties.

Section 2 : Etude de cas sur l'intégration de la finance islamique en droit belge

Dans cette section, nous prendrons comme exemple la Belgique pour concevoir des mécanismes juridiques en matière de vente immobilière qui, basés sur le droit belge, puissent prendre en considération les principes de la *Lex mercatoria islamica*. Ces mécanismes « hybrides » devront remplir deux conditions : être compatibles avec les principes économiques musulmans, dont le procédé de la cession de crédit, et être fiscalement neutres.

Nous avons déjà exposé, dans la précédente section, que le principal obstacle juridique aux produits islamiques était la double taxation, en matière de droit d'enregistrement. Dès lors, il convient de passer en revue plusieurs mécanismes qui permettraient de conserver un double transfert de propriété, indispensable pour respecter la *Lex mercatoria islamica* et le principe de répartition équitable des risques, tout en évitant cette double taxation.

Le premier mécanisme auquel on pourrait penser est celui du leasing, qui est d'ailleurs connu au sein de l'économie musulmane sous le nom de l'*ijara*, et peut être représenté par le schéma qui suit :



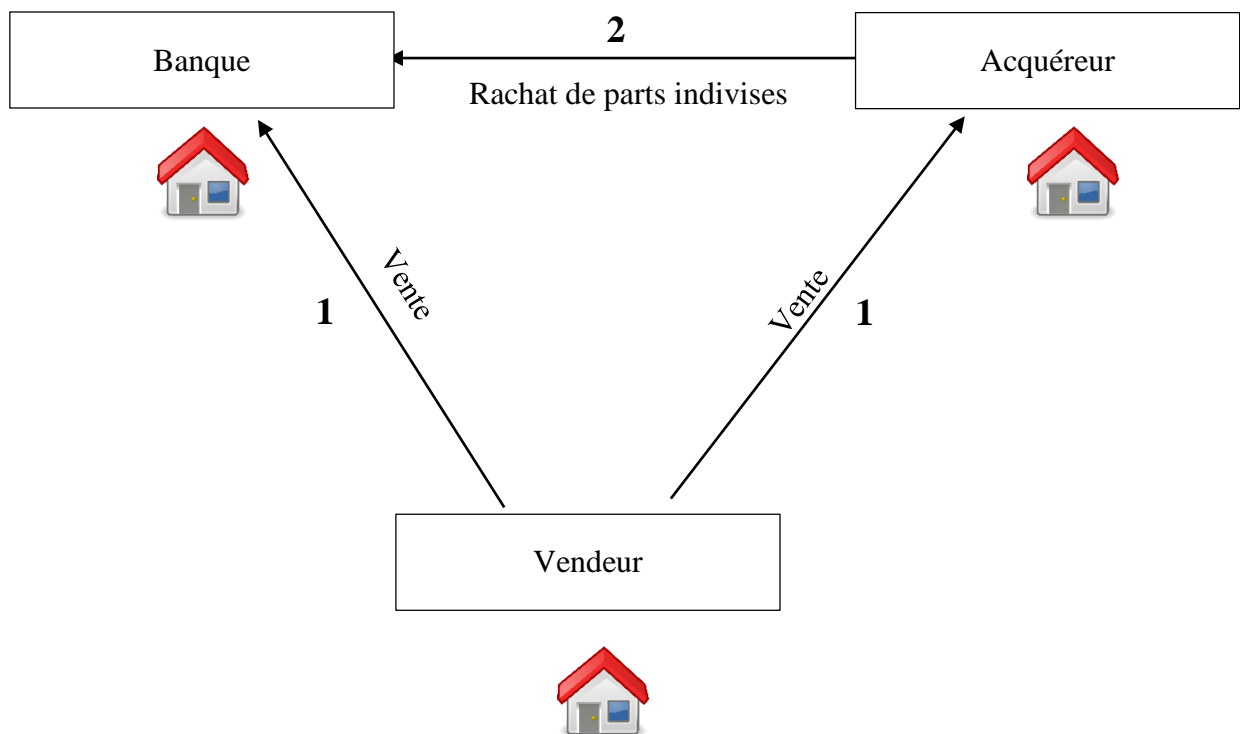
Chronologie :

1. Achat du bien (ici un immeuble) par la banque auprès du vendeur.
2. Le bien (immeuble) est concédé en leasing à l'acquéreur final avec une option d'achat.

