

***Banques islamiques:
l'œuvre inachevée***

Ibrahim Taouti

* Voir la liste des termes du droit musulman des affaires utilisés en fin de texte. Les notes de renvoi sont en marge.

Sommaire

1. Introduction

2. Défis que les banques islamiques devaient relever à l'origine

3. Principes appliqués par les banques islamiques

3.1 Principe du profit légitime

3.2 Principe de liberté d'initiative

3.3 Principes d'équité et d'équilibre des intérêts

3.4 Techniques islamiques appliquées

4. Evaluation critique de la démarche initiale

5. Cadre normatif de l'activité des banques islamiques

5.1 Obligation de respect du droit étatique

5.2 Autres obligations: les responsabilités

5.2.1 Responsabilité à l'égard de l'être humain

5.2.2 Responsabilité à l'égard de la planète

5.2.3 Responsabilité à l'égard de la faune et de la flore

5.2.4 Responsabilité à l'égard de la sphère économique

6. Les défis du XXI^e siècle

6.1 Un défi essentiellement normatif

6.2 La demande éthique des sociétés civiles

6.3 La demande gouvernementale

6.4. La demande des milieux d'affaires

6.5 La demande de financement dans les pays en développement

7. Comment relever le défi normatif ?

7.1 Le devoir des banques islamiques

7.1.1 L'adoption d'une stratégie proactive

7.1.2 Relever le défi de la communication

7.1.3 Relever le défi de l'ouverture à l'autre (coopération)

7.2 Le devoir des Etats

8. Bonne gouvernance et responsabilité sociale

8.1 Nécessité de l'autorégulation

8.2 Nécessité d'une stratégie de bonne gouvernance/ responsabilité sociale

8.3 Le gain escompté après l'adoption de la stratégie préconisée

9. Conclusion

Mots clés

1. Introduction

Les banques qui se déclinent tant au niveau de leur nom que de leurs statuts par leur 'islamité' comme base et justificatif de leurs activités n'ont pas achevé leur mission. Leurs leaders avaient exprimé assez tôt cette conscience qu'une croissance sans spiritualité risque de fragiliser l'humanité à long terme. Si le constat du vice-président de la Banque mondiale, Jean-Louis Dherse, disant que: «L'éthique sauve du chaos» est venu des années plus tard confirmer leur mot d'ordre, les banques islamiques se sont malheureusement arrêtées à mi-chemin du projet initial.

Après un départ fulgurant du projet¹, qui promettait d'embrasser plus amplement la perspective de développement, et la multiplication des institutions financières islamiques, comme les banques islamiques spécialisées dans l'investissement, les assurances mutuelles (takaful) ou les fonds mutuels de placements islamiques, l'audace des banques islamiques s'est peu à peu estompée et la routine s'est installée.

Leurs concurrentes, les banques classiques, ne se sont pas croisées les mains. Elles ont vite réagi et innové, en créant des guichets d'opérations islamiques et en adoptant de nouvelles techniques d'épargne et de son utilisation, en étoffant aussi leur marché par l'offre de nouveaux services venant remplacer peu à peu le prêt à intérêt, dont la part dans leur chiffre d'affaires diminue.

Ce sont des obstacles structurels ainsi qu'une politique réactive qui empêchent l'expansion des banques islamiques. Ces obstacles sont essentiellement dus au fait qu'elles ont limité leurs pratiques à l'aspect purement financier. Elles ont aussi limité leur marché aux pays islamiques ou à forte majorité musulmane, tant pour capter des fonds disponibles que pour répondre aux besoins de financement. Elles ont adopté une démarche faisant de la Shari'a plutôt un ensemble d'interdits que des principes d'action.

Pourtant, la Shari'a n'est pas un mécanisme de censure comme on le verra. Elle est plutôt un cadre d'action qui va au delà du domaine purement économique. L'Islam est moins une religion de réaction que le cadre et l'esprit d'une démarche pro et inter-active. Son contenu normatif en matière de management et de développement économique et social permet d'explorer, dans la transparence, une toute autre manière de faire les choses.

La démarche défensive, prudente par nature, prédispose au court terme, empêche une participation plus efficace au développement et risque de détourner une clientèle devenue, avec le temps, plus exigeante. La masse monétaire et les instruments financiers se déplacent de plus en plus vers les activités spéculatives en délaissant les secteurs de production de biens et services. Si les banques islamiques sont vraiment orientées vers le profit de façon islamique, et si elles travaillent avec le Qur'an d'une main et la calculatrice de l'autre, on doit honnêtement constater, pour paraphraser un auteur algérien, que la calculatrice est complètement utilisée et donne tout son potentiel, mais ce n'est malheureusement pas le cas avec le Qur'an.

Par ailleurs, les banques islamiques communiquent mal. Leur discours est destiné aux croyants, sans expliquer d'ailleurs leurs activités autrement que par l'évitement de l'interdit. Leur développement, notamment international, est donc limité tant qu'elles n'offrent pas une plate-forme commune avec les milieux non islamiques. Le non musulman, client ou partenaire, ne comprend pas pourquoi la banque islamique serait meilleure que la banque classique; il ne saisit pas les avantages de la banque islamique par rapport à sa banque traditionnelle.

Si les banques islamiques ne modifient pas leur attitude actuelle, globalement réactive et routinière, elles risquent de stagner ou, au pire, de régresser en raison de nombreux facteurs structurels comme la globalisation, la concentration des richesses, l'augmentation concomitante de la pauvreté, le développement technologique et son usage inégal ainsi que la mondialisation des droits humains. Ces facteurs posent de nouveaux défis et exigences auxquels des banques de renommée mondiale et de nombreuses entreprises occidentales ont répondu avec succès en définissant et en appliquant des normes de bonne gouvernance et de responsabilité sociale.

Cet article tente de répondre à la question de savoir quels seraient les aspects pro-actifs d'une stratégie qui ne se contenterait plus de proclamer sa profession de foi musulmane. En d'autres termes, nous proposons de compléter le triptyque actuel des banques islamiques s'exprimant par le principe de Partage des Pertes et des Profits (PPP) par un nouveau fondement exprimant la responsabilité sociale: Profit, Population et Planète (PPP). Profit parce que l'objet de toute entreprise économique est d'en faire; Population parce que l'humain doit être au centre des préoccupations du manager et Planète parce que l'aménagement de celle-ci doit traduire l'originalité de la conception de l'entreprise islamique par rapport à l'environnement. En l'occurrence, nous faisons référence, en l'adaptant à la Shari'a, au concept de responsabilité sociale (sociétale) des entreprises (RSE). Ce concept est basé sur la notion de développement durable et a été formalisé à l'occasion des travaux de la Commission Mondiale sur l'Environnement et le Développement en 1987. Il se définit comme "un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs". Il favorise, dans la recherche du profit, la promotion et la prise en compte des vertus pour le bien des êtres vivants et de l'environnement. Il intègre donc une triple responsabilité : la dimension économique (efficacité et rentabilité), la dimension sociale (respect de la dignité humaine) et la dimension environnementale (respect de la planète). Depuis le sommet de Rio le triptyque des trois 'P' sont la base de la stratégie de la RSE. Par exemple, les salariés placés dans des conditions favorables (qualité du management, environnement de travail, incitation à l'autonomie, formation, rémunération, culture d'entreprise et valeurs communes, etc.) améliorent leur façon de travailler, ce qui éliminera le risque social.

2. Défis que les banques islamiques devaient relever à l'origine

Les leaders à l'origine des banques islamiques n'avaient pas la tâche facile, d'autant plus que la majorité des gouvernements, des banques centrales et autres autorités monétaires dans les pays musulmans ou à majorité de musulmans se montraient réticents à l'idée d'une banque sans intérêts. Ces pays avaient et continuent dans leur majorité d'avoir des réglementations traditionnelles favorisant les banques classiques, qui disposaient jusque là du monopole de l'activité de financement de l'économie. Pourtant, l'intérêt macro-économique pour les Etats de la banque islamique par rapport aux banques classiques est évident. Au plan macro-économique, en effet, tout financement islamique est basé sur une transaction ou un cycle réel de biens et de services auxquels correspond un cycle financier. Par comparaison, le financement par une banque classique est un jeu d'écritures comptables, une création, en soi, de monnaie scripturale, en plus de l'intérêt s'ajoutant au montant prêté, ce qui augmente la masse monétaire disponible dans la société et a donc un effet inflationniste. Inversement, les avantages de la réglementation traditionnelle ne profitent pas à la banque islamique. Par exemple, en matière de politique

monétaire et de crédit, le recours au refinancement de la Banque centrale, au marché monétaire et au système de prêts interbancaires ne sera pas permis à la banque islamique en raison des implications du taux d'intérêt.

Les lois nationales épousaient à l'origine la répartition fonctionnelles des institutions financières classiques en séparant la fonction de dépôt à vue ou à terme (banques commerciales classiques et caisses ou associations d'épargne et de crédit), celle d'épargne conventionnelle (compagnies d'assurances et fonds de retraite) et celle d'investissement (fonds mutuels et banques d'affaires). A chaque type de fonction correspondent des règles spécifiques avec interdiction de cumul. Cependant, les opérations de fusion et la globalisation des marchés avec ses corollaires de fusions, de dé-spécialisation et d'internationalisation ont imposé, de plus en plus, la banque universelle qui regroupe toutes ces fonctions, favorisant ainsi la concurrence des banques et organismes financiers classiques. Or, les pays islamiques n'ont généralement pas suivi cette évolution; leur réglementation reste généralement celle qu'elles avaient déjà depuis quelques décades.

Les difficultés sont d'autant plus difficiles à surmonter pour les banques islamiques, qui opèrent dans plusieurs pays, qu'elles doivent appliquer des règles nationales différentes. Ceci leur pose - comme à toute entreprise multi ou transnationale - des problèmes d'adaptation, de comparabilité et de transparence. Les fortes différences économiques, sociales et culturelles, notamment les différences dans la perception de la morale, du rapport des agents économiques aux institutions administratives, de revenus, de législations du travail, de libertés ou de traditions syndicale, de conceptions du travail, des formes de solidarité et des fonctionnements familiaux sont des facteurs de diversité des stratégies possibles d'adaptation aux régulations nationales.

D'emblée, cette somme de difficultés dues à un milieu globalement non islamique a conduit les initiateurs du projet de banque islamique à se concentrer sur les exigences minimales et pragmatiques de la survie financière, de la pérennité de l'idée et donc la recherche du profit dans les limites de ce que permet la Shari'a. Comme toute entreprise économique, la vocation d'une banque islamique opérationnelle est d'abord de produire de la plus value ; elle doit donc être une entreprise financièrement viable selon le critère du bénéfice comptable.

Au plan de la technique financière, ce qui aurait du être une démarche solidaire des parties prenantes induite par l'intérêt commun partagé (dirigeants, actionnaires, salariés, clients, fournisseurs, pouvoirs publics, etc.) se réduit essentiellement au rôle d'intermédiaire entre le capital et l'effort humain, c'est-à-dire à une forme de contrat de commandite entre détenteur de capitaux et détenteurs de projets économiques. La banque islamique est, en effet, le lieu de rencontre des facteurs de production de base (le capital et le travail). Les activités sociales et de bienfaisance ne font pas partie d'une stratégie d'ensemble et n'occupent qu'une place accessoire, essentiellement pour l'usage des produits de la zakat, un impôt rituel pour lequel la banque est généralement mandatée afin de le calculer et le distribuer, en sus du sien propre.

Forcément, la vision des initiateurs de la banque islamique s'est concentrée et limitée à ce qui fait la différence technique principale par rapport à la banque non-islamique: éviter les modes de financement interdits (l'intérêt bancaire classique) et les activités interdites (financement de produits interdits - haram - res nullius). Le court terme avait pris le pas sur le long terme et l'aspect financier avait caché tous les autres aspects, notamment sociaux et écologiques des investissements et activités soutenues.

De la deuxième moitié des années soixante-dix aux années quatre-vingt, le développement stupéfiant des banques islamiques était visible dans les pays arabes et islamiques. L'idée répondait à de réels besoins éthiques, sociaux et économiques. Une nouvelle frange de clientèle bancaire jusque là en marge apparaît. Tous les musulmans qui s'abstenaient de traiter avec les banques classiques, de peur de commettre le péché du 'riba' tant pour déposer leurs fonds ou pour investir que pour chercher des financements adéquats, ont immédiatement soutenu l'idée d'une banque islamique.

Très vite, dans de nombreux pays, les institutions islamiques étaient souvent les plus dynamiques et les plus innovantes², et ce, malgré les défis d'ordre économique, politique et administratif. Mais alors que de nombreux indicateurs montraient une croissance fulgurante des banques islamiques, leurs capitaux et leurs réserves ont stagné à partir de la moitié des années 1990, puis ont commencé à décliner pour avoir atteint les limites structurelles d'une part de leurs marchés devenus traditionnels et, d'autre part, de leur propre politique réactive et prudentielle.

Certes, les banques islamiques avaient donné naissance à une intense activité doctrinale et opérationnelle et capté l'épargne, procédé à son utilisation dans les opérations commerciales et dans les financements sociaux et économiques. Elles avaient aussi réussi à drainer la zakat - promettant son usage conformément à la Shari'a - et pratiqué la bienfaisance solidaire en fournissant des financements à des personnes et communautés défavorisées, exclues par les conditions de marché.

Elles avaient régénéré le droit musulman et la théorie des contrats en offrant des produits financiers basés sur l'intermédiation dans l'achat/revente à terme (murabaha), l'association (musharaka), la commandite (mudharaba), la location avec option d'achat ou non (ijara), le contrat d'entreprise (istisna'e), etc. Au plan de la technique financière, les banques islamiques avaient révolutionné les pratiques classiques en ajoutant la perspective de l'interdiction de l'intérêt fixe et prédéterminé (riba), l'encouragement du partage équitable des risques et des bénéfices (al Ghunm bil Ghurm) et celui du partage de responsabilités.

Parallèlement, des fonds islamiques, des indices boursiers, comme l'indice Dow Jones du marché islamique, et des services de notation ont été créés. Les instruments monétaires ont réintégré leur fonction naturelle, en tant que moyens de valorisation et d'échange, soustraits de la spéculation.

Elles avaient naturellement suscité l'intérêt hors des pays musulmans; leur création avait enclenché une extraordinaire activité intellectuelle en Europe et en Amérique. Il y a une dizaine d'années, l'hebdomadaire Al-Muslimun³ rapportait que les conférences et séminaires organisés par les banques islamiques étaient envahis par des étrangers de plus en plus intéressés. Dix rencontres pour la seule année 1994 a vu la présence d'académiciens et de banquiers professionnels de renom venus pour écouter et apprendre ce qu'est une banque islamique. Les universités européennes et américaines ont inauguré de nouveaux enseignement sur l'économie et le droit islamiques: la London School of Economics, l'Université de Loughborough au Royaume Uni, les Facultés de droit et d'économie de Rice, ou encore de Harvard, qui a disposé d'un budget d'un demi million de dollars pour des recherches sur ces thèmes.

Les banques islamiques avaient donc fait l'objet dès le début d'une rude concurrence. Elles avaient conduit les banques commerciales classiques à réorienter partiellement leurs activités, et attiré l'intention de ces dernières pour récupérer l'épargne disponible dans ce nouveau marché, notamment lors du premier bond des prix du pétrole dans les années 1970. Les banques classiques fonctionnant depuis le Moyen-âge sur la base de l'intérêt bancaire avaient été obligées d'ouvrir des guichets et des comptes islamiques fonctionnant sans intérêt, afin de drainer l'épargne des musulmans et d'économiser les intérêts que ces derniers refusaient de prendre. On assistait à l'explosion des guichets islamiques, des agences spécialisées et des départements bancaires islamiques au sein même de banques classiques qui ont, en outre, installé des organes de consultation en Shari'a. Les banques comme Chase Manhattan Bank, Morgan Stanley Bank, City Bank, Clenworth Benson, l'Ino-Suez, Goldman Sakh, HSBC, Dresdner Bank, l'Union des Banques Suisses (UBS), BNP Paribas et Société Générale, etc. pratiquaient des opérations bancaires islamiques au sens où on entendait cette qualification. Cet intérêt, bien que moindre, est toujours d'actualité comme le montre un récent exemple: la Banque publique japonaise de coopération internationale (Jbic) a lancé ses premiers «sukuk» en janvier 2007 en collaboration avec la Banque centrale de Malaisie. Selon le Financial Times du vendredi 18 août 2006, la Jbic a mis en place un comité de spécialistes du droit islamique et espère lever entre 300 et 500 millions de dollars.

Des organismes tels que le fournisseur principal d'index global Dow Jones et le Groupe SAM, qui est un pionnier dans l'investissement durable, ont mis en place, le 23 janvier 2006, le premier index au monde qui lie les principes d'investissement islamique et des critères de durabilité en combinant la méthodologie aujourd'hui bien établie des indices Dow Jones du marché islamique et des index Dow Jones de Durabilité. L'index Dow Jones de Durabilité du marché islamique représente les entreprises compatibles avec les principes islamiques d'investissement et, en même temps, sont les chefs de file des entreprises durables. Pour figurer sur l'index, ces compagnies doivent faire partie aussi bien de l'indice Dow Jones du marché islamique que de l'index Dow Jones mondial de durabilité. 105 compagnies sont actuellement incluses dans l'index et sont éligibles aux investisseurs qui désirent appliquer des critères islamiques aussi bien que des critères de durabilité dits de Best Class.