Ce procédé est souvent utilisé comme palliatif dans les droits étrangers, mais est-il réellement le procédé le plus adéquat en droit belge ? En réalité, cette technique n'est efficace que si l'on est en présence d'un immeuble neuf, car, sous certaines conditions strictes, on peut alors bénéficier du régime de la TVA, nettement plus favorable. Dans le cas contraire, le droit d'enregistrement s'appliquerait deux fois, et on serait à nouveau en présence d'une double taxation. En outre, les clauses habituellement reprises dans les contrats de leasing transférant presque l'intégralité des risques, en matière de réparations par exemple, ne peuvent être acceptées en vertu du principe de répartition équitable des risques. Un autre inconvénient est l'absence de transfert de propriété immédiat auprès de l'acquéreur final, ce qui empêcherait la mise en pratique d'une cession de crédit, l'emprunteur ne pouvant revendre un bien dont il ne possède pas la propriété.

C'est pourquoi, le mécanisme de l'indivision est peut-être plus intéressant, car le droit d'enregistrement est alors de seulement 1 à 4 % en cas de rachat de parts indivises. L'acquéreur final pourrait alors acheter l'immeuble en indivision avec l'institution bancaire et payer à terme

le rachat des parts indivises avec une marge à la banque. Ce mécanisme pourrait se structurer de la sorte :



Chronologie :

1. Ventes simultanées auprès de la banque et de l'acquéreur final d'une part du bien (immeuble) : situation d'indivision volontaire (815 cc).
2. Rachat de la part de la banque par l'acquéreur final. L'opération s'effectue sous la forme d'une vente à tempérament avec une marge supplémentaire au prix d'achat.

Attention toutefois à ne pas oublier l'article 113 du code d'enregistrement qui impose que la situation d'indivision doit apparaître simultanément dans le chef des deux parties pour pouvoir bénéficier des taux réduits. En conséquence, il convient juste de s'assurer que l'institution financière qui accorde le crédit et l'acquéreur final passe leur acte de vente respectif au même moment.