3. Principes appliqués par les banques islamiques

3.1 Principe du profit légitime

Contrairement aux autres religions, l'activité commerciale et le gain sont considérés avec faveur par l'Islam⁴. Le Prophète Muhammad (Prière et Salut d'Allah sur lui, ci-après SAWS), sa première épouse Khadija et bon nombre de ses compagnons étaient de grands marchands. La recherche du profit légitime, dans le cadre de la Shari'a, est déjà parfaitement intégrée à l'éthique des banques islamiques. A titre comparatif, selon le décret de Gratien "le marchand ne peut plaire à Dieu, sinon difficilement"⁵, car à ses débuts le christianisme méprisait l'argent, idéalisait la pauvreté⁶ et accusait le commerce de satisfaire l'esprit de la convoitise et du lucre. Max Weber soutenait l'idée d'une corrélation étroite entre l'éthique de la réforme protestante et l'esprit du capitalisme⁷, disant que réussir dans les affaires, c'est marcher dans l'œuvre de Dieu⁸. Cette nouvelle doctrine rompt définitivement avec l'idéal de pauvreté prôné au début du christianisme⁹, allant jusqu'à manipuler les Evangiles pour justifier le prêt à intérêt¹⁰.

3.2 Principe de liberté d'initiative

L'islam garantit la liberté de marché¹¹. La liberté contractuelle est un principe fondé sur de nombreux versets du Qur'an¹² et sur la Sunna du Prophète (SAWS)¹³. Ibn Al-Qayim Al-Jowzi écrivait à cet égard, que: « dans la pratique rituelle (ibadate), le principe est la nullité sauf preuve textuelle qui ordonne (la pratique) ; inversement, dans les relations économiques et sociales (mu'amalate), le principe est la permissivité sauf preuve de nullité et d'interdiction formelle »¹⁴. Dès lors, sauf limitation textuelle dans la matière des rapports contractuels, tout ce qui est basé sur la volonté et le consensus est valide en raison de la liberté initiale¹⁵.

Le principe de liberté contractuelle dans le cadre normatif de la Shari'a permet de dépasser l'attitude négative et réactive. Il fonde et justifie l'acte positif créateur de richesses à condition qu'il soit intégré aux normes contractuelles de l'islam.

3.3 Principes d'équité et d'équilibre des intérêts

Pour assurer l'expansion du droit des affaires, la Shari'a ne se limite pas à la prohibition du prêt à intérêt prédéterminé, et à l'encouragement de l'action caritative du prêt de bienfaisance et de l'aumône. Elle interdit la thésaurisation de l'argent¹⁶ et incite pour son usage avec partage du profit tout en acceptant le partage du risque des pertes. Elle prohibe le monopole, ce qui implique la liberté du marché et une organisation politique rejetant la corruption, le clientélisme et le népotisme. Le fiqh a développé une théorie des contrats dont l'objectif est d'éliminer l'incertitude préjudiciable à la clarté des obligations ou aléa (gharar)¹⁷ et d'insister sur le respect de la parole donnée, sur l'idée d'un juste équilibre des prestations, sur les devoirs de protection du contractant le plus faible et d'assistance et sur la nécessité de sanctionner l'abus de droit, l'enrichissement sans cause et sur la réparation de tout préjudice causé à autrui¹⁸.

3.4 Techniques juridiques

Le support juridique de l'activité des banques islamiques revêt de nombreuses formes définies par le fiqh. L'engagement (contractuel) est un acte pris en considération par la Shari'a, et il est obligatoire d'en respecter les termes en vertu de l'injonction (taklif) formulée par le Qur'an (5/1): "Respectez vos engagements". Si les banques classiques utilisent la catégorie des prêts dont la garantie de remboursement, les risques et frais s'y rattachant sont supportés par l'emprunteur, les banques islamiques ne prêtent pas pour fonctionner¹⁹. Leur intervention est subordonnée à la conformité à la Shari'a du projet et ses modalités de financement, lesquels sont principalement liées à des biens matériels et prennent la forme de contrats portant sur ces biens. Souvent, l'intuitu personae où l'aspect personnel et psychologique prédomine caractérise ces contrats²⁰, dont le domaine concerne généralement les échanges (bouyu'e) de biens matériels (amwal pluriel de milk) et/ou utilités (manafi'e pluriel de manfi'a), les associations et sociétés (shirka) et la bienfaisance.

Habitué aux opérations bancaires classiques (prêts, avance en compte, escompte d'effets de commerce, affacturage, crédit documentaire, etc.) qui se résolvent tous par le versement d'un intérêt, le client non musulman n'est pas convaincu que la prohibition du riba n'est pas seulement détournée par les mécanismes associatifs, mudharaba ou musharaka et par les différents modes de crédit-associé à la vente, murabaha et bay' salm ou à la location, crédit-bail, lease-back, ijara, etc.

Or, une banque islamique s'associe, vend ou loue²¹ en utilisant les garanties liées à la propriété de ces biens²². Elle en subit les risques²³. Les techniques juridiques utilisées²⁴ sont principalement le crédit-bail (ijara; ijara wa iqtina), la prise de participations dans une société de fait ou de droit (musharaka ou mudharaba) et l'achat-revente avec paiement à terme convenu (ba'i salm) de biens existants (murabaha) ou à fabriquer (istisna'), ces deux dernières techniques pouvant d'ailleurs être combinées²⁵. Ainsi, étant donné que le transfert de ces biens est saisi par le droit étatique commercial, fiscal, etc., ces diverses modalités font que la banque islamique est exposée à des risques que la banque classique n'est pas habituée à prendre. En cas de résiliation du contrat, la banque islamique ne peut faire supporter une perte éventuelle à l'utilisateur qu'en prouvant la faute de ce dernier²⁶. Par comparaison, le banquier classique n'aura qu'à invoquer le simple retard ou défaut de paiement pour imposer une déchéance du terme et un remboursement anticipé, même si l'incident est hors du contrôle du client emprunteur²⁷.

4. Evaluation critique de la démarche initiale

Alors que dans l'idée de ses promoteurs la banque islamique visait "à promouvoir un ordre économique nouveau qui incarne les valeurs du message islamique" selon un auteur shiïte²⁸, ou la renaissance de la communauté musulmane (umma) par l'observance des interdits selon un auteur sunnite²⁹, la démarche initiale se positionnait sur une perspective doublement comparatiste.

La réalisation du projet se positionnait d'emblée par rapport aux banques classiques, afin de se démarquer des interdits pratiqués. Elle visait en outre la reproduction d'institutions financières de la première époque islamique. Or, ce faisant, la banque islamique devient la réplique d'un passé révolu et la duplication de la banque commerciale classique. Les techniciens de la banque islamique ne prenaient de la démarche intellectuelle des promoteurs que ce qui pouvait la différencier de la banque classique, le modèle 'à éviter' qu'ils connaissaient bien, étant donné que, en l'absence de banquiers islamiques expérimentés, les dirigeants et cadres se recrutaient dans le milieu bancaire conventionnel.

De fait, loin d'être une banque originale sui generis, c'est une entreprise qui ne dépasse pas les catégories culturelles et politiques de son pendant classique, avec usage du modèle des contrats du fiqh et de contrats modernes qui ne heurtent pas les règles de la Shari'a. Cette démarche aura des conséquences sur les politiques opératoires limitées au seul aspect financier, son impact et ses risques. Rien d'autre ne les distingue des banques classiques. L'émergence d'une entreprise musulmane qui ne soit la photocopie ni de celle occidentale, ni celle reproduisant mécaniquement la tradition, est un défi majeur qui doit être encadré par la Shari'a.

L'entreprise ou la banque islamique n'est pas seulement une banque classique ou d'affaires qui utilise des contrats tirés du fiqh pour qualifier ses opérations. Elle n'a pas une vocation exclusivement financière ; elle doit prendre égard aux conséquences de ses financements sur les populations³⁰ et sur l'environnement.

Son système de valeurs ne limite pas - ni ne se résume - à l'intermédiation entre ressources et objectifs légitimes (halal).³¹ Il invite au renouvellement des concepts. L'Imam Mahmud Shaltut (décédé en 1964) écrit: « Celui qui s'immobilise sur les opinions des prédécesseurs et se satisfait de leur savoir, de leurs connaissances et de leur système de recherche et d'enquête, commet un crime contre la nature humaine et prive l'homme du don de la raison qui le caractérise ». ³²

5. Cadre normatif de l'activité des banques islamiques

Le cadre normatif des banques islamiques devrait reposer, dans leur recherche du profit légitime, sur le respect dû aux êtres humains sans discrimination, à toute autre créature appartenant au règne animal ou à celui des plantes et à l'environnement. La prise en considération des dimensions cosmique et holistique de l'Islam, qui consacrent le rapport entre Le Créateur et la création, est à même de permettre de relever ce défi, tout en témoignant de la présence divine dans la multitude de ses aspects.

La distinction entre responsabilité à l'égard de l'humain et à l'égard de la planète est seulement indicative. Une zone grise leur est commune, expliquant que la catastrophe du Bophal en Inde, écologique dans son essence, avait, en l'espace de quelques heures, fait plus dix fois de victimes humaines que l'attaque des tours jumelles du World Trade Center.

5.1 Obligation de respect du droit étatique

Par ailleurs, un tel cadre normatif - propre aux banques islamiques - n'est pas exclusif d'autres normes qui ne le contredisent pas. A cet égard, aucune banque islamique n'est située hors d'un Etat et de son système juridique, en l'occurrence ses normes de droit impératif. Elles ont l'obligation de s'y conformer pour avoir le droit d'opérer.

Les banques islamiques ne peuvent se contenter de leur stratégie immobiliste d'exclusion basée sur l'interdit, ni même d'actions de mécénat, de distribution de bourses aux étudiants et de répartition de la zakat pour se proclamer éthiques. A cet égard, rien ne s'oppose à ce que les banques islamiques fassent du respect des conventions internationales qui les concernent un adjuvant à ce cadre normatif. Or, ces conventions internationales sont relatives aux droits humains tant que ces droits ne s'opposent pas à la Shari'a; elles sont aussi relatives à la protection de la nature, de la biodiversité; elles sont relatives à l'interdiction de la corruption, à la lutte contre le crime organisé, etc. Les banques islamiques peuvent classer toutes ces conventions en trois catégories: celles qui protègent les êtres vivants, particulièrement la personne humaine; celles qui protègent l'environnement et celles qui protègent la sphère économique du crime et du fonctionnement non-transparent ou criminel.

Une telle extension de leur cadre normatif répond d'ailleurs à un impératif de survie. Elles sont en tout cas obligées de respecter les lois du pays d'implantation.

Tant pour bénéficier du marché financier moderne, qui ne demande qu'à être séduit puisque des investisseurs institutionnels, des fonds de pension et caisses

de retraite sont de plus en plus sensibilisés aux placements éthiques, que pour faire bénéficier leurs partenaires, elles se doivent de donner une réponse ample, concrète et constructive qui relie leur éthique aux besoins exprimés. Leur réponse doit considérer la dimension éternelle de la croissance durable, qui permet de déconstruire les modèles économiques de production, de distribution et de consommation fondés sur la marchandisation du monde, modèles qui contribuent à la cassure, ou à la détérioration du rapport entre l'humanité et la planète. Le but des banques islamiques inclut leur obligation de da'wa, c'est à dire d'exemplarité. Elles doivent 'parler' le langage de ceux auxquels elle s'adresse comme le préconise le Prophète (PSASL). Or il est établi que le thème des droits humains revêt une importance capitale dans la langage contemporain. Il est également établi que la composante majoritaire des droits humains vient confirmer ce que la Shari'a a déjà consacré depuis quatorze siècles. C'est d'ailleurs une erreur de considérer les droits humains comme une invention purement chrétienne ou occidentale. C'est plutôt l'accumulation de normes issues des civilisations les plus significatives - y compris islamique - que l'Occident a su résumer et formuler.

Il existe d'ailleurs un préjugé dominant, en Occident même, selon lequel les musulmans ont tout à apprendre sur les droits humains, nés depuis la Magna Carta, la Charte royale des droits politiques concédés au 13^{ème} siècle aux barons anglais en révolte par le Roi John de Grande Bretagne. Mais c'est ignorer le patrimoine des vertus musulmanes. Que sait-on par exemple du Pacte des vertus (hifl al-fudhul) conclu en 590, soit sept siècles avant la Magna Carta, par plusieurs clans de la tribu Quraych, dans l'Arabie de l'époque? Ils s'étaient réunis et avaient prêté ce serment: « Par Dieu! Nous serons tous une seule main avec l'opprimé et contre l'opprimeur, jusqu'à ce que ce dernier lui rende son droit, et cela aussi longtemps que la mer restera capable de mouiller un poil et que les monts Hira et Thabir resteront sur place, et cela avec une parfaite égalité en ce qui concerne la situation économique de l'opprimé ». Le Prophète Mohammad (PSASL) en a dit: « J'ai assisté chez 'Abd-Allah Ibn-Gud'an à un Pacte tel que je ne voudrais pas l'échanger contre les meilleurs chameaux, et si j'étais invité à m'y conformer, maintenant que nous sommes en Islam, j'accepterais volontiers. » Rappelons aussi ce Hadith du Prophète (PSASL) prescrivant de porter secours tant à l'opprimé qu'à l'opprimeur. Quand l'une des personnes présentes demanda: « Messenger d'Allah, s'il est opprimé je le secours, mais s'il est oppresseur comment pourrais-je le secourir?" La Prophète a donc expliqué: "En l'empêchant d'opprimer", posant là la base moderne de toute la philosophie des ONG de droits humains. Outre les droits humains, le droit humanitaire moderne a aussi été connu et appliqué sur la terre d'Islam avant sa naissance en Europe. Le Croissant vert du désert (Khalawiyyah), formé de bédouins volontaires dispersés dans la Péninsule arabique, et qui soignaient sans discrimination les blessés des conflits tribaux, a bel et bien existé avant la Croix rouge internationale³³. Disons tout simplement que tout musulman a l'obligation coranique³⁴ d'ordonner le convenable et d'empêcher le blâmable, sans demander d'autorisation et sans violence. Dénoncer les violations des droits humains et des libertés est bien inhérent à l'Islam; et ce n'est pas l'attribut d'une élite mais le devoir de chaque musulman. Ce n'est donc pas une bid'a de se rapprocher les droits humains qui ne contredisent pas une norme islamique connue (ma'lum min addin bidharura).

Ici, une précision de taille s'impose: Il ne s'agit pas pour les banques islamiques de se conformer seulement au droit positif obligatoire dans les pays où elles opèrent. Elles doivent aller au-delà pour transcrire dans leurs codes les normes qui sont en adéquation avec la Shari'a et qu'elles peuvent extraire de la masse

des conventions internationales disponibles. Nous faisons référence en particulier, et sans que cette classification n'exclue l'inter-activité de ces rubriques:

1. dans la sphère purement économique, et en plus des lois locales portant sur la fiscalité, la lutte contre le monopole et autres législations obligatoires, aux conventions internationales des Nations Unies contre la corruption, contre le crime organisé, etc., ainsi qu'aux normes sur le commerce équitable.
2. dans la sphère des droits humains à la Charte des droits de l'homme, laquelle inclut la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes portant respectivement sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels. On doit y inclure les conventions de l'Organisation internationale du travail; et
3. dans la sphère de l'environnement aux Plan d'action de Johannesburg, à la Déclaration de Rio, à la convention internationale des Nations Unies pour la Biodiversité, etc.

En d'autres termes, il leur convient de dépasser ce qui est déjà obligatoire pour s'engager volontairement, par une stratégie pro-active et des politiques d'avant-garde dans toute voie favorisant l'application des buts (maqassid) de la Shari'a. L'attitude proactive préconisée répond d'ailleurs aux obligations qui pèsent sur tout musulman à l'égard de la création.

5.2 Autres obligations: responsabilités

5.2.1 Responsabilité à l'égard de l'être humain

Quelle que soit la compréhension du musulman du statut de la khalifatu fil-ardh, durabilité de l'humanité sur terre ou potentiel de puissance de l'homme sur terre, que certains légistes traduisent par 'second' d'Allah en référence à la personne humaine en général et au musulman en particulier, ce statut est une permission pour prendre toute initiative louable de développement (i'mar al-ardh). Le statut de khalifat que l'islam a donné à l'être humain a été décidé par Allah avant même la création d'Adam³⁵.

Il y a dans l'islam un sens fort de la dignité de l'être humain. Les êtres humains sont considérés - sans distinction - dignes d'estime en raison du fait que, selon l'islam, seul l'être humain a accepté parmi toutes les créatures de prendre la responsabilité du "don" du libre arbitre offert par Allah³⁶. L'être humain exerce le libre arbitre car il possède la raison qui le distingue des autres créatures³⁷. Bien que les êtres humains puissent devenir indignes, le Qur'an déclare qu'ils ont été faits "dans le meilleur des moules"³⁸, ayant la capacité de penser, d'avoir la connaissance du vrai et du faux, de faire le bien, d'éviter le mal et de se projeter dans le temps au-delà de la durée de vie. Ainsi, à cause de la promesse contenue dans l'être humain, à savoir, le potentiel de la khalifatu fil-ardh, l'humanité de tous les êtres humains doit être respectée et considérée comme une fin en soi.