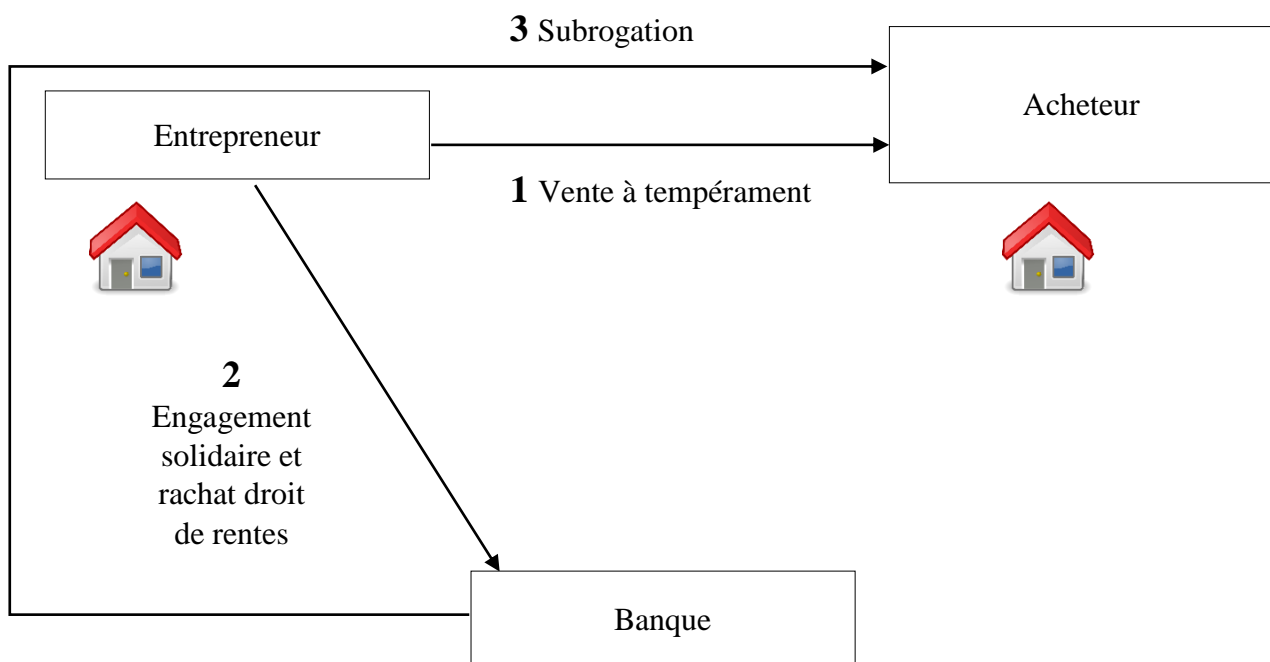
De plus, dans la mesure où il s'agit d'une indivision volontaire et non forcée ou fortuite, il n'y a pas de risque non plus de voir l'article 815 du code civil s'appliquer et permettre le partage forcé du bien à tout instant sur simple demande d'une des parties, ce qui compliquerait inévitablement la poursuite d'une telle opération sur la durée.

Enfin, cette technique possède également l'avantage d'être compatible avec la *Lex mercatoria islamica*. D'abord, parce que le mécanisme de l'indivision en lui-même est fortement valorisé au sein de l'islam comme mode de propriété collective, contrairement aux droits occidentaux qui favorisent la sortie d'indivision forcée (art. 815 code civil). Mais, l'indivision permet également d'impliquer directement l'institution financière au sein de l'opération de vente et respecte en conséquence le principe de répartition équitable des risques. De plus, l'emprunteur se voyant transférer la propriété comme dans l'hypothèse classique d'une double-vente de type *murabaha*, l'utilisation de la cession de crédit comme mode de sûreté est facilitée.

En outre, en cas d'opérations financières complexes, par exemple dans l'hypothèse où le rachat de parts pourrait se réaliser en plusieurs parties, il semble que le mécanisme de la société interne pourrait être assez utile afin de faciliter les relations avec des tiers. En effet, vu qu'il s'agit d'une société sans personnalité juridique, il n'y aurait aucun transfert de propriété, mais les parts seraient regroupées auprès d'une entité unique.

Toutefois, un dernier problème peut se présenter dans le cadre de prêt immobilier islamique, quid si l'emprunteur souhaite un supplément de crédit afin de rénover son immeuble par exemple ? Les instruments financiers présentés jusqu'à présent ne permettent que de reporter le paiement complet du prix, mais l'emprunteur ne reçoit aucune forme de capital ou de somme en liquide.

Le mécanisme de l'engagement solidaire semble idéal pour répondre à ce besoin spécifique et ressemble beaucoup au mécanisme de l'indivision. Il suffit alors à la banque de s'engager solidairement avec l'emprunteur auprès du prestataire de services ou du vendeur (s'il s'agit d'un meuble à acheter). La banque paie alors le créancier de manière anticipée, et via le mécanisme de la subrogation, récupère auprès de l'emprunteur final les sommes qu'il a engagées avec une marge. Ce procédé pourrait fonctionner conformément au schéma de la page suivante :



Chronologie :

1. Prestations de services avec paiement étalé et une marge
2. Engagement de la banque comme débiteur solidaire auprès du vendeur et paiement anticipé pour le montant du capital de base
3. La banque est subrogée dans les droits du prestataire de services pour le remboursement du capital investi et peut récupérer ce dernier grâce aux mensualités versées par l'emprunteur, avec une marge.

Ce procédé pourrait ensuite être également généralisé à la reprise d'actifs ou de crédits par d'autres institutions financières, tels des fonds d'investissement, et faciliter le transfert de créance entre institutions financières de manière à faire émerger un véritable marché interbancaire par exemple. Cette technique, quoique plus compliquée que la simple revente de la créance, permet cependant d'éviter tout problème quant à l'estimation de sa valeur et le risque d'entrer dans le champ de l'interdiction du *gahar* (incertitude) ou du *riba* (usure). En effet, il existe plusieurs controverses concernant la pratique de la revente de dette et sa conformité avec la pensée économique musulmane.⁸⁶

⁸⁶ M., El-GAMAL, *La banque et la finance islamiques*, éditions de boeck, 2012, p. 12.

Conclusion

Dans l'introduction de ce travail, deux interrogations avaient été posées : D'abord, peut-il émaner des principes juridiques musulmans un ordre juridique transnational à la *Lex mercatoria* et, dans un deuxième temps, quels seraient les rapports juridiques de cette *Lex mercatoria islamica* avec d'autres systèmes normatifs.

Quant à la première question, nous avons conclu à l'existence d'un ordre juridique transnational marchand, étanche vis-à-vis des différents droits religieux islamiques notamment au vu de l'aspect relativement lacunaire des livres sacrés musulmans en matière économique.

Toutefois, nous avons relevé une différence de taille entre la *Lex mercatoria* conventionnelle et la *Lex mercatoria islamica*. En effet, bien que la première soit également transnationale, elle se décompose en une multitude de lois marchande, régissant chacune un secteur d'activité particulier, alors que nous n'avons pas constaté une telle fragmentation concernant la loi marchande islamique. Au contraire, il semble qu'une *Lex mercatoria islamica* unique et homogène se soit constituée, probablement en raison du renouveau très récent de l'économie musulmane.

Mais de quelle façon ce « super ordre juridique » inspiré des principes économiques musulmans pourrait-il aider au développement de l'économie musulmane ? En d'autres termes, quels types de rapports juridiques envisagerait-on de nouer entre cette loi marchande islamique et d'autres systèmes normatifs ?

En guise de réponse, nous avons analysé en premier lieu les rapports juridiques entre la *Lex mercatoria islamica* et d'autres ordres juridiques musulmans. Dès le début de notre réflexion, nous avons pointé les dangers de récupération tant politique, que marketing auxquels l'économie musulmane devait faire face. En effet, l'interdiction du *riba* (usure) est souvent déformée de manière à signifier la prohibition de toute forme d'intérêt, et donc le rejet total du système économique conventionnel, dans un objectif de propagande politique déguisée. Cette « interprétation » excessivement formaliste, et historiquement erronée, est reprise avec beaucoup d'entrain par certains banquiers qui voient la finance islamique comme un simple artifice marketing, une pure question de forme. Ces récupérations en tout genre ont évidemment donné lieu à plusieurs abus, dont de nombreuses faillites.

Face à ces dangers de récupération, la *Lex mercatoria islamica* pourrait fournir une aide précieuse. Il s'agit d'un ordre juridique transnational totalement autonome, détaché tant des droits étatiques que religieux. De plus, cette loi marchande se fonde sur des principes généraux, comme le principe de la répartition équitable des risques et des profits, issus des usages économiques musulmans, permettant une réflexion de fond sur les spécificités de l'économie musulmane. Mieux encore, la *Lex mercatoria islamica* pourrait constituer le premier jalon vers une plus grande harmonisation des règles économiques musulmanes et favoriser l'émergence d'un véritable marché commun islamique.