Les buts (maqasid) de la Shari'a sur lesquels il y accord majoritaire de la communauté musulmane sont au nombre de cinq³⁹: protection de la religion, de la vie, de l'esprit, de la progéniture et de la propriété. On peut raisonnablement considérer que ces buts profitent essentiellement à l'être humain. Si les rapports

sociaux se dégradent, cela menace l'existence de la communauté, et donc son esprit, sa vie et sa religion. On peut également citer des versets concernant de nombreux droits spécifiques à l'être humain, dont la vie est sacrée⁴⁰; chaque vie vaut celle de l'humanité⁴¹. La personne humaine a droit à la dignité et au respect⁴². Le Qur'an accorde une place importante au devoir de rendre et au droit d'obtenir justice⁴³.

Pour répondre à ces obligations, la banque islamique doit faire sienne la théorie des 'parties prenantes' (stakeholders) affectées directement ou indirectement (dans leur sphère d'influence) par leurs activités et décisions, qu'il s'agisse des personnes positionnées à l'intérieur des banques ou à l'extérieur. Les banques islamiques doivent justifier et mériter le 'permis d'agir au nom des musulmans' et participer par leur comportement à la cohésion spirituelle de la communauté musulmane dans son ensemble (umma).

5.2.2 Responsabilité à l'égard de la planète

La responsabilité vis-à-vis de la création résulte du fait que l'être humain est titulaire d'un mandat de gestion du patrimoine pour son profit, d'un droit de jouissance, en ce qu'il a un statut de gardien et non de propriétaire des biens terrestres créés pour toute l'humanité, toutes générations comprises. Il y a donc une obligation de gestion en bon père de famille qui inclut celle de la conservation/protection de ce patrimoine à fructifier⁴⁴. L'Islam accorde beaucoup d'importance à la qualité et la pureté de la terre⁴⁵ et au concept de sa durabilité. Il y a maintes règles de droit islamique pour la préservation de la durabilité de la terre. Citons le Prophète Muhammad (PSASL), qui a indiqué que « si le jour du jugement vient, et si quelqu'un a une pousse dans sa main il devrait la planter ».

La valeur de l'environnement dérive d'Allah: s'il se dégrade, la vie, la propriété et même la religion seront compromises⁴⁶. Tout ce qui existe sur terre, dans les mers et dans les cieux est conçu comme un dépôt (amana) confié à l'humain, comme un don ('ata-un min Rabbika) mis à la disposition de l'humanité (taskhir) afin qu'elle en use dans un but de développement (i'mar) et sans abus (bil mizan)⁴⁷.

De nombreux versets du Qur'an peuvent être cités au sujet de ce don (taskhir) remis pour l'usage de l'humanité, citons en deux seulement : 45/13⁴⁸ et 31/20⁴⁹.

Ce don et cette liberté ont été présentés par Allah aux cieux, à la terre, et aux montagnes (Qur'an 33/72). Tous ont refusé par crainte d'Allah. L'humain a, par contre, accepté ; il doit donc les respecter sous son entière responsabilité (taklif). La gestion de la terre et ce qu'elle comporte est attribuée à la personne humaine aux fins de jouissance, de plaisir esthétique, de méditation et de dévotion. Instruit que l'eau est source de vie (Qur'an : « Au moyen de l'eau Nous donnons la vie à toutes choses » 21:30), de purification (Qur'an 8:11) et qu'elle sert d'habitat propice à la vie d'autres êtres vivants (Qur'an 16 :14 ; 5 :96) il comprend qu'elle constitue un droit commun pour l'humanité qui l'a en partage⁵⁰. Il est aussi instruit que l'air a des fonctions vitales et sociales (Qur'an 15:22), et que la protection de sa pureté participe à la conservation de la vie. Or ce qui conserve la vie est d'intérêt général et est le but (maqсад) de la Shari'a.

Par conséquent, les décisions prises dans les banques islamiques ou par leur sphère d'influence doivent l'être après évaluation de l'impact prévisible sur la création des opérations qu'elles initient, financent ou garantissent. Ces décisions

sont particulièrement ou par priorité celles relatives aux opérations d'investissement dans les infrastructures et les industries extractives.

5.2.3 Responsabilité à l'égard de la faune et de la flore

Toutes les espèces vivantes sont considérées par le Qur'an (6/38) comme étant des "communautés identiques" aux communautés humaines (umamun mithlakum). Les végétaux et les animaux sont des espèces comparables à l'humanité et ont donc une signification sacrée (Qur'an 22 :18 ; 6 :38). Existant pour elles-mêmes, ces espèces sont aussi au service de l'humanité qui doit en jouir en bon père de famille.

La création dans sa diversité et sa complexité est un vaste univers des "signes" de la puissance, de la sagesse, de la bienfaisance et de la majesté d'Allah. La création entière LUI rend hommage (Qur'an 59/24; 64/1). Cité par Jean-Paul Sartre, le philosophe Schopenhauer se plaignait de ce que le « Christianisme contient, de fait, des imperfections essentielles dans sa perception de l'homme et dans le refus de reconnaître des droits au monde animal »⁵¹.

Il n'en est pas de même en Islam, car Allah établit et assure l'équilibre entre toutes ses créatures, du plus petit particule aux vastes galaxies⁵². Il garantit la subsistance de toute créature vivante, de la flore et de la faune et chaque créature a un rôle qu'elle assume dans une voie pré-déterminée⁵³. Les musulmans connaissent les hadith du Prophète indiquant comment on peut aller au paradis en donnant à boire à un chien errant et comment on peut être condamné à l'enfer pour avoir emprisonné un chat, mort de faim.

Les décideurs de la banque islamique devront, lorsqu'ils auront à évaluer une opération quelconque ayant un incident sur le traitement des animaux ou sur les produits de la terre, considérer leur responsabilité et celle de leur sphère d'influence.

5.2.4 Responsabilité à l'égard de la sphère économique

Des responsabilités multiples pèsent autant sur les personnes que sur toute autorité publique. En Islam, si les humains sont égaux devant Dieu, égalité formelle, ils ne le sont point devant les richesses. L'Islam permet de gérer les inégalités et les contradictions par un système de protection/incitation, en condamnant l'oisiveté et la mendicité et en encourageant le travail soigné et la bienfaisance: « La main qui donne (haute) est préférée à la main qui reçoit (basse) ». Pour vivre pleinement cette vie terrestre, il faut travailler et faire des bonnes œuvres. Contrairement à l'approche chrétienne, l'Islam encourage la richesse et non la pauvreté (Qur'an: « Prends ta part et ta chance de cette vie »).

Pour répondre à cette responsabilité, le musulman est enjoint à favoriser la connaissance et les techniques. C'est la recherche de la vérité qui conduit à la foi et non l'inverse (c'est en cherchant à comprendre que l'on rencontrera Dieu) car la foi vient après la connaissance et ne la précède pas. Cette démarche de l'Islam est favorable à la science. La condamnation de l'innovation (bid'a) porte sur les préceptes du rite et non sur les règles de la vie matérielle. L'activité, le mouvement, la rationalité et le calcul économique sont encouragés par la religion musulmane par la sentence: « Déplacez-vous, vous y gagnerez ».

6. Les défis du XXIe siècle

6.1. Un défi essentiellement éthique

Les banques islamiques font face à de nombreux défis économiques, techniques et, surtout, un défi culturel. Elles évoluent dans un milieu qui ne leur est plus favorable⁵⁴, alors surtout qu'elles ont atteint les limites de leur aptitude à mobiliser des ressources supplémentaires, y compris celles des non musulmans réticents, et à créer de nouvelles activités économiques.

L'une des méthodes à même de résoudre ces défis à l'avantage des banques islamiques est l'adoption d'une stratégie pro et inter-active. Il s'agit de décoder les demandes qui émanent des sociétés civiles, des gouvernements et des partenaires et d'y répondre selon leur propre crédo. En l'occurrence, il s'agit de proposer de nouvelles solutions tirées de leur cadre normatif de référence. Le moment est propice en raison du fait incontestable que l'effondrement du mûr de Berlin, la dislocation du communisme, le recul du mouvement syndical, la déréglementation étatique, la privatisation généralisée, l'essor de l'individualisme, le développement des technologies de l'information et le dé-cloisonnement des sociétés et des valeurs morales, mais aussi la multiplicité des scandales humains et écologiques, ont accéléré le mouvement de recul de la légitimité du système libéral et accru la demande morale de solidarité.

Ce sont les mêmes défis qui se posent à toutes les entreprises de par le monde. En Occident, on tente de résoudre ce problème par le recours aux droits humains. Lorsque le gouvernement Sudafricain avait légiféré afin de faciliter la production de médicaments génériques au détriment des multinationales du médicament, celles-ci avaient porté l'affaire en justice en invoquant le droit de propriété intellectuelle. Or, le caractère endémique du Sida en Afrique du Sud posait le problème du droit à la vie. Comment résoudre le dilemme opposant deux droits? Un tel problème ne se serait pas posé pour une entreprise ou un pays adoptant la Shari'a, dont les buts (maqassid) classent le droit à la vie à un niveau supérieur que celui de protection de la propriété. Appliquée au monde de la finance, on a souvent avancé que c'est une illusion de vouloir moraliser les marchés financiers par l'introduction de critères non financiers fondés sur les seuls droits humains. Ces droits, on le sait, fonctionnent à l'intérêt conflictuel des partenaires. D'une part, un tel investissement normatif n'atteindra jamais la taille critique suffisante pour contrer les fonds spéculatifs et, d'autre part, il ne contient pas un mécanisme idoine qui permet de régler les dilemmes opposant deux droits humains ou qui préconise une hiérarchie. Or, outre le droit, la banque islamique doit se référer à la Shari'a pour réguler ses rapports avec autrui. Le propre de celle-ci est qu'elle n'a pas besoin d'une règle juridique extérieure à l'homme et dotée d'un système de sanction pour en assurer le respect. C'est en lui-même que le musulman trouve le fondement de son comportement éthique.

6.2 La demande éthique des sociétés civiles

Les revendications sociales dans les pays musulmans sont vitales pour leur existence avec l'apparition de problèmes comme ceux de l'eau, de la désertification, du chômage, des maladies, etc.

Les banques islamiques doivent aussi avoir à l'esprit que la religion musulmane est pratiquée dans de nombreux pays musulmans de façon primaire, fondée sur

des coutumes locales plutôt que sur la base de l'islam originel. La tradition populaire voit dans l'esprit d'entreprise une tendance au matérialisme, et seule la spéculation commerciale serait légitime à ses yeux. Ceci augmente la responsabilité des banques islamiques. La particularité de ces demandes ne doit pas occulter une demande qualitative que les entreprises classiques peinent à résoudre. L'élite des sociétés arabes et musulmanes exprime également une demande éthique; mais est-il suffisant d'entraîner les populations vers le boycott de produits pour marquer leur indignation?

L'appel du docteur Sami Hamud proposant à la Banque islamique de développement de prendre la responsabilité de son rôle de leader, notamment dans le commerce éthique, atteste de la prise de conscience de ces problèmes au niveau des banques islamiques.

Dans les pays occidentaux, et après les droits civils et politiques, puis les droits économiques, sociaux et culturels, la nouvelle génération de citoyen réclame des droits collectifs à la paix, à une économie solidaire, à l'information, à la santé, à une nature saine et préservée, à l'environnement, à l'accès aux biens communs de l'humanité, à la diversité culturelle et au développement des peuples ... Les moyens de communication instantanée favorisent la transparence et l'interchangeabilité des revendications. Toutes les sociétés civiles réclament de plus en plus un commerce plus équitable (manifestations au cours des sommets de Porto Allègre, Seattle, Gênes, etc.), que les peuples du monde peuvent suivre grâce aux médias et à Internet; des associations exigent des multinationales le respect des valeurs humaines et celui de l'environnement.

Après avoir épuisé l'usage du boycott, puis du "buycott", des mouvements se qualifiant de 'verts', qui est la couleur bénite des musulmans, attirent l'attention sur la responsabilité des multinationales sur les catastrophes humanitaires et environnementales. Bien vite, la dénonciation des entreprises s'est étendue aux banques qui les financent. La conscience publique n'est plus limitée par les frontières étatiques. Cette conscience s'est d'abord tournée vers les institutions financières internationales, qui bien vite se sont adaptées par le développement de politiques plus responsables. La critique se maintient donc davantage sur les banques publiques et privées dans leur rôle de financement de projets associés aux violations des droits humains; les banques sont de plus en plus visées.

Bien entendu, des régions géographiques et des filières économiques sont plus concernées que d'autres par ces critiques⁵⁵. La tendance est à la globalisation et à la transparence. C'est donc un lieu de défi pour les banques islamiques, appelées par le Qur'an à concourir pour le bien. Déjà, les organisations non gouvernementales internationales focalisent leurs critiques à l'égard des pays arabes pour la violation des droits politiques, et contre l'industrie pétrochimique principalement pour les atteintes massives à l'environnement.

6.3 La demande gouvernementale

Les gouvernements et leurs organisations régionales et/ou internationales sont sensibles à ces justes revendications. Les conférences de Rio (1992) et de Johannesburg (2002) exprimaient la nécessité d'imposer aux Etats de concrétiser les soucis du social et de l'environnement par des mesures concrètes, afin d'assurer un développement durable. Les organismes inter-étatiques, comme

l'Organisation des Nations Unies (ONU)⁵⁶avec le «Global Compact» ou pacte global, l'OIT avec sa Déclaration sur les principes et droits fondamentaux, l'OCDE et ses « lignes directrices » pour les multinationales, la Commission Européenne avec son « Livre Vert », etc., ainsi que les différents gouvernements⁵⁷multiplient les initiatives⁵⁸visant les milieux d'affaires afin de concrétiser le nouveau souci du développement durable.

Parce que le développement durable est transversal par nature, et qu'il pose un défi fondamental également aux organes de l'Etat (législatif, gouvernement et justice), qui doivent, au nom du bien commun, sinon imposer des contraintes, du moins, protéger la communauté et l'environnement, les gouvernements des pays islamiques ne pouvaient rester passifs devant le modèle économique et financier émergeant en rapport avec les normes internationales requises. Ce modèle tend à assurer, tant au niveau macro que micro économique, par l'inter-action entre les gouvernements, les entreprises et les sociétés la juste balance des intérêts respectifs dans l'action de développement durable. L'éthique transcende. D'autres motivations n'en constituent que des modes d'expression concrète: développement durable (El-tanmya al-mustadama), bonne gouvernance (El-hawkama Errachida) ou la responsabilité sociétale des entreprises (al-masulya al-mujtama'ia). L'enfant chéri a plusieurs noms.

La Déclaration sur le développement durable de la première conférence des ministres de l'environnement tenue à Jeddah (Arabie Saoudite) les 10-12 juin 2002 (29 rabi'e awal et 1 rabi'e thani 1423) proclamait en son article 6f, au sujet des défis du 21ème siècle, que: "La préservation de l'héritage de civilisation implique un rôle cardinal au développement durable, parce qu'il contribue à renforcer l'identité culturelle, à préserver ses spécificités, à la protéger de la fonte, à aider à forger une personnalité indépendante des individus et des groupes, à fournir une impulsion puissante à l'action développementale pour défendre la personnalité nationale et religieuse et pour sauvegarder le futur commun, à le soumettre à la contrainte du spirituel et des dimensions morales préconisées par les religions pour un impact positif en ce qui concerne le développement, le diriger vers le bien, le juste et la solidarité sociale".

Malgré son caractère défensif, cette déclaration renouvelle l'engagement des pays islamiques à traduire sur le plan local l'Agenda 21 du sommet de Rio sur l'environnement. Depuis le forum sur l'environnement selon une perspective islamique tenu, lui aussi à Jeddah, les 23-25 octobre 2000 (26-28 rajab 1421), de nombreuses déclarations officielles ont affirmé le rapport organique entre l'homme et la terre en termes d'existence et de développement. Mais ces nombreuses déclarations⁵⁹et résolutions prises⁶⁰ne se sont pas traduites par des mesures concrètes applicables par les entreprises. Celles-ci ne prennent pas d'initiatives.

6.4 La demande des milieux d'affaires

Les milieux d'affaires soucieux de leurs intérêts à long terme ne pouvaient rester insensibles à la demande éthique grandissante⁶¹. De plus, la nouvelle exigence a l'avantage de réduire la traditionnelle confrontation entre les managers et les syndicats qui avait marqué les XIX et XXe siècle. Un nouveau courant de pensée managérial préoccupé par l'éthique des affaires est donc apparu à grande échelle.

Les forums officiels (par exemple ceux de l'OCDE⁶², de l'OMC, du Comité de Bâle⁶³, etc.) ou officieux (les rencontres de Davos par exemple) entretiennent des discussions et se soucient de l'utilisation économique de facteurs qui ne le sont pas au premier degré.

Des entreprises de renommée mondiale prennent des initiatives en matière de droits humains et de protection de l'environnement, comme celle connue sous le nom de Business Leaders Initiative on Human Rights (BLIHR)⁶⁴ sur les droits humains et l'écologie.

Dans le domaine de la finance internationale également des initiatives semblables sont prises, comme les 'Principes d'Equateur'⁶⁵ initiés par quatre banques⁶⁶ avec la collaboration de l'International Finance Corporation, qui est l'organe de l'investissement du secteur privé de la Banque mondiale.

On constate donc une profusion considérable de Codes de conduite, de Chartes éthiques et d'instruments internationaux normatifs pour systématiser la démarche éthique des affaires. Si en Occident l'absence de lois impératives n'a pas empêché l'exigence du développement durable d'être l'objet de Codes éthiques volontaires (soft law)⁶⁷ dans les pays musulmans on n'a pas encore donné à l'Islam, qui repose sur la responsabilité individuelle de chaque musulman, la place octroyée à l'auto-réglementation sur la base de ses normes. Or, si la concurrence dans le bien est fortement recommandée (wa-stabiqu al-khayrat), il est temps pour les banques islamiques de prendre des initiatives.

On a pu affirmer que la moralisation des activités économiques par la multiplication des codes de conduite et de déontologie⁶⁸, ainsi que l'enseignement de l'éthique des affaires dans les business school et les universités tant aux Etats-Unis qu'en Europe⁶⁹ sont une réaction à la perte des valeurs « judéo-chrétiennes »⁷⁰, ou que l'essor de l'éthique des affaires procède de l'instrumentalisation utilitariste de la morale, et que « l'appel à l'éthique, pour sympathique qu'il apparaisse à première vue (...) a été lancé dans une fin utilitariste, comme un moyen pour les entreprises d'engranger davantage de profits »⁷¹.

Cette critique sans nuances appelle deux observations :

D'une part, il convient d'admettre que dans les pays d'Europe et d'Amérique, ni la sécularisation ni les idéologies laïcistes n'ont pu effacer le fonds chrétien qui imprègne leurs sociétés. Expliquant l'origine des normes laïques, le Doyen Carbonnier parlait d'une norme fondamentale, qui pourrait être « d'essence divine sans que fut altérée le moins du monde la laïcité des normes subordonnées, si c'était précisément la norme par laquelle le Seigneur a déclaré se désintéresser du droit, le renvoyant à la compétence du prince, c'est-à-dire, à l'Etat, selon un mécanisme comparable au renvoi en droit international privé »⁷². Pour Georges Ripert: "Le droit qui ne veut pas admettre la force créatrice d'une morale transcendante doit se résigner à ne pas demander le secours de la règle morale pour son observation"⁷³. Il n'y a donc aucune surprise à voir, par exemple en France, les moines bénédictins du centre « Entreprise » du monastère de Ganagobie animer des séminaires d'éthique pour l'institut supérieur des affaires. Cette remarque explique, avec l'expérience historique propre à ces pays, le choix des critères et des droits humains pris en considération par leurs agendas respectifs.

D'autre part, cette critique fait peu de cas des mouvements altermondialistes et des protestations contre les scandales de l'exploitation du travail des enfants, contre les catastrophes écologiques et les scandales de corruption ayant abouti à

des procès et à des faillites. Le monde des affaires était certes une jungle où seul compte le profit à moindre frais. Il ne l'est plus dans sa totalité. Dans un monde où la révolution technologique permet l'information instantanée, où l'éducation et la sensibilité éthique se généralisent, où les consommateurs s'organisent, etc, les modalités des affaires ne peuvent s'assurer de faire du profit à moyen et long terme sans prendre en considération l'aspect éthique.

6.5 La demande de financement dans les pays en voie de développement

Dans les pays en développement, les milieux d'affaires ce sont principalement les petites et moyennes entreprises (PME). Les difficultés de ces PME à accéder aux ressources bancaires sont le résultat de la subordination du financement classique à des conditions telles que:

1. l'exigence d'un minimum d'autofinancement;
2. la production de documents comptables fiables;
3. l'exigence de garanties solides; et
4. les conditions de taux d'intérêt élevés qui s'expliquent par le risque très grand encouru dans le financement des PME.

Or l'importance de la PME est reconnue pour le développement économique et social d'un pays. L'exigence d'un minimum d'autofinancement pour être contournée par les banques islamiques en raison du fait qu'elles sont propriétaires du bien financé, remis en dépôt ou loué à l'entrepreneur. En effet, mise à part le joint-venture (musharaka) où les partenaires sont obligés d'apporter des fonds propres et le reste est complété par un crédit bancaire, aucune autre forme de financement islamique n'exige forcément des apports en fonds propres. Pour les banques islamiques, le problème des garanties se pose donc avec moins d'acuité que pour les banques classiques. Leur devoir de financement est donc facilité par la nature même des techniques du fiqh utilisées. C'est un marché immense qui s'offre à elles pour peu qu'elles arrivent à convaincre que leur stratégie éthique est à même de rivaliser avec les milieux d'affaires les plus avancés dans la politique de Responsabilité sociale (Corporate Social Responsibility).

7. Comment relever le défi éthique ?

7.1 Le devoir des banques islamiques

7.1.1 L'adoption d'une stratégie pro-active

Précisément, les banques islamiques disposent d'un capital normatif inexploité. Elles n'ont pas à adopter absolument les mêmes références morales mais devraient plutôt développer, en partant de leur propre patrimoine spirituel et moral, leurs propres stratégies de développement durable, de responsabilité sociale et de bonne gouvernance, laquelle est un système de gestion d'une entreprise quelconque dans la transparence, permettant la participation de tous les acteurs concernés, avec l'obligation des dirigeants de rendre des comptes, ce qui facilite la capacité d'attirer des capitaux et de produire des bénéfices à long terme. Le qualificatif 'bonne' renvoie à la morale (bonne/mauvaise/correcte, etc.). C'est le système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées selon des normes définies au niveau international. Le gouvernement d'entreprise s'intéresse principalement aux problèmes qui résultent de la séparation de la propriété et de la gestion. Ceci nécessite un contrôle légitime des actionnaires –

institutionnels et aussi les associés minoritaires - sur les dirigeants. Les banques islamiques peuvent se reconnaître dans les objectifs et principes généraux de cette gouvernance, car les règles spécifiques de sa mise en œuvre correspondent à la culture spécifique à chaque société et sa conception de ce que doit être le rôle de l'entreprise, sa gestion et le mode de son financement.

Cette exigence de différenciation a un fondement dans le Qur'an : « Si Allah avait voulu, certes Il aurait fait de vous tous une seule communauté. Mais Il veut vous éprouver en ce qu'Il vous donne. Concurrencez donc dans les bonnes œuvres. C'est vers Allah qu'est votre retour à tous; alors Il vous informera de ce en quoi vous divergiez »⁷⁴.

Faire la différence en s'imposant sur le marché de la responsabilité, en prenant en considération le fait que cette différenciation est celle du tout par rapport à la partie. Eva de Vitray Méyérovitch a dit après sa conversion à l'Islam : " l'Islam oblige à reconnaître toutes les communautés spirituelles, tous les Prophètes antérieurs ; l'Islam est le dénominateur commun à toutes les religions. On ne se convertit pas à l'Islam, on l'embrasse car il contient toutes les autres "⁷⁵. Le Qur'an dit à ce sujet : " Il a prescrit pour vous en matière de religion, ce qu'il a prescrit à Noé, ce que Nous t'avons révélé, ainsi que ce que Nous avons prescrit à Abraham, à Moïse et à Jésus : pratiquez la religion et n'en faites pas un sujet de division"⁷⁶. Par conséquent, puiser dans les conventions internationales portant sur les droits humains, environnemental et économique pour parfaire la démarche responsable est une démarche musulmane.

L'investissement socialement responsable obéit à ce principe simple: il s'agit de privilégier les placements dans des fonds ou des entreprises qui associent rentabilité durable et respect de critères extra-financiers, comme l'humain et l'environnement, et qui ont une bonne gouvernance. Or, à quelques nuances près, il s'agit des mêmes valeurs sur lesquelles sont bâties les stratégies de bonne gouvernance et de responsabilité sociétale des entreprises non islamiques.

Les différences normatives essentielles résident, d'abord, dans le fait que l'Islam offre un cadre global et inaltérable de référence où chaque norme explique et complète l'autre, alors que les normes juridiques internationales sont des acquis historiques issus, sur fond de luttes et de rapports de force, de la négociation entre puissances. Ensuite, la différence se trouve dans la motivation des acteurs non musulman: acte de dévotion religieuse pour les musulmans, acte ressenti soit comme une responsabilité externe soit comme une éthique de civilité ou encore financièrement rentable. Enfin, la différence est explicable par l'histoire et l'intérêt immédiat des nations, qui les conduit à privilégier tel droit ou telle obligation par rapport à un autre dans leurs agendas et leurs codes.

L'adoption d'une démarche responsable sur la base de la soft law, des normes non oblatives, semble ne pas être tout à fait convaincante, car ces normes sont dénuées de sanctions, d'obligations précises, de responsabilités, d'impératifs et d'interdits. Les exigences principiellles et procédurales manquent aux instruments des Nations Unies et autres entités. On note par exemple, dans le cadre de la mise en oeuvre de la responsabilité des Etats pour le respect des droits humains, que les mécanismes internationaux des droits humains ont toujours des difficultés à concilier protection des individus et respect de la souveraineté des Etats, la première étant souvent sacrifiée au profit du second. A cette insuffisance

structurelle s'ajoute l'absence de valeur exécutoire des décisions prises par les mécanismes internationaux des droits humains⁷⁷. Par ailleurs, produits de l'histoire, les normes des droits humains n'excluent pas par elles-mêmes les possibilités de dilemmes, lorsque leurs objectifs sont mutuellement exclusifs. Acquis historiques par accumulation et négociations, elles n'ont pas l'avantage de l'harmonie et de la simplicité des normes de l'Islam.

Ainsi la différence entre les normes que les banques islamiques devraient adopter constituent une somme de droits et d'obligations pouvant être raisonnablement et efficacement exigée de tout musulman crédible. Et l'adoption des normes internationales qui ne contredisent pas les principes de la Shari'a va exprimer une bonne partie des exigences de base pour une coexistence et une coopération des banques islamiques avec le monde non-islamique.

Il y a donc matière à terrain d'entente sur les principes applicables aux affaires. Il se trouve que les valeurs spirituelles de base des banques islamiques concordent avec une bonne partie de celles de l'humanité exprimées par la Charte Internationale des droits de l'homme de l'ONU, dont les droits qu'elle proclame sont « une réponse normative (...) Ils ne sont pas seulement au profit des hommes, ils sont aussi fait par eux, ce qui signifie que ce sont des produits historiques et doivent être considérés principalement comme révisables.⁷⁸» Des pays musulmans étaient parmi les rédacteurs de cette Déclaration, comme l'Égypte, l'Arabie Saoudite ou la Syrie. Les Etats arabes et musulmans ont aussi ratifié des conventions portant sur la protection de l'humain et de l'environnement. Tous les Etats arabes et musulmans font partie de l'ONU et, en tant que membres, ils se sont engagés à en respecter les normes. Tant que ces normes ne contredisent pas une règle islamique connue par nécessité (ma'lum min eddin bidharura), rien n'empêche d'examiner une possible correspondance, d'autant plus que le Qur'an exige le respect des engagements (17/34).

Aucune raison ne justifie la suspicion à l'égard de cette Déclaration avant son analyse et son jugement en connaissance de cause. Si ses normes ne peuvent être historiquement et géographiquement attribuées avec certitude à une culture donnée, elles sont le produit non sacré des Etats, et leur application est cadrée par les frontières étatiques⁷⁹. De plus, de nombreuses normes de cette Déclaration sont compatibles avec l'Islam qui les a affirmées et consacrées depuis plus de 14 siècles. Une raison plus fondamentale milite pour un examen plus détaillé de la compatibilité des droits humains et des normes de protection de l'environnement avec celles de l'Islam. Nous soutenons que l'Islam offre un cadre qui permet à ces normes humaines de donner tout leur potentiel créateur.

D'ailleurs, aussi bien les aspirations innées (fitra) que les valeurs morales humaines communes ont vocation à l'universalité. N'est-ce pas que les musulmans croient que la Shari'a est valable pour tous les peuples et pour tous les temps? N'est-ce pas que les valeurs qui font l'actualité internationale, sur la base de la Charte internationale des droits de l'homme et des déclarations des sommets de Stockholm (1972), de Rio (1992) avec ses trois conventions sur le changement climatique, la bio-diversité et la lutte contre la désertification et de Johannesburg (2002), sont aussi présentées, avec l'assentiment des pays arabes et des pays musulmans⁸⁰, comme universelles?⁸¹ Pourquoi exclure l'examen de leur conformité sur ce qui unit, et sur ce qui est utile aux entreprises et banques des pays musulmans dans la perspective du credo de l'Islam?

7.1.2 Relever le défi de la communication

Il est important pour les banques islamiques de se décroiser. Elles devraient pouvoir développer des indicateurs explicites, compréhensibles et communicables de leur mode de gestion et de fonctionnement afin de montrer leur sensibilité et leur conviction aux impératifs de la bonne gouvernance et de la responsabilité sociétale.

Elles doivent notamment expliquer leurs procédés dans la transparence pour obtenir l'adhésion des populations locales.

C'est ainsi qu'une politique de communication doit être mise en place pour montrer quel type de responsabilité et d'engagement pèse sur la banque islamique, alors que les banques classiques refusent de les prendre en charge. Il convient d'expliquer dans des termes pratiques, par exemple, en quoi la vente et les conséquences de la responsabilité pesant sur le propriétaire sont différentes du prêt avec intérêt (riba), où le prêteur s'assure du remboursement par tous moyens et adopte une position neutre vis-à-vis de l'opération économique concrète.

Inversement, pour les banques classiques, le plus grand obstacle à la participation aux opérations islamiques situées dans des pays à législation islamique est celui de l'insécurité juridique. Outre les problèmes de comparabilité et de transparence, la question de la sécurité juridique pour les co-contractants signifie qu'ils souhaiteraient disposer de normes transparentes et uniformes.

Les banques classiques se soucient de s'assurer, afin de garantir le remboursement, de la validité et de l'opposabilité des documents juridiques. Or leurs juristes ne sont généralement pas habilités à émettre des opinions en droit islamique ; ils ne peuvent évaluer la validité de la documentation juridique du projet au regard des principes de la Shari'a, dont la violation expose les contrats et documents de tout projet de financement à leur annulation totale ou partielle⁸². Par ailleurs, la possibilité de recourir à une autorité islamique centrale habilitée à imposer son avis à tous, et résoudre les divergences d'opinions émises, est inexistante. De plus, malgré les efforts d'unification en matière de ratios prudentiels et de pratiques des banques islamiques⁸³, la référence à la Shari'a n'induit pas une conformité trans-frontière de ses normes.

Le droit islamique ne ressort pas, en effet, d'un seul système étatique. En plus des différences d'interprétation par les Etats, les écoles du fiqh et de l'absence d'autorité de la chose jugée inter-étatique, chaque banque a son propre 'Comité' de la Shari'a qui peut ne pas avoir la même position sur une question donnée qu'un 'Comité' d'une autre banque islamique. L'Association internationale des banques islamiques (AIBI) créée en 1977 a pour objectifs, entre autres, d'unifier les positions juridiques des Conseils de la Shari'a des banques. Ses décisions, bien que non obligatoires, constituent des références utilisables.

L'argument de l'insécurité juridique n'est opportun que dans le cadre des activités de coopération interbancaire. Or, une règle de base est admise par tous les juristes du droit musulman; elle peut limiter ce sentiment d'insécurité juridique. Le juge appelé à apprécier le caractère licite d'un contrat ou à décider de sa qualification est toujours obligé de s'en tenir, lorsque ses termes sont clairs, à ce qui est explicitement formulé sans se préoccuper des intentions de ses auteurs⁸⁴. C'est une position traditionnelle du droit musulman, semblable à celle de certains systèmes contemporains (allemand, anglais), où, pour déterminer le contenu d'un

acte juridique on tient compte de la volonté déclarée ou formalisée au lieu de la volonté interne ou psychologique⁸⁵. Dans le système musulman, en effet, les fuqaha considèrent que tout acte est soumis à une double appréciation, l'une subjective et l'autre objective. La première est faite au regard de critères religieux (diyanatan) et relève de la justice divine. Le juge est incompétent pour en connaître. La seconde, objective, obéit à des critères proprement judiciaires et juridiques (qadh'aan) et relève de la justice humaine⁸⁶. Cette règle invite les parties à s'assurer d'une bonne rédaction de leurs actes, invitation d'ailleurs lancée par le Qur'an: transcrivez clairement par écrit vos obligations réciproques, notamment par le recours aux spécialistes, lorsque vous vous accordez dans vos transactions. Par conséquent, il est utile que les contrats soient rédigés clairement de sorte à pouvoir déterminer avec précision les obligations réciproques des parties. C'est le plus long verset du Qur'an qui y invite les gens en relation d'affaires. Il est donc important pour les partenaires non-islamiques d'envisager, pour chaque projet impliquant une ou plusieurs banques islamiques, le recours à l'opinion et aux conseils d'experts confirmés.

7.1.3 Relever le défi de l'ouverture à l'autre et à la coopération

Rien n'empêchent les banques islamiques de prospérer au plan international et de travailler en consortium, c'est-à-dire en association, avec plusieurs établissements en pool bancaire pour financer un projet ou une entreprise par un crédit syndiqué. La personnalité de la banque islamique, son objectif et son mode de fonctionnement n'impliquent pas en eux-mêmes l'idée 'exclusive' de l'autre. La coopération avec des banques classiques et/ou la participation au financement intégral ou partiel d'opérations pas nécessairement islamiques sont possibles.