Toutefois, la *Lex mercatoria islamica* n'est pas limitée au seul monde musulman. En effet, nous avons vu que ses principes fondamentaux ne remettent pas en cause l'économie de

marché. Dès lors, nous avons également envisagé les interactions possibles entre cette loi marchande et d'autres ordres juridiques de tradition non-musulmane. Au final, le mode de collaboration le plus efficace entre la *Lex mercatoria islamica* et les systèmes juridiques de tradition romano-germanique est probablement la relevance par prise en considération. Certes, une relevance par réception, accordant un régime spécial de faveur à la finance islamique aurait pu également convenir pour écarter les obstacles fiscaux. Toutefois, les banques islamiques devant supporter une charge de risque supplémentaire comparé aux institutions financières conventionnelles, un mécanisme de sûreté adapté aux exigences de l'économie musulmane est indispensable pour pallier à ce déficit concurrentiel. Or, la relevance par prise en considération semble idéale dans ce contexte, car plutôt que d'importer les produits islamiques tels quels dans l'ordre juridique national, ce type de relevance favoriserait la construction de mécanismes juridiques sur base des droits nationaux, tout en prenant en compte les principes de la loi marchande islamique. En d'autres termes, nous pourrions adapter la *Lex mercatoria islamica* en fonction du système juridique au sein duquel elle est amenée à s'appliquer.

C'est ainsi, que nous avons envisagé le mécanisme de la cession de crédit comme un moyen efficace d'assurer la continuité des opérations de crédit dans l'intérêt tant de la banque que de l'emprunteur, qui pourrait en cas de défaillance se désengager de son crédit en récupérant une partie du capital engagé.

Enfin, dans une dernière partie, nous avons tenté de mettre à jour plusieurs mécanismes « hybrides », comme l'achat indivisaire, ou bien la technique de l'engagement solidaire pour allier la législation belge à la *Lex mercatoria islamica*. Or, nous pouvons remarquer que l'économie musulmane présente de nombreuses similarités avec l'économie sociale. Dès lors, ces convergences pourraient-elles amener ces mécanismes hybrides à être utilisés en dehors du seul cercle musulman ?

En définitive, la *Lex mercatoria islamica* offre non seulement un cadre juridique flexible et harmonisé au développement de l'économie musulmane, mais pourrait également servir de pont entre les systèmes économiques conventionnel et islamique. Non seulement pour générer une cohabitation pacifique entre deux conceptions différentes de l'économie, mais surtout pour favoriser l'émergence de nouvelles pratiques économiques, dans de l'union des deux cultures juridiques et économiques, qui, malgré leurs divergences, n'en restent pas moins complémentaires.

Bibliographie

MONOGRAPHIES

- BALALA, M-F., *Islamic finance and law*, New-York, Tauris, 2011.
- BENYEKHLEF, K., *Une possible histoire de la norme les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Editions Thémis, 2008.
- BESSEDIK, A., *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Paris, université Paris-Est, 2013.
- BLANC, F-P., *Le droit musulman*, Paris, Dalloz, 2007.
- BLIN, P., « Islam, éthique et capitalisme à l'heure de la globalisation financière : l'hypothèse d'une troisième voix islamique en débat », Univesrité Lumière Lyon 2, Septembre 2012.
- CAUSSE-BROQUET, G., *La finance islamique*, Paris, éditions RB, 2012.
- CHARNAY, J-P., *L'esprit du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2008.
- DE PAGE, H., *Traité de droit civil belge*, Livre V des biens et des droits réels, pp. 651-655.
- DHAFER, S., *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Collection Les essentielles de la banque, Paris, RB éditions, 2009.
- EL-GAMAL, M., *La Finance Islamique aspects légaux, économiques et pratiques*, éditions de boeck, 2010.
- EL-GAMAL, M., *La banque et la finance islamiques*, éditions de boeck, 2012.
- ESSID, Y., *La face cachée de l'islamisation : la banque islamique*, éditions l'aube, 2016.
- FRANCOIS, L., *Le cap de tempêtes, essai de microscopie du droit*, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001.
- JAHEL, S., *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris, édition Panthéon Assas, 2012.
- JAUBERT-SNOUSSI, K., *La finance islamique*, Paris, La découverte, 2012.
- KURAN, T., *Islam and mammon*, Princeton university press, 2004.
- LE GOFF, J., *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, Collection Que sais-je, Paris, Presses universitaires de France, 2001.
- LONG, D., *Capitalisme et christianisme : 2000 ans d'une tumultueuse histoire*, Paris, Bourin, 2009.
- RAMELET, D., *Le prêt à intérêt dans l'Antiquité préchrétienne : Jérusalem, Athènes, Rome : étude juridique, philosophique et historiographique*, Genève, Schulthess, 2014.
- ROMANO, S., *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, trad. fr. L. FRANCOIS et P. GOTHOT.
- THIRION, N., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- THIRION, N., *Théories du droit : Droit, Pouvoir, Savoir*, éditions Larciers, 2011