Le caractère islamique d'une banque n'implique aucune entrave particulière à une participation de capitaux ou d'entreprises étrangers à leurs investissements, à l'exception de l'origine légitime des capitaux et de la légalité du projet au regard des normes islamiques de cette participation.

Les analyses de faisabilité des projets d'investissements, de rentabilité des activités et des risques utilisent globalement les mêmes techniques financières et juridiques, et ressortent de logiques et principes universels, qui peuvent donc servir, en tout ou partie, à des montages financiers à côté de systèmes juridiques différents, comme le système civil⁸⁷, ou encore celui de common law où elles ont fait la preuve de leur efficacité. Rien ne s'oppose, par principe, à la coopération avec d'autres systèmes, pour peu, d'une part, que les quelques problèmes de technique juridique soient résolus et, d'autre part, que la pratique des banques islamiques puisse inspirer la confiance du point de vue des clients et banques non islamiques.

7.2 Le devoir des Etats

Hors des pays à législation financière islamique, la réglementation monétaire, administrative, comptable, financière et fiscale est plutôt défavorable aux mécanismes de financement utilisés par les banques islamiques. La solution à ces problèmes exige une négociation franche avec les autorités publiques pour pouvoir les surmonter. Il est du devoir des Etats de légiférer de sorte à prendre en considération la spécificité des banques islamiques et de leurs contraintes.

Pour comprendre la nature de ces contraintes légales, il convient de relever la différence fondamentale qui existe entre banques classiques et banques islamiques.

La banque classique a un rôle passif d'intermédiaire qu'elle joue entre les dépôts qu'elle reçoit et les prêts qu'elle octroie contre le paiement d'un intérêt plus fort que celui octroyé aux déposants. La rentabilité de la banque classique est assurée par la différence des taux d'intérêt recus et donnés. Elle fait face au seul risque d'insolvabilité du prêteur, et s'entoure donc de garanties appropriées. Son activité repose sur ce pari: tous les déposants ne vont pas, en même temps, retirer en masse leurs dépôts. C'est pourquoi, elle doit se garder d'utiliser 'tous les fonds en dépôt'. La loi l'oblige d'ailleurs à veiller à disposer d'une réserve inutilisée des dépôts (généralement 20%) pour faire face aux retraits massifs.

Par contre, la banque islamique a un rôle d'intermédiaire dans l'investissement entre les détenteurs de fonds et les utilisateurs. Les propriétaires de fonds acceptent, en les remettant à la banque islamique, les risques de l'investissement et sont rémunérés sur les bénéfices de ces investissements ; ils en supportent aussi les pertes éventuelles. Compte tenu du risque qu'ils encourent en connaissance de cause, leur rémunération est plus importante, car liée à des activités concrètes, et leurs garanties sont matérialisées par les actifs qu'ils financent. La banque islamique ne gère donc pas de 'dépôts' au sens juridique du terme, et n'a pas à les garantir.

De cette différence fondamentale, les banques islamiques font face à de nombreux problèmes que seul l'Etat peut résoudre. Nous citerons seulement trois problèmes:

1. l'exigence des dépôts de garantie et réserves obligatoires demandée aux banques classiques par les autorités monétaires des pays où elles disposent de guichets. Ces réserves sont exigées par les gouvernements pour garantir le remboursement des déposants. Or, comme on l'a indiqué, les banques islamiques ne doivent pas garantir les dépôts de leurs clients considérés comme associés dans leurs opérations de fructification ;
2. l'exigence de plans comptables non adaptés aux opérations financières des banques islamiques, avec les tracasseries administratives de la surveillance prudentielle, du contrôle de la monnaie, de la fiscalité, etc. Elles paient leur propre zakat imposée par leurs statuts, en plus des impôts sur les revenus et le capital. Souvent, les banques islamiques sont contraintes d'avoir une double gestion administrative et comptable, celle qui correspond à leurs propres besoins et celle qui répond aux demandes de l'administration ;
3. l'absence de souplesse des législations fiscales, qui privilégient les banques classiques par l'imposition à taux réduit des revenus des prêts, alors que les banques islamiques prêtent sans 'revenus'. Elles utilisent, par contre, d'autres types classiques de contrats comme la vente, la location ou l'association pour une période déterminée avant que la propriété du bien financé ne soit transférée au client, ce qui, au regard de la fiscalité classique les impose en tant que propriétaires (impôt sur le capital) et aussi sur leurs revenus lors de la clôture de l'opération.

Dès qu'une banque islamique envisage d'étendre ses activités hors du pays où la législation prend en considération ses propres besoins et contraintes, elle doit

faire face à la diversité des législations et des pratiques locales, que ces législations et pratiques soient d'inspiration islamique ou autre. En tant qu'entreprise commerciale, la banque islamique est tenue au respect de la souveraineté du pays où elle s'installe, de son droit local, ses usages pratiques et traditions.

Ceci a trait à la législation du travail (contrats de travail, salaires, santé et sécurité, participation à la gestion, etc.), à l'environnement protégé – ou non – par des mesures réglementaires plus ou moins impératives, à la protection du consommateur, etc. Le strict respect de la législation locale n'empêche pas la banque islamique de disposer d'une stratégie de bonne gouvernance et de responsabilité sociétale lui permettant de prendre des initiatives volontaires allant au-delà des exigences minimales du droit national du pays où elle a des intérêts (massalih). C'est ce qui devrait faire son originalité.

Elle peut constituer un leadership en la matière et provoquer un effet d'entraînement tant de ses concurrents que de ses partenaires. La politique de communication prend le relais dans le cadre de la da'wa, afin de rendre sa politique visible et comprise. Le gouvernement local aura souvent pris lui-même des engagements internationaux en ce sens. La cellule juridique de la banque pourra, par un travail de recensement, élaborer une base de données portant sur ces engagements par pays d'implantation, afin de cerner davantage les possibilités d'innovation et de leadership.

8. Bonne gouvernance et responsabilité sociale

8.1 Nécessité de l'auto-réglementation

La bonne gouvernance et la responsabilité sociale des entreprises islamiques sont basées sur des principes que tout musulman doit respecter sans attendre d'y être contraint par une autorité ou par la concurrence étrangère. Il s'agit de prendre ses responsabilités vis-à-vis des impératifs de l'islam, mais aussi d'avoir une réponse authentique et une vision claire de la globalisation et de ses risques. Les banques islamiques doivent avoir, sinon une Charte commune, du moins des Codes moraux d'inspiration commune.

La globalisation sur fond néo-libéral a entraîné un mouvement dans le domaine normatif relatif essentiellement au droit des affaires:

1. la déréglementation des domaines et matières protégées dans le cadre des frontières nationales⁸⁸, le recul des budgets sociaux, la dé-localisation du nord vers le Sud et vers l'Est des industries polluantes ou consommatrices de main d'oeuvre, la libéralisation du commerce et de la circulation des capitaux, la privatisation des entreprises étatiques, etc.;
2. la réglementation au nom des réformes donne un rôle accru au capital pour actualiser les règles concernant le droit des sociétés, du travail, des biens et des capitaux, des droits humains version civile et politique, de l'environnement, de la lutte contre la corruption couteuse, contre le terrorisme, etc.;
3. le développement de l'auto-régulation (soft law) par des normes définies et suivies volontairement - avec ou sans l'intervention des Etats - et donc sans l'exigence de sanctions autres que celles du marché (critère du profit financier). Or, la logique de la privatisation du droit et du jugement de valeur néglige

l'intérêt général au sens du fiqh. Cette privatisation a fait émerger une multitude de cabinets de conseil et d'évaluation, généralement intégrés au business et privilégiant des méthodes, procédures et concepts anglo-saxons. Un engagement non critique dans la démarche de responsabilité sociale formalisée par ces promoteurs est un piège qui court-circuite les Comités de la Shari'a, déjà affaiblis par les nouveaux modes de pensée managériale et utilisés comme relais du discours éthique de ces cabinets-conseils ou comme auxiliaires dans le contrôle interne des critères de la responsabilité sociale et écologique;

4. le recul du rôle d'intermédiaire des banques au profit de l'économie de marché financier; car les lois permettent et favorisent les entreprises pour se financer directement sur les marchés financiers (émission de titre - obligations, actions, etc...) au lieu de recourir au prêt bancaire afin de baisser les coûts; et

5. l'abolition de la séparation entre banques d'affaires et banques de dépôts pour donner naissance à la banque universelle.

La libéralisation conduit donc de plus en plus à un vide normatif. Seulement quelques secteurs demeurent soumis à des règles juridiques impératives. De nombreuses zones grises sont donc laissées à l'initiative privée des Codes éthiques ou de conduite, des Guidelines et des Chartes volontaires. Dans le domaine financier, citons les « Principes Equateur », qui constituent la charte de développement durable en financements de projets. Par cette charte, les banques adhérentes s'engagent à ne financer que des projets respectant un ensemble de politiques environnementales et sociétales basées sur les politiques et règles de la Société Financière Internationale (groupe Banque Mondiale). Ceci signifie que dans l'évaluation de chaque projet de financement, la banque s'assure qu'il répond à des normes sociales et environnementales. Pour mieux faire, elle note et fait savoir dans sa documentation publiable l'impact positif qu'il peut avoir sur les populations locales et l'environnement naturel.

Tous les pays musulmans ou à majorité musulmane adhèrent ou sont en voie d'adhérer aux lois internationales du marché alors que, en même temps, l'intermédiation financière dans une grande partie de ces pays reste faible. Les banques islamiques sont donc contraintes d'innover, de prendre des initiatives et de se déterminer par rapport à la profusion des règles 'privées' qui envahissent leur manière d'opérer.

Un nouveau départ est vital, car les banques islamiques font face au danger de la sous-capitalisation et à la réduction de leurs marges bénéficiaires ; elles risquent de disparaître dans les fusions et les faillites par manque de liquidités à court terme et de capitaux. Elles doivent donc convaincre les investisseurs et les entrepreneurs musulmans et non musulmans de leur faire confiance et maintenir leur clientèle par des politiques nouvelles, davantage liées à leur crédo. Elles doivent aussi réfléchir à la création de marchés interbancaires qui favorisera le financement d'opérations à moyen et long terme, au lieu de consacrer la quasi totalité de leur financement au commerce à court terme.

Parce que l'Islam vise une démarche pro-active créative d'attitudes conformes à ce qui est souhaitable sur la base de ses valeurs, il est aisé de démystifier l'idée d'une seule éthique occidentale universelle, typiquement libérale, ayant vocation de s'étendre progressivement à toutes les sociétés de la planète, notamment à l'occasion de la globalisation du marché.

Il n'y a pas de stratégie d'entreprise unique, une sorte de "one best way" ; chaque communauté a son code moral et doit le traduire en fonction de ses propres paramètres, de ses besoins et de ses possibilités. Dans le contexte de la globalisation des marchés, les entreprises et surtout les banques islamiques qui avaient montré la voie du renouveau islamique ont, dans ce cadre, une responsabilité immense vis-a-vis non seulement de la communauté musulmane mais aussi de l'humanité.

Toute entreprise est un acteur majeur de la société ; l'efficacité de son management dépend des valeurs acceptables par son environnement social sous la pression des actionnaires, des salariés, des consommateurs, des associations et du cadre réglementaire. Aujourd'hui, l'influence vient aussi de l'étranger et de la concurrence sur base de bonne gouvernance et de responsabilité sociétale des entreprises et de durabilité.

8.2 Nécessité d'une stratégie de bonne gouvernance et de responsabilité sociale

Comme toute entreprise, la banque islamique est un collectif vivant, un ensemble de ressources humaines et économiques qui a un fort impact social, économique et environnemental ; elle a un large potentiel de développement et de progrès sur la base de ses propres valeurs. L'entreprise islamique a un nom à faire connaître, une image à protéger, un patrimoine de civilisation à fructifier et des responsabilités sociales et environnementales à assumer. Une image améliorée sur le marché international lui permettrait aussi de mobiliser plus de ressources pour satisfaire des besoins croissants de développement responsable.

Pour mériter de s'appeler islamique, l'entreprise doit l'être à l'égard de ses associés, de ses employés dont elle soigne les conditions de travail, de santé et de sécurité, de ses clients, ses déposants ou investisseurs, fournisseurs et ses sous-traitants, entrepreneurs, revendeurs ou consommateurs, associations et organisations non gouvernementales, collectivités locales, administration et la société en général. Elle doit être islamique avec les habitants du quartier où elle est implantée, de la ville et du pays où elle a ses bureaux et ses ateliers, avec les dirigeants de la ville et du pays.

Toute entreprise a des partenaires économiques et sociaux: l'entreprise islamique a une autre responsabilité en ce qu'elle est porteuse d'un message et d'une mission pérenne. Les un milliard deux cents millions de membres de la communauté islamique ont intérêt à la réussite de l'entreprise islamique et sont donc, eux aussi, des parties prenantes à ses résultats économiques, sociaux et environnementaux.

Le reste de l'humanité a aussi intérêt à connaître ce qui distingue les banques islamiques des autres banques. Or, pour répondre à cette demande, le discours typiquement religieux de justification technique de l'interdit ne suffit plus. La communication et le comportement local et de proximité des banques islamiques gagneraient à s'adapter à un auditoire non musulman, plus facile à capter par le discours rationnel que moral, par les affinités éthiques et par la transparence.

L'entreprise est islamique aussi vis-a-vis de toute la création, en évitant de polluer l'atmosphère, l'eau et la terre, en utilisant ses ressources avec épargne et

sagesse, en sachant substituer graduellement aux ressources ayant des effets négatifs sur les humains et sur l'environnement des ressources naturelles renouvelables, en épargnant l'énergie qu'elle utilise et l'eau qui est source de vie, en évitant de faire tort aux autres créatures soit directement soit indirectement.

L'activité d'une entreprise islamique exige donc l'observance dans toute opération de l'activité quotidienne des principes islamiques dans une perspective de prudence, de miséricorde, de durabilité ou d'éternité et, avant tout, de responsabilité islamique. La circulation des ressources humaines et économiques dans un but de plus value peut aussi indirectement ajouter des valeurs et des profits au bénéfice de la création ou, au moins, éviter de lui porter préjudice selon le hadith «ladharara wala dhirar».

Certes, la banque en général ne pollue pas directement, mais son activité de financement de l'économie en fait un responsable indirect de tout ce qui se fait avec ses ressources. Les banques islamiques sont davantage responsables que les banques classiques car elles sont associées aux opérations commerciales, agricoles et industrielles de leurs partenaires. Elles ne sont pas des prêteurs passifs attendant le retour des intérêts comme les banques ordinaires; elles ont, en leur qualité d'associées, plus de possibilités pour influencer sur leurs associés que les banques classiques. Elles financent des activités industrielles et agricoles qui peuvent provoquer des catastrophes environnementales et des atteintes graves aux humains. Le secteur bancaire et financier a un rôle actif vital dans tous les projets économiques et se voit donc aussi responsable des abus de ... ses clients et associés dans la sphère de son influence juridique, politique, économique et géographique⁸⁹.

A notre avis, les entreprises des pays musulmans parmi lesquelles les banques islamiques ne doivent pas attendre que les gouvernement donnent des ordres, ni qu'elles soient contraintes de prendre des mesures sous la dictée de la concurrence.

Elles devraient plutôt adopter une démarche pro-active de sélection et d'inclusion des «bonnes pratiques» de gestion sociale, environnementale et économique. Les banques sont en général habituées à évaluer les risques environnementaux dans l'analyse des projets soumis à leur financement.

Etendre l'évaluation systématique aux risques de violation des droits humains ne devrait pas constituer un obstacle insurmontable. Les banques islamiques ont à développer des politiques de droits humains, notamment avec assistance spécialisée islamique externe. Cependant, faire reposer leur responsabilité sociale uniquement sur des normes privée issues de l'action volontaire des dirigeants et de l'expertise des grands cabinets de conseil⁹⁰ atteint vite ses limites si ces initiatives ne sont pas encadrées par la Shari'a, négociée dans sa partie où il y a divergence d'interprétation (ikhtilaf) avec l'ensemble des parties prenantes et contrôlées par la pression de la société.

Les banques islamiques devraient aussi créer des services spécialisés d'implémentation de normes authentiquement islamiques, de formation, de contrôle et de reporting dans les documents émis au public. La transparence provoque la confiance du public et garantit plus d'efficacité et de responsabilité. A cet égard, outre les droits et la sécurité du personnel, la gestion du risque de perte de la réputation, la prévision et la solution des litiges dus aux violations par le partenaire des normes indiquées clairement dans leurs contrats et le défaut de

remboursement, etc. doivent faire l'objet de politiques pro et inter-actives. En un mot, les banques islamiques devraient penser 'global', selon le caractère holistique de l'Islam, et agir localement.

Pour adopter une stratégie de bonne gouvernance et de responsabilité sociale, les banques islamiques ne partent pas du néant. A ce titre, les banques islamiques sont mieux placées que n'importe quelle entreprise des autres systèmes.