- TOUSSI, A., *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- TOUSSI, A., *La banque dans un système financier islamique*, Paris, L'Harmattan, 2010.

ARTICLES

- ABOZAID, A., « Modes de financement islamiques contemporains : entre les spécificités techniques des contrats et les objectifs de la Chari'ah », *Etudes en économie islamique*, Vol. 5, Nr.1, Décembre 2011, pp. 21-43.
- ALIOUI, F., « La finance islamique, des fondements au système », *Management interculturel*, Vol. XVII, Nr. 1 (33), 2015.
- ALLARD, P., « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche », *Revue française d'économie*, 2010, issue 4, p.10.
- AZIM ISLAOUI, A., « The genesis of islam economics »
- BA, I., « PME et institutions financières islamiques », *Services financiers et allègement de la pauvreté*, Document de travail N°6, 1994.
- FACCHINI, F., « Islam and private property », 2007, disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00270475>.
- JACQUES-MIGNAULT, R., « La place de Paris : Prochain hub de la finance islamique en Europe ? », *La revue Sorbonne OFIS*, Novembre 2014.
- JAHIEL, S., « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 55, Nr. 1, 2003, pp. 105-122.
- KURAN, T., « The genesis of islam economics : A chapter in the politics of muslim identity », *Social research*, Vol.64, Nr. 2, Summer 1997.
- « La Finance islamique quelles perspectives pour la Belgique ? », sous la direction de I. KARICH, *Dossier ABPM*.
- MANSET, C., et BERWART, J., (directeur de mémoire), « La finance islamique : ses principes, ses produits, ses banques et son avenir en Belgique », Université de Liège, 2009.
- MEUNIER, F., « L'énigme des rentes perpétuelles », disponible sur www.voxfi.fr
- MUNRO, J., « The medieval origins of the Financial Revolution : usury, rentes, and negotiability », *The international history review*, Vol. XXV 3, pp. 505-756.
- ROUX, M., « Finance éthique, finance islamique : Quelles convergences et potentialités de développement dans la banque de détail française ? », *La revue des sciences de gestion*, 2012, issue 3, p. 103.
- SIDDIQ, M., « Al-Gharar in contracts and its effects on contemporary transactions », Eminent scholars' Lecture series, édité par Islamic Development Bank, n°16.
- THIRION, N., « Codes des sociétés et codes de corporate governance : quelles interactions ? », *10 ans d'entrée en vigueur du code des sociétés*, éditions Kluwer, 2011.
- VERRIER, R., « Apports nouveaux de la pensée économique de l'islam », *Mélanges offerts à Roger Prouteau*, 2004.
- VIRGINIE, M., « La finance islamique : un nouveau pas sur une finance éthique ? », *Annales des mines- Gérer et comprendre*, 2012, issue 2, p. 15.
- ZEYYAD, I., « La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France », *Revue du droit des affaires*, Vol.8.

Annexes

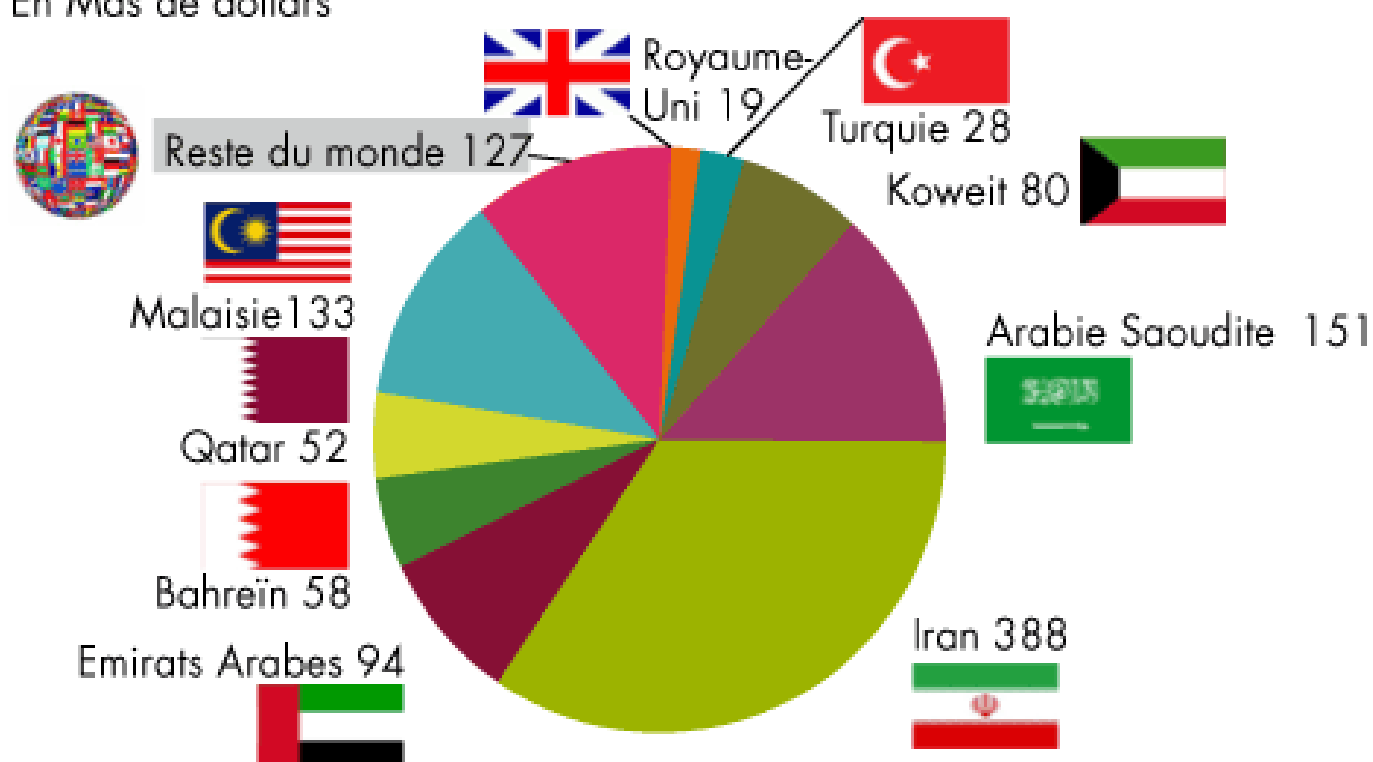
ANNEXE N°1 : RÉPARTITION DES DIFFÉRENTES ÉCOLES D'INTERPRÉTATIONS MUSULMANES (MADHHAB) DANS LE MONDE



ANNEXE N°2 : RÉPARTITION DES ACTIFS ISLAMIQUES EN 2010

REPARTITION DE L'ENCOURS DES ACTIFS ISLAMIQUES EN 2010

En Mds de dollars



Source : Ernest&Young, Les échos, Arte