Au plan de la bonne gouvernance, elles se caractérisent déjà par une double gouvernance, mettant à côté du conseil représentant les actionnaires un Comité de la Shari'a⁹¹ chargé, outre du contrôler la conformité des transactions de la banque à l'Islam, de l'arbitrage, dans certaines banques islamiques, en cas de litige entre la banque et son client, pour refus ou retard de paiement de la part de celui-ci. Leur évolution postérieure les a vu intégrer des managers professionnels. Des entreprises familiales de départ, où le propriétaire est le gestionnaire, elles se sont dotées de professionnels du management dotés de pouvoirs adéquats. A l'ancien rôle du propriétaire des plus nombreuses parts ou actions, qui veillait à concilier les co-propriétaires et le conseil de la Shari'a, pour assurer un équilibre entre les objectifs de rentabilité et ceux du respect de la Shari'a, s'est substitué celui du Conseil d'administration. Dotées dorénavant de trois organes, les banques islamiques se rapprochent et se distinguent en même temps des entreprises modernes.

Cependant, les rôles des trois organes de la bonne gouvernance de la banque islamique doivent être mis en adéquation avec les missions de la banque qui adopte la stratégie que nous préconisons.

Jusqu'à aujourd'hui, le Comité de la Shari'a donne son avis juridique préventif, passivement, a priori, pour dire ce qu'on ne doit pas faire, ou encore rend des avis consultatifs sur des cas nouveaux. C'est un contrôle à posteriori (ex post). De plus, la diversité des références juridiques islamiques auxquelles les banques islamiques se réfèrent, chacune de son côté, le caractère non écrit et souvent volontariste des solutions jurisprudentielles du fiqh, et parfois de la loi⁹², et le fait que les autorités législatives nationales des pays islamiques se contentent, soit d'affirmations principiuelles sur l'application de la Shari'a ou de ses principes⁹³ soit de son application accessoire, en cas de silence des lois écrites⁹⁴, fait que l'autorité des opinions émises par les Comités de la Shari'a dépendent de la notoriété acquise dans les pays islamiques, au-delà des frontières nationales, par chacun de leurs membres.

Or le rôle de ces comités devrait être plus pro-actif, dans l'intérêt de l'entreprise et celui de la communauté islamique. Il devrait notamment participer à l'examen à priori et au contrôle à posteriori des activités de la banque et rendre compte dans les publications destinées au public des torts (mafassid) évités et des bienfaits (massalih) réalisés, selon la méthode éprouvée du management des risques et de la prise des opportunités.

8.3 Le gain escompté après l'adoption de la stratégie préconisée

L'adoption d'une stratégie pro active de responsabilité sociale et écologique a pour effet d'anticiper, de prémunir et de minimiser les risques et crises susceptibles de nuire à la réputation de la banque islamique ou à ses résultats et de lui assurer, dans l'opinion publique interne et externe, y compris auprès des

pouvoirs publics, des avantages compétitifs à long terme pour ses actions si elle est cotée en bourse et de nouvelles possibilités d'expansion.

Cette stratégie a des coûts inférieurs aux bénéfices qu'elle enclenche spontanément ; elle rassure les actionnaires sur leurs intérêts immédiats et permet de meilleures politiques de communication/da'wa, avec des épargnes sur la publicité, un engagement volontaire productif de la direction, des employés et des partenaires.

Outre l'anticipation des risques et l'intégration de la banque à son milieu social et naturel, cette stratégie permet aussi d'ouvrir une série d'opportunités purement économiques lui permettant d'imposer sa singularité en tant que modèle à suivre.

9. Conclusion

Les banques islamiques avaient eu un succès foudroyant dès leur première expérience. Mais bien vite elles se sont trouvées au milieu du gué pour plusieurs raisons, dont la plus importante à nos yeux est le caractère défensif de leur appréciation de l'application de la Shari'a. Elles sont aujourd'hui dans la nécessité d'innover pour éviter d'être de-crédibilisées, sous-capitalisées et de disparaître dans les spéculations de la finance internationale. Les Etats ont le devoir de les y aider en adoptant des législations adéquates.

Nous avons tout au long de cet article tenté de répondre à la question de savoir "Comment renverser les contraintes vécues passivement et de plus en plus violemment par les banques islamiques pour en faire les éléments d'une opportunité stratégique pro-active visant le long terme".

De prime abord, la solution idoine exige d'elles de puiser dans le potentiel inépuisable de la Shari'a. Il est impossible de relever ce défi si la vision des besoins et nécessités reste incomplète, et si l'attitude repose sur une appréciation erronée, ou du moins fragmentaire, des exigences de la Shari'a. Les banques islamiques, comme tout organisme, institution ou structure islamique ne sont pas des "choses" qui ressembleraient à d'autres mais un esprit, une âme, une synthèse ou, pour paraphraser Maled Bennabi définissant ce qu'est une civilisation, elle sont dans l'obligation d'exprimer une architecture.

Cet objectif leur impose aussi de s'adapter à un monde qui bouge. L'adaptation aux réalités imposées par le marché, par les demandes sociales et des milieux d'affaires, et exigées par la révolution scientifique et technologique, lui est vitale. Or que font les banques classiques et multinationales concurrentes autour de nous? Elles s'imposent au monde économique, social et culturel en appliquant ou en prônant les normes de la bonne gouvernance et de la responsabilité sociale. Toutes font référence à la Charte internationale des droits humains, laquelle représente ce que l'humanité tient pour la pierre angulaire de la civilisation moderne.

Pour les musulmans, la norme suprême est dans le Qur'an, qui comporte des règles valables pour tous, partout et pour l'éternité. Certes, pour de nombreux

non-musulmans, le livre sacré des musulmans, le Qur'an, serait un livre rigide et dépassé, et l'islam une religion fossilisée et monolithique. C'est aux musulmans qu'il appartient de faire la démonstration du contraire.

Or, en fait, d'une part, il y a compatibilité – et non adéquation - en terme de valeurs et vertus entre ce que le Qur'an avait défini depuis quelques 14 siècles, sans que les musulmans eux-mêmes n'aient pu dévoiler tout son potentiel, et la plupart des normes standards de l'éthique humaine et environnementale modernes. D'autre part, l'avantage de la Shari'a est qu'elle procède d'une ligne de pensée logique, harmonieuse et complète. Enfin, contrairement aux normes de soft law - non obligatoires - qui caractérisent les droits humains que les entreprises occidentales font siennes pour "faire la différence sur le marché" et s'imposer volontairement sur le plan éthique, les musulmans ont le devoir de diffuser leur message par l'initiative, l'exemple et la réussite. Il ne doivent pas le faire par choix, par intérêt ou pour répondre à un effet de mode: elles ont l'obligation islamique de joindre l'acte à leur intime conviction.

Etant donné que la démarche responsable est comparative par nature, les banques et autres entreprises sont classées les unes par rapport aux autres en fonction d'une série de critères économiques, sociaux et écologiques. Les dirigeants des banques islamiques devraient trouver la réponse pratique à la question de savoir ce qui fait leur singularité islamique. Il ne s'agit pas de mimer les autres, mais de réfléchir à la meilleure manière pour mériter leur qualificatif islamique, où le sens de l'efficacité est sérieusement pris en compte, comme l'enseigne le Prophète: celui qui travaille doit viser la perfection ("man 'amala minkum 'amalan, falyutqinhu"). Une politique de communication devrait donc leur permettre d'expliquer les avantages sociaux, culturels et micro et macro-économiques du financement islamique par rapport au financement basé sur le riba. Une ouverture au partenariat avec des opérateurs non nécessairement musulmans est aussi une manière d'imposer leur mode opératoire et ses avantages.

Les banques islamiques font donc face à un défi majeur : jouer leur rôle en adoptant et en mettant en application une stratégie valable pour les politiques de siège social et à travers leurs différentes unités partout où elles se trouvent. Cette stratégie doit être pro-active et pas seulement passive ou défensive. Il ne s'agit pas seulement de réagir aux défis ; les banques doivent mériter leur qualification de « islamiques » en évitant ce qui peut affecter leur existence à long terme.

Si elles n'agissent pas rapidement et volontairement, si elles ne ré-approprient pas l'initiative afin de concourir la Good Governance et la Corporate Sociale Responsibility, et de proposer de meilleures solutions, elles subiront alors les effets de leur carence, et l'islam en serait innocent.

Mots clés

Allah est le nom de Dieu, adopté aussi par les chrétiens arabes. Les musulmans croient en Allah, Dieu unique, créateur de l'univers et dont le message essentiel aux humains a été transmis par tous les Prophètes (notamment Noé, Abraham, Moïse, Jésus, Mouhammad).

Al Ghunm bil Ghurm principe faisant dépendre la participation aux bénéfices dans les arrangements et associations économiques à la participation aux risques.

Bai' signifie vente; est le corollaire de chira (achat). Lorsque le terme bay' est utilisé comme préfixe il réfère aux différents modes de financement islamique basés sur la vente comme bay' murabaha; bay' ijara; bay' istisna' ou encore bay' salam

Baï' salm est une vente par versement immédiat du prix du bien acheté dont la livraison est différée à une date déterminée dans le contrat par accord des parties. Ce mécanisme de financement doit porter sur un bien fongible et non périssable. L'existence du bien au moment de la vente doit être certaine ou très probable afin d'éviter l'aléa (gharar) prohibé.

Fitra est le penchant naturel premier de la personne humaine vers le vrai, le bien et l'équitable.

Fiqh est le corpus de jurisprudence et de doctrine juridique islamique couvrant les domaines de la religion et du rite ('ibadat) ainsi que ceux des rapports sociaux et économiques (mu'amalat) sans que cette différence ne soit étanche. Nous appelons fiqh économique le droit applicable à la Zakat, aux successions, au droit social, aux actes de commerce, aux obligations, au droit pénal, au droit international etc. Le fiqh est basé sur l'interprétation des sources immuables que sont le Qor'an et la Sunnah et, accessoirement, sur des sources tirées de l'Ijtihad (effort humain de jugement) collectif ou individuel donnant le Qyas (souvent assimilé au raisonnement par analogie), l'Ijma' (consensus des docteurs de la loi) et la maslaha (intérêt général). Le fiqh est issu de la Shari'a et est divisé en deux parties : l'étude des sources et de la méthodologie des lois (Usul al-fiqh - sources du droit) et celle des règles pratiques dérivées (furu'). Le fiqh inclut les traditions et usages locaux non contraires à ses principes de base ('urf ; pluriel a'raf). Les sources secondaires ne sont utilisées par les juristes musulmans qu'en l'absence d'une règle tirée directement du Qur'an ou de la Sunna.

Fuqaha est le pluriel de faqih (connaisseur) qui signifie connaisseur des règles du fiqh. C'est la personne capable de donner un point de vue juridique autorisé. A distinguer de 'Ulama pluriel de 'Alim (savant) qui désigne le savant des fondements de la Loi (usul) et du Mufti qui est celui qui donne une opinion juridique (fatwa) ponctuelle sur un problème concret se posant à une personne ou à un groupe de personnes.

Gharar est le risque ou danger excessif auquel on s'expose dans une transaction en raison de l'incertitude sur la chose et ou sa qualité, quantité, le prix et ou son montant ou encore les modalités de la livraison et de respect des conventions.

Gharar fahish signifie aléa exagéré, grave incertitude et ambiguïté dans un contrat. Le gharar fahish rend le contrat nul ou annulable en tout ou en partie, car ses éléments sont ambigus. L'incertitude est un facteur qui peut caractériser toute transaction. Sa prohibition est tirée de l'insistance de la Shari'a sur la bonne foi, l'équilibre et l'éthique qui doivent accompagner tout rapport contractuel. Le gharar est l'aléa pouvant affecter la nature, le genre, la quantité et même la qualité des éléments du contrat, son objet par exemple, et qui de ce fait est interdit (Y. LINANT DE BELLEFONDS, « L'autonomie de la volonté en droit musulman », Revue Algérienne, 1958, p. 877). Les opérations de couverture par swaps ou une opération similaire sont assimilées au jeu de hasard prohibé. La couverture contre certains risques a été explorée pour palier à l'aléa dans le domaine du hedging et des assurances ; un système d'assurance mutualiste (Takaful) fondé sur la solidarité et le don a été ainsi créé par les banques islamiques. Les fuqaha utilisent aussi le principe de nécessité (darura), qui change avec le temps (article 39 du Code civil ottoman (Medjellé): "Nul doute que les règles du droit changent avec les époques") et le lieu (parole célèbre de l'imam Shafe'i, disant que « la fatwa valable à Baghdad ne l'est pas forcément en Egypte »). Les fuqaha interdisent unanimement le gharar fahish qui affecte les jeux de hasard et certaines formes du contrat d'assurance.

Hawkama rashidah est le gouvernement selon la méthode appliquée durant la période de gouvernance des quatre premiers khalifes après le Prophète, allant de l'année 632 à l'année 661.

Hadith dires, faits, gestes et réactions du Prophète dans des circonstances précises.

Haram signifie interdit. Qualification de toute chose prohibée par la Shari'a.

Halal signifie permis, autorisé, libre, etc. Qualification donnée à toute chose et à tout comportement non prohibé par la Shari'a.

Ijara signifie location. Il y a aussi une forme correspondante à la location-vente, dite ijara wa iqtina. Le mécanisme du leasing ou crédit-bail signifie que le financier acquiert un bien et le met, pour une période déterminée par les parties, à la disposition de l'emprunteur sous forme de location, avec option d'achat. Les loyers versés englobent le coût du bien acquis par la banque ainsi que la marge de profit prévue. Le bailleur dispose de la nue propriété, avec les risques inhérents à la propriété, ce qui différencie ce contrat de l'istisna. Le preneur est garant du bien et doit indemniser le propriétaire de tout dommage dû à sa propre faute. Ce mécanisme est utilisé pour le financement d'équipements et d'infrastructures. Le choix et l'acquisition du bien sont réalisés par l'emprunteur, au nom et pour le compte du financier, en vertu d'un mandat. L'utilisateur paye les loyers convenus à l'avance dès la prise de possession du bien, ou encore selon les clauses du contrat. Ce mécanisme peut être assimilé au crédit-bail du droit français, qui emporte de plein droit mandat confié au futur utilisateur de choisir le matériel auprès du fournisseur, d'en définir les caractéristiques ainsi que d'en prendre livraison et d'établir un procès-verbal : Conseil d'Etat, 23 novembre 1976, Dalloz-Sirey 1977, Inform. Rapides, p. 334. Le transfert de propriété se fait à travers un nouveau contrat : le bien loué est soit remis au preneur sous forme de donation soit lui est vendu à un prix symbolique.

Istisna' est un contrat portant sur la vente de biens de production à construire ou à fabriquer, dont la livraison est donc différée. Le financement est souvent étendu au stade de la production, c'est-à-dire après la livraison au bénéficiaire et le commencement de l'utilisation du bien. Le vendeur est censé construire ou fabriquer le bien puis le livrer. Le prix peut être payé au comptant au moment de la commande ou payé par tranches, selon un échéancier convenu entre les parties. Cette technique est utilisée aussi bien en matière industrielle, comme pour des projets Build, Operate and Transfer de réalisation d'infrastructures, qu'en matière immobilière (identique au contrat de promotion immobilière algérien ou au contrat de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) français).

Jahala ignorance ou manque de connaissance; indéfinition dans un contrat conduisant au gharar (voir note suivante).

Massalih pluriel de maslaha, qui est la traduction de l'intérêt public et/ou privé et parfois de avantage.

Mudharaba c'est une forme de partenariat (passif) où l'une des parties procure des fonds alors que l'autre apporte son expertise et sa gestion. Elle est souvent assimilée à une commandite simple ou par actions. C'est un contrat par lequel le financier (sahib al-mal) fait un apport en numéraire à l'activité professionnelle d'un entrepreneur (mudharib). Cette activité est à l'origine muqayyada, c'est-à-dire limitée à une opération commerciale définie par le mudharib dans le contrat, mais elle peut être mutlaqa c'est-à-dire laissée à la seule appréciation du mudharib. Le profit réalisé est partagé par moitié entre les parties au contrat sauf stipulations contraires préalablement et librement convenues. La responsabilité de la gestion de l'activité repose sur le mudharib, sans immixtion de la part du sahib al mal, sauf consentement préalable du mudharib. La perte du capital est supportée par sahib al mal, alors que le mudharib perd ses efforts et son temps, mais sous réserve d'absence d'acte fautif de gestion. Il a été soutenu que l'absence d'affectio societatis entre le mudharib et sahib al mal, contrairement à ce qui pourrait exister entre le commandité et le commanditaire, empêche une assimilation de la mudharaba à la société. Or le droit des sociétés, par exemple français, autorise des restrictions statutaires aux droits des commanditaires sans perte de l'affectio societatis.

Murabaha a pour racine profit ou gain, signifie littéralement une vente sur un accord mutuel de profit. La banque achète pour le compte d'un client des matières premières ou des équipements et les lui revend avec une marge bénéficiaire. Techniquement, le vendeur déclare son prix et son profit à l'avance dans le contrat. Elle permet au propriétaire de fonds de réaliser un gain par une opération d'achat/revente avec une plus-value (markup). Le mécanisme de murabaha utilisé comme technique de financement (murabaha mouadjalla) est doté d'un terme ; il se réalise par le transfert immédiat du bien acheté avec mandat d'usage. Le client «emprunteur» est en réalité un acheteur à terme, puisqu'il devra acquitter le prix d'acquisition, auquel est inclut le mark-up, par échéances successives ou en une fois à terme convenu échu. Le surplus fixé d'avance n'est pas lié au délai et n'augmente pas. La murabaha ne peut porter que sur des biens existant au moment de la vente, et est souvent utilisée comme substitut au crédit documentaire du commerce international et au financement du bien acheté.

Musharaka signifie association d'affaire. C'est un relation contractuelle par consentement mutuel des parties pour réaliser des profits et supporter les pertes dans une opération de partenariat actif conjointe. Plusieurs parties investissent dans des proportions variables avec accord que les pertes et profits seront distribués selon les proportions de participation. Par cet engagement, la banque islamique procure des fonds qui seront joints à ceux du co-contractant ou avec d'autres. Les parties au contrat ont tous le droit de participer au management, sans que ce soit obligatoire. Le profit est distribué en fonction de l'accord préalable des partenaires, alors que les pertes sont supportées proportionnellement à l'apport de capital.

Musharaka mutanaquisa (association dégressive) permet à la banque de récupérer progressivement ses fonds, grâce aux profits réalisés, et de se désengager ainsi du projet dont la propriété est ainsi transférée en totalité au partenaire.

Qardh prêt accordé sans intérêts (qardh hassan) et sans participation aux bénéfices.

Qur'an (Koran et Coran) est le Livre sacré des musulmans, contenant les paroles d'Allah révélées directement au Prophète Muhammad (SAWS). Lorsqu'il est cité, on indique un premier chiffre pour le chapitre (surat) et un second pour le verset dans le chapitre.

Riba signifie intérêt fixe et prédéterminé, qu'il soit modique ou usuraire (A. DUMAS, « Intérêt et Usure », Dictionnaire de droit économique T. V, Pons 1953, col. 1475-1476). Il est interdit dans ses deux formes: Riba al-Fadl (excès) se rapporte à des ventes tandis que Riba al-Nasiah (retard) se rapporte à des prêts.

Riba al-Fadl est la différence de quantité ou de qualité dans l'opération d'échange de six biens (dates, blé, etc.) énoncés par un Hadith du Prophète (SAWS).

Riba al-Nassiah est l'excédant de la contre- valeur dans l'échange non immédiat. C'est un excédant sur le principal d'un prêt ou d'une dette payable à terme. Il se rapporte à la pratique du prêt d'argent pour n'importe quelle durée, avec l'accord que l'emprunteur paierait à terme au prêteur la quantité prêtée à l'origine ainsi qu'une augmentation, avec la considération que le prêteur a accordé un délai de paiement. Par

rapport aux banques, *riba* signifie tout intérêt généré du seul fait de l'écoulement du temps sans risque pour son propriétaire. L'intérêt dans toutes les opérations bancaires modernes tombe sous l'interdiction du *riba al-Nasihah*, car les dépôts et les crédits sont échangés en prévision du paiement d'un excédant. La majorité des juristes musulmans sont pour sa prohibition, alors que pour une minorité d'auteurs, *Riba* est le terme arabe pour désigner l'"usure". Les traditions chrétienne et judaïque ont longtemps émis les mêmes interdictions ou réserves selon Rodney WILSON, *Economics, Ethics and Religion : Jewish, Christian and Muslim Economic Thought*, New York University Press, 1997. Les religions monothéistes (hébraïque et chrétienne) interdisaient le *riba*, car on n'admettait pas que l'argent puisse engendrer l'argent (*nummus non parit nummas*) sans effort ni risque de son propriétaire et par le seul effet du temps qui appartient à Dieu, Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales*, Les cours de droit, II, p. 81. Selon A. BERNARD, l'Eglise avait fondé la prohibition du prêt à intérêt sur des textes de l'Ancien Testament, *Dictionnaire de théologie catholique*, 1950, col. 2317.

Shari'a (*charia*, *chari-a*) est la Loi islamique impérative et supplétive comportant les instructions divines. Son caractère impératif couvre essentiellement les rites religieux (*'ibadat*) alors que son caractère supplétif concerne principalement les aspects de la vie quotidienne (*mu'amalat*). Cette séparation entre impératif et supplétif a une utilité didactique, car la *Shari'a* ne sépare pas le religieux du séculier ou le spirituel du temporel. Ainsi, un acte de la vie quotidienne est emprunt de religiosité et, inversement, un acte religieux a des manifestations et des effets sociaux et économiques. Les sources principales de la *Shari'a* sont le Qur'an et la *Sunna* ou *Hadith*.

Sunna signifie les paroles et actes du Prophète Muhammad (SAWS). Elle est la seconde source de la *Shari'a*. Les *Hadiths* est un autre terme pour signifier *Sunna*.

Zakat impôt social purificateur; obligation cultuelle annuelle (Qur'an, 177/2) de paiement d'une quote part de sa fortune annuelle nette qui dépasse le besoin. La *zakat* constitue avec la profession de foi (*shahada*), la prière, le jeûne et le pèlerinage, l'un des cinq piliers de l'islam. Le terme *zakat* provient du verbe arabe "Purifier" et ne peut être assimilée à la charité. Tout musulman est obligé de la payer ou la remettre à l'une ou plusieurs des huit catégories de bénéficiaires définies par le Qur'an (pauvres, misérables, nécessiteux, étrangers, etc.). Le taux diffère selon la nature de la propriété nette. Pour l'or et la monnaie le taux annuel est de 2.5%.

Notes

(1) La première expérience de banque islamique, sans qu'elle ne porte ce qualificatif, s'est déroulée en 1962 à Mit Ghamr, un village de la Haute Egypte. Son succès foudroyant, en cinq années elle avait déjà un million de clients, sera la cause de sa dissolution par le gouvernement. Le Pakistan a, le premier, décrété l'islamisation du secteur bancaire. Le choc pétrolier de 1971 va favoriser l'essor des banques islamiques, qui auront le monopole du financement de l'économie après la suppression, en 1983, de l'intérêt bancaire au Soudan et en Iran. D'autres pays ont favorisé la création de banques islamiques tout en laissant le secteur bancaire traditionnel utilisant l'intérêt comme en Arabie saoudite dès 1970. Les banques islamiques se multiplient: Dubai Islamic Bank en 1975, Kuwait Finance House en 1977, Faisal Islamic Bank au Caire, Faisal Islamic Bank à capitaux saoudiens, égyptiens et soudanais en 1977 à Khartoum, Jordan Islamic Bank for Finance and Investment, Bahrain Islamic Bank, etc. Au plan international, la Banque islamique de développement, organisme inter-gouvernemental, est créée en 1974. Une association d'investisseurs musulmans (Dar Al Maal Al Islami) est créée en mars 1981 sous forme de holding, avec siège à Genève, et qui pénètre l'Afrique en 1983, avec la création de trois banques (Massraf Fayal Al Islami) et trois sociétés d'investissement dans trois pays à majorité musulmane (Sénégal, Niger, Guinée).

(2) Roula KHALAF, « Dynamism is held back by state control », *Financial Times*, 11 April, 2000.

(3) No 539, juillet 1995.

(4) Un *Hadith* dit que « le marchand sincère et de confiance sera au jour du Jugement parmi les Prophètes, les justes et les martyrs ». L'Islam «a toujours considéré qu'un croyant sincère et fidèle pouvait parfaitement répondre aux exigences de sa foi dans la vie d'un honnête marchand», Louis GARDET, *Les hommes de l'Islam*, Hachette, p. 141.

(5) Décret de Gratien: *Homo mercator nun quam aut vix potest Deo placere* ; cf. J. BRISSAUD, *Manuel du droit privé*, 1908, p. 59 et s., Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales*, Les cours de droit, II, p. 80 et s.

(6) J. BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du droit privé*, 1908, p. 59 et s.

(7) Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Flammarion 2000, p. 342.

(8) Max WEBER, op. cit. p. 294.

(9) J. BRISSAUD, Manuel d'Histoire du droit privé, 1908, p. 59 et s.

(10) "Il te fallait donc porter mon argent aux banquiers dit le maître réprimandant son serviteur; à mon retour, j'aurais recouvré mon bien avec intérêt" (Evangile selon Mathieu XXV, 27, Luc XIX, 23).

(11) Selon un Hadith cité par Rafic AL-MASRI: "c'est Allah qui fixe les prix en accroissant et en diminuant (l'abondance des produits), il est le Pourvoyeur. En m'immisçant dans ses prérogatives, je risque d'être injuste", Essai d'intégration d'une banque de développement dans une société islamique, Thèse, Rennes, 1975, p. 121-122.

(12) *Qur'an*, A-Maïda, 1 et 6 ; Al-Hij, 78 ; Al-An'am, 119 et 152 ; Al-Isra, 34 ; An-Nissa, 29; etc.

(13) Hadith : « Les musulmans s'obligent par leurs engagements et conditionnalités, sauf à permettre l'interdit ou interdire le permis » ; « Les gens s'en tiennent à leurs accords tant que ceux-ci se conforment à l'équité ».

(14) Ibn Al-Qayim Al-JOWZIA, « A'lam Al-Muwaq'în... », vol. 1, p. 300; Ibn Taymia écrit que : « Des quatre Ahmed est le faqih qui valida le plus clairement les conditions contractuelles (...) sur les bases de l'histoire de l'Islam et du Qyas. Il ne s'est opposé à aucun contrat sur le fondement de la nature ou du régime propre au dit contrat (...) le principe dans les contrats est la permissivité et la validation ; n'est invalidé que ce qui paraît contraire à un texte ou au Qyas ».

(15) Mustafa AZZARQA, « Al fiqh al-islami fi thawbihi al-jadid », vol. 1, p. 524 ; Mohamed Abu-ZAHRA, « Ibn Taymia, sa vie, son époque, ses opinions et son fiqh », pp. 330 et s.

(16) *Qur'an*, s. 9, v. 34 et 35.

(17) Y. LINANT DE BELLEFONDS, « L'autonomie de la volonté en droit musulman », Revue Algérienne, 1958, p. 877.

(18) L'apport des arabes est attesté par de nombreux termes de droit commercial encore utilisés en Europe que rapporte Paul HUVÉLIN, Mélanges II, p. 24, comme: tarafuk=trafic, divan=douane, aw'ar=avarie, faradh=fardeau, maghzin=magasin, ta'rif/tarif, sak=chèque, hawala=aval/lettre de change, etc.

(19) Sinon dans le cadre des opérations gratuites de bienfaisance (qardh hassan), qui s'ajoutent à la distribution de la Zakat lorsque la banque reçoit mandat de le faire par sa clientèle musulmane. Les prêts de la Banque Islamique de Développement par exemple sont consentis sans intérêt, ils s'accompagnent de frais de service annuels allant de 0,75 à 2,5 %, au plus pour couvrir les dépenses administratives. Ils sont remboursables sur une période de 15 à 25 ans, avec un délai de grâce de 3 à 7 ans, dans le cas des prêts ordinaires. Pour les pays membres les moins avancés, les prêts sont remboursables sur une période de 25 à 30 ans et le délai de grâce est de 10 ans. Pour les particuliers, le financement du bien-être a la vocation de répondre à une demande immédiate de consommation et d'investissement des particuliers et des ménages. Les banques islamiques y répondent par les prêts gratuits (qardh hasan), comme le financement de bienfaisance des besoins d'aménagement, d'équipement ménager, de soins, mariage ou circoncision par exemple. Elles le font par don, à fonds perdus, ou par prêts sans intérêts remboursables.

(20) D'autres techniques spécifiques de financement du commerce existent. Citons celles utilisées par la Banque Islamique de Développement : L'Import Trade Financing Facility (Financement à court terme - 9 à 24 mois - du commerce d'importation). Le Long-term Trade Financing Scheme (Financement à long terme - 6 à 60 mois - du commerce d'exportation). Ce système consiste à acheter au comptant un bien auprès d'un exportateur et à le revendre à un importateur moyennant une majoration sur des paiements différés. L'Islamic Banks' Portfolio (Portefeuille de location et de participation au capital conçu pour répondre aux besoins des importateurs et des exportateurs du secteur privé afin d'encourager la négociation de certificats de capital entre les participants et, par la suite, l'émission de titres négociables sur les marchés secondaires).

L'Unit Investment Fund (Fonds d'investissement à participation unitaire en fiducie qui regroupe l'épargne d'investisseurs individuels et institutionnels pour la placer dans des projets productifs.

(21) La qualification de la banque islamique comme un associé, un vendeur ou un bailleur par le droit occidental a de nombreuses conséquences, par exemple fiscales. Les paiements effectués par l'utilisateur à la banque peuvent donc être soumis à taxes et impôts indirects et, lors de la clôture de l'opération qui pourra prendre des années, à un éventuel impôt sur le revenu/bénéfice de la banque islamique dans son Etat d'origine. Une assimilation de la banque islamique à un prêteur traditionnel rencontrerait l'opposition principale de la banque, dont le statut interdit tout prêt à intérêt.

(22) Dans les contrats ijara la banque islamique a un droit de rétention en sa qualité de propriétaire-bailleresse. Il en est de même dans le contrat mourabaha qui implique, étant donné que la banque islamique est propriétaire du bien, qu'elle mandate l'emprunteur de prendre, en son nom et pour son compte, livraison du bien auprès du fournisseur.

(23) Le droit musulman connaît des mécanismes de sûreté similaires à ceux du droit moderne comme le gage, le nantissement ou l'hypothèque (rahn), sous réserve toutefois que le bien gagé existe au moment de la constitution de la sûreté, Michael JT McMILLAN, Islamic Shari'ah Compliant Project Finance Structures, Fordham International Law Journal, vol. 48.

(24) G. BENJAMIN, C. ESTY, The Equate Project : An Introduction to Islamic Project Finance, The Journal of Structured and Project Finance, Winter 2000, vol. 5, N° 4, p. 7-20.

(25) G. VINTER, Project finance : a legal guide, Edition Sweet and Maxwell, 1998; Pierre-Henri GANEM, Sécurisation contractuelle des investissements internationaux : grands projets, mines, énergie, métallurgie, infrastructure, Edition Bruylant, 1998; Guideline for infrastructure development through BOT project, UNIDO Publication, 1996; Laurent VANDOMME, To time, to budget, to specification : L'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets Build Operate Transfer, RDAI, 1er janvier 1999, No. 8, p. 875-893.

(26) Pour des raisons d'équité, seule une pénalisation de l'emprunteur pour faute est acceptable, ce qui exclut les pénalités de retards contre l'emprunteur. Ceci pose d'ailleurs aux banques islamiques des problèmes quasi-insolubles. En effet, le retard ou le défaut de remboursement à terme cause un préjudice à la banque, mais n'autorise pas celle-ci à exiger une réparation. Si le retard ou défaut de paiement résulte de motifs indépendants de la volonté du débiteur, la banque doit accorder un délai supplémentaire sans intérêt, ou même passer sa créance par pertes. Mais lorsque le retard ou le défaut de paiement est volontaire, la banque islamique est impuissante pour réclamer un dédommagement pour perte de gains. Des fuqaha ont préconisé comme éléments dissuasifs des listes noires de mauvais payeurs ou l'obtention d'un jugement de condamnation à la prison pour défaut de paiement. Ils refusent d'accorder au créancier une compensation financière de peur de tomber sur le riba interdit. D'autres fuqaha moins conservateurs préconisent que le tribunal prononce une condamnation pour le paiement d'un supplément, mais ce supplément ne peut être utilisé par le créancier, il sera destiné à une oeuvre pieuse.

(27) Cas de force majeure, nationalisations, réquisition, mais aussi de variations de certains ratios financiers propres à l'emprunteur.

(28) Mohamed BAQER AL-SADR, Al-Masraf al-Iarabawi fi al-Islam (La banque sans intérêts en Islam) p. 12.

(29) Mahmoud al-SAWAF, Le riba selon le point de vue de l'islam (en arabe), Revue Al-Nadwa, Jeddah, janvier 1961 ; Le Caire, 3^e édition, Dar al-Ansar, 1978.

(30) Actionnaires, salariés, consommateurs, etc. C'est, d'une manière générale, la société dans son ensemble y compris les générations futures qui est prise en considération.

(31) Toute chose permise par la *Shari'a*.

(32) Min tawjihat al-islam, p. 126.

(33) John Lewis Burckhard l'a signalé au début du 19ème siècle dans ses: Notes on the Bedouins and Wahabys, collected during his travels in the East, Colburn & Bentley, Londres 1831, vol. I, 14-15.

(34) *Qur'an*: « Puissiez-vous former une Communauté qui appelle les gens au bien, leur enjoint à ce qui est convenable et les empêche de faire ce qui est blâmable: voilà ceux qui seront heureux » (3:104). Voir aussi 31:17; et encore ce verset qui précise que cette obligation repose sur les hommes et sur les femmes à égalité: 9:71; 3:110; 5:77-78 et 22:41. Il y a aussi de nombreux Hadiths: « Celui qui voit un mal qu'il le corrige par sa main. S'il ne le peut pas qu'il le corrige par sa langue. S'il ne le peut pas non plus qu'il le corrige dans son coeur, et c'est là le moindre degré de la foi. » Dans son *Ihya 'Ulum Eddin*, l'Imam Al-Ghazali écrit: « Ordonner le convenable et empêcher le blâmable est la pierre angulaire de la religion et le but pour lequel tous les Prophètes ont été envoyés. Si ce devoir est écarté, que sa connaissance et sa mise en application sont négligées, la prophétie devient sans objet et la religion disparaît, le désordre s'étend et l'ignorance se généralise »

(35) *Qur'an*, 2/30: "Behold, your Lord said to the angels: 'I will create a vicegerent on earth.' They said: 'Will place therein one who will make mischief therein and shed blood?' While we do celebrate Your praises and glorify Your holy (name)?' He said: 'I know what you know not.'"

(36) *Qur'an*, Al-Ahzab, 72.

(37) *Qur'an*, Al-Baqarah, 30-34.

(38) *Qur'an*, At-tin, 4-6.

(39) Sheikh Muhammad Al-Tahir Ibn 'Ashur (d. 1973) en avait ajouté deux: l'égalité et la liberté. Isma'il Al-Hasani, *Nazariyyat Al-Maqasid 'ind Al-Imam Muhammad Al-tahir Ibn 'Ashur*, p. 16.

(40) *Qur'an*, Al-An'am, vers 151: "do not take any human being's life (the life) which God has declared to be sacred - otherwise than in (the pursuit of) justice: this has He enjoined upon you so that you might use your reason".

(41) *Qur'an*, Al-Ma'idah, vers 32: "We ordained for the Children of Israel that if anyone slew a person unless it be for murder or for spreading mischief in the land it would be as if he slew the whole people: And if any one saved a life, it would be as if he saved the life of the whole people."

(42) *Qur'an*, Al-Isra', 70: "Now, indeed, We have conferred dignity on the children of Adam." *Qur'an*, Al-An'am, vers 151: "do not take any human being's life (the life) which God has declared to be sacred - otherwise than in (the pursuit of) justice: this has He enjoined upon you so that you might use your reason".

(43) *Qur'an*, Al-Ma'idah, vers 32: "We ordained for the Children of Israel that if anyone slew a person unless it be for murder or for spreading mischief in the land it would be as if he slew the whole people: And if any one saved a life, it would be as if he saved the life of the whole people."

(44) *Qur'an*, Al-Isra', 70: "Now, indeed, We have conferred dignity on the children of Adam."

(45) *Qur'an*, Al-Ma'idah, 8: "O you who have attained to faith! Be ever steadfast in your devotion to God, bearing witness to the truth in all equity; and never let hatred of any one lead you into the sin of deviating from justice Be just: this is the closest to being God-conscious"; An-Nisa', 13f: "O ye who believe! Stand out firmly for justice, as witnesses to Allah, even as against yourselves, or your parents, or your kin, and whether it be (against) rich or poor: for Allah can best protect both. Follow not the lusts (of your hearts), lest ye serve, and if ye distort (justice) or decline to do justice, verily Allah is well-acquainted with all that ye do." In the context of justice, the *Qur'an* uses concepts 'adl and ihsan, that both are enjoined, and both are related to the idea of "balance".

(46) *Qur'an* : « Ne corrompez-pas la nature » 7 :56 et 85 ; « Dieu n'aime point le désordre » 2 :205; le Prophète Muhammad (SAWS) a dit : "la terre a été créée pour moi comme mosquée et en tant que moyen

de purification." La poussière propre peut être utilisée pour des ablutions avant la prière si l'eau propre n'est pas disponible. Lire aussi Dr. Mawil Yousuf Izzi-Deen SAMARRAI, "éthique environnementale islamique, loi, et société," dans l'éthique de l'environnement et du développement : Défi global, réponse internationale, J. Ronald ENGEL et Joan Gibb ENGEL, eds. (Tucson, AZ : Université de presse de l'Arizona, 1990), p. 194 où l'auteur commente que l'acte de planter est une bonne œuvre en soi, la plantation continue le processus du développement et soutiendra la vie, même si celui qui plante ne prévoit aucun avantage personnel, direct et immédiat.

(47) *Qur'an*, 45/13; *Qur'an*, 31/20; *Qur'an*, 16/12.

(48) "And He has subjected to you, as from Him, all that is in the heavens and on earth: behold, in that there are Signs indeed for those who reflect."

(49) "Do you not see that God has subjected to your (use) all things in the heavens and on earth. And has made His bounties flow to you in exceeding measure, (both) seen and unseen?"

(50) Le Prophète (SAWS) avait dit: « Le monde est beau et verdoyant, et Allah que Son nom soit exalté a fait de vous ses administrateurs, et Il voit comment vous vous en acquittez." Hadith authentique rapporté par Muslim citant Abu Sa'id Al-Khudri ; Ali ibn Abi-Talib, le quatrième Khalife, avait dit à un homme qui avait développé et réclamé pour lui-même une terre abandonnée: "Prends la aussi longtemps que tu sera son bienfaiteur et pas un ruineur, un cultivateur et non un destructeur." Cité par Yahya ibn Adam al-Qurashi dans « Kitab Al-Kharaj », sous l'autorité de Sa'id Addouabi.

(51) *Existentialism and Humanism*, Philip Mariet, trans. (London: Methuen, 1948) p. 33.

(52) *Qur'an*, Ar-Rahman (55), 7-10.

(53) *Qur'an*, Hud 11:6; *Adhariyat* 51:58; *Al-Hijr* 15:19-21; *Al-'Ankabout* 29:60.

(54) Prenons l'exemple de l'évolution économique et sociale des pays arabes, qui est mal intégrée dans l'économie mondiale comme il ressort du Rapport critique sur le développement humain des Nations Unies. La croissance économique est lente et les exportations hors pétrole et gaz sont moins importantes que celles de la Finlande. Avec une population dépassant les 300 millions de personnes, dont 45 % a moins de 14 ans, chiffre qui devrait doubler dans les vingt-cinq prochaines années, les pays arabes vont faire face à une explosion démographique.

(55) Par exemple, dans son rapport d'octobre 2002, le Panel d'experts constitué par le Conseil de Sécurité en juin 2000 a estimé que 85 entreprises, dont 5 banques, impliquées dans des relations d'affaires au Congo avaient violé les normes internationales.

(56) La Commission des droits de l'homme des Nations Unies avait demandé, par consensus lors de sa 60e session les 15 mars-23 avril 2004, au bureau du Haut Commissaire aux droits de l'homme d'établir un rapport de synthèse sur la portée et le statut juridique des initiatives et des normes existantes ou en cours d'élaboration portant sur la responsabilité des entreprises. La Sous-commission des droits de l'Homme de l'ONU avait déjà adopté en août 2003 le « Projet de Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits humains » et avait invité la Commission des droits de l'homme à le faire sien lors de sa 61ème session du 14 mars au 22 avril 2005.

(57) Loi française sur les Nouvelles Régulations Economiques ; Création par le gouvernement Blair, début 2002, du « ministère de l'e-commerce et de la compétitivité » avec de larges attributions (l'e-commerce, les industries de la communication et de l'information, l'agence des radiocommunications, les services aux entreprises, les services postaux etc.).

(58) Par exemple, la sous-commission des Nations Unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme a adopté à l'unanimité, le 13 août 2003, le premier Ensemble de normes internationales de droits de l'homme s'appliquant aux entreprises, ainsi que le commentaire d'accompagnement. Ces documents avaient été rendus publics le 21 août 2003: <http://www1.umn.edu/humanrts/links/omig.html>.

(59) Déclarations en 2001 de Jeddah, d'Abu Dhabi sur le futur de l'action d'environnement dans le monde arabe, de Rabat sur des investissements pour le développement soutenable, de Téhéran sur des religions, les civilisations et l'environnement (juillet) du Caire des ministres arabes de l'environnement sur le développement soutenable (octobre) et la Déclaration ministérielle de Nairobi sur le développement soutenable (novembre), etc.

(60) Citons par exemple la résolution 11/28- E sur l'environnement selon une perspective islamique adoptée par la 28ème conférence islamique des ministres des affaires étrangères (session paix et développement) tenue à Bamako, les 4-6 Rabia 11 1422 A.H/ (25-27 juin 2001) et celle du forum d'Oman sur l'environnement et le développement soutenable (Mascat, décembre 2001). La résolution 11/9- E de la 9ème conférence sur l'environnement dans une perspective islamique chargeait l'organisation éducative, scientifique et culturelle islamique (ISESCO) de préparer un programme d'action sur l'environnement, la santé et le développement soutenable destiné au sommet de la terre à Johannesburg, 26 août 4 septembre 2002.

(61) Par exemple Corporate Social Responsibility Europe, une fondation qui regroupe British Telecom, IBM, Suez, France Telecom, Danone, Shell, Nike etc. ou le World Business Council for Sustainable Development (WBCSD) qui rassemble 150 multinationales de 30 pays (ATT, BP, Ford, GM, Monsanto, Shell, Unilever, etc.

(62) Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

(63) Les accords de Bâle II de juin 2004 comportent les principes et recommandations en matière de gouvernance, d'organisation, de processus, d'analyse et de contrôle de la gestion des risques et des fonds propres d'une banque. Les organes de surveillance bancaire des différents pays doivent les mettre en œuvre d'ici fin 2006. Ces accords sont structurés en trois piliers : (1) détermination des fonds propres exigibles (2) principes de surveillance de la gestion des fonds propres, et (3) exigences de publications périodiques. The agreements of Basle II of June 2004 comprise the principles and recommendations as regards governance, organization, process, analysis and control of the own capital stock and risk management of a bank. The bodies of banking monitoring of the various countries must put them in practice before the end of 2006. These agreements are structured in three pillars: (1) determination of the requirement own capital (2) principles of monitoring of the management of the own capital, and (3) periodic requirements of publications.

(64) <http://www.blihr.org/>

(65) <http://www.equator-principles.com/> Voir aussi: www.equator-principles.com

(66) Barclays, Citigroup, West LB et ABN Amro.

(67) Moody-Stuart, le Président du Business Action for Sustainable Development (coalition entre la Chambre de Commerce Internationale et le WBCSD) déclarait au Sommet de Johannesburg en septembre 2002, que "l'une des réussites de ce sommet est de démontrer la puissance des partenariats (...) globaux (...) pour définir des normes dans différents secteurs (...) par rapport auxquelles le business international sera jugé [et qui] influenceront également les processus législatifs nationaux", voir: http://www.basd-action.net/docs/speeches/20020909_mms.shtml

(68) E. ETCHEGOYEN, La valse des éthiques, 1991 ; G. FARJAT, «Réflexions sur les codes de conduite privés», Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982 p. 47 et s. ; Philippe Le TOURNEAU, «Les professionnels ont-ils du cœur?» D.S. 1990 chr. p. 22 et s.

(69) Jean-Michel DUMAY «Les responsables politiques et économiques face à la justice: Enseigner l'éthique des affaires», Le Monde 27 septembre 1994, p. 13.

(70) Pascal DIENER, « Ethique et droit des affaires », D.S. 1993 chr. p. 17.

(71) Philippe Le TOURNEAU, « Existe-t-il une morale des affaires? » in la Morale et le Droit des Affaires, Montchrétien, p. 7. Voir aussi le jugement négatif de Pascal DIENER, op. cit.

(72) J. CARBONNIER, La religion fondement du droit, p.19. "Les valeurs démocratiques contemporaines, fait observer Jacques CADART sont elles-mêmes directement issues de la pensée qu'installe définitivement le

christianisme... Les philosophes des lumières sont eux-mêmes, largement et essentiellement issus de lui à travers le Moyen Age, la Renaissance et le XVII^e siècle", « L'origine antique, récente et chrétienne de toutes les institutions politiques libérales génératrices de la Révolution industrielle et créatrices du monde moderne », Mélanges dédiés à Robert Pelloux, 1980. éd. L'Hermès, Lyon, p. 57 et s. La sécularisation est elle-même une idée chrétienne : "Mon Royaume n'est pas de ce monde... Rendez à César ce qui est à César".

(73) Les forces Créatrices du Droit, LGDJ, 1995 n° 76.

(74) *Qur'an*: 5:48; voir aussi 2:145; 11:118; 16:93 et 42:8.

(75) Rocher Lisbeth et Cherquaoui Fatima, "D'une foi à l'autre, les conversions à l'Islam en Occident", éditions du Seuil, Paris, 1985.

(76) *Qur'an*, Sourate: Al-churâ, v.13.

(77) Pourtant, l'efficacité des mécanismes garantissant le droit sont autres lorsqu'il s'agit du droit du marché, du droit international des affaires et de l'investissement car dotés de sanctions dissuasives.

(78) Lars Fredrik Høndler Svendsen, Philosophie du mal, Aarhus, 2002, p. 148.

(79) La structure horizontale des droits humains - seule et exclusive responsabilité des Etats - est antinomique tant à l'Islam dont chaque individu répond qu'à la Déclaration, dite universelle car sensée être acceptée par toutes les cultures, y compris celle qui ne reconnaissent pas ce monopole à l'Etat.

(80) La Déclaration sur les droits humains en Islam adoptée à Dacca en 1983, la Déclaration de l'Organisation de la Conférence islamique de 1990 dans laquelle les Etats membres insistent sur le fait que « dans l'Islam, les droits fondamentaux et les libertés publiques font partie intégrante de la Foi islamique », le document du Conseil de la Ligue des 22 Etats arabes et la Charte arabe des droits humains adoptée le 14 septembre 1994 par les gouvernements arabes, actualisée par la Commission arabe permanente des droits humains.

(81) Robert BADINTER, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme doivent demeurer "l'horizon moral de notre temps", Le Monde, 15 septembre 1998, p. 5.

(82) Des projets peuvent impliquer plusieurs opérations complexes, si une seule de ces opérations accessoire est contraire aux préceptes de l'Islam le projet ne peut garder son unité.

(83) Par exemple, la création en Malaisie en mars 2003 de l'Islamic Financial Service Board (IFSB) pour l'établissement de standards commun, "Structure is a necessary target", in *The Banker*, May 2003.

(84) Voir les principes directeurs de la Medjellé ottomane: "En principe, on doit donner aux termes leur sens véritable (art. 12). Une disposition claire et précise ne comporte pas d'interprétation" (art. 14).

(85) Abd-El-Razzak al-SANHOURY, Masader al-Haqq fi'al-fiqh al-islami, T.I, p. 77. Pour autant, « la légitimité islamique prend en considération l'esprit, non la lettre des contrats, mais elle déduit l'esprit de la lettre » (« Le droit musulman comme élément de refonte du droit civil égyptien », Rec. d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT, III, 1938, p. 629) Sur la distinction entre volonté interne et volonté déclarée: Christian LARROUMET, Droit civil, les obligations, T.III, 1^o partie, n°150 et s. ; pour les effets cambiaires on s'attache au libellé Y. FLOUR et A. GHOZI, « Les conventions sur la forme », in « Le formalisme », Journées Jacques Flour de l'Association Henri Capitant, Deffrénos, 2000, art. 37211 p. 922 et s.

(86) Mustapha AL-ZARKA, Al-fiqh al-islami fi thawbibi al-jadid, 7e éd., Dar-al-fiqr, Beyrouth, p. 30 ; Jamal Edine M. MAHMOUD, Sabab al-iltizam wa chari'atahou fi al-fiqh, Le Caire 1969 p. 283. "Il est dit dans un Hadith célèbre, qu'il faut considérer l'intention et non pas le sens littéral des mots; mais l'intention à elle seule ne peut suffire à entraîner la nullité d'un acte, la prise en compte de l'intention n'est pas admise par le fiqh, elle joue dans l'au-delà. Dans le monde, les jugements sont rendus sur l'apparence".

(87) Jacques B. Heinrich, Les principaux contrats de financements utilisés par les banques islamiques, Revue *Banque*, n° 478, décembre 1987 ; David Marcos, Le financement du commerce international : l'alternative islamique ?, Mémoire de DESS DJCE, Université de Rennes 2000-2001 ; Michèle El Khoury, Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France, *Banque & Droit*, n° 92, nov.-déc. 2003 ; Elsa Conesa, La finance islamique s'organise pour asseoir sa crédibilité, *La Tribune* (France), 8 octobre 2003.

(88) L'affranchissement des systèmes normatifs traditionnels s'est d'abord observée en matière de commerce international. On y rencontre souvent des contrats flottants ne faisant référence à aucune loi, ou sont délibérément détachés de toute loi nationale (V. Bernard AUDIT, Droit international privé, *Economica*, n°798.). Le recours à la *lex mercatoria* dans l'arbitrage international a déjà permis d'écarter la règle nationale qui gêne le libre jeu du marché (E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria*, Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit » , Clunet, 1995, p. 5 et s.).

(89) Sur la base de la loi de 1980 sur la responsabilité (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act), une décision de justice dans l'affaire US v. Fleet Factors Corporation, 901 F 2d 1550 (11th Cir. 1990) a retenu la responsabilité du banquier ayant reçu un mortgage. Or une banque islamique est généralement associée et a plus de pouvoirs pour influencer sur la gestion de l'entreprise partenaire.

(90) Les entreprises de certification sociale comme PricewaterhouseCoopers, Interek, SGS ou DNV développent des métiers sources de revenus, mettant en cause leur indépendance, E. Sheperd, « Credibility gap between codes and conduct », *Asian Labour Update*, n°37, 2001, cité in « Entreprises, quelle responsabilité sociale », *Courrier de la Planète* n° 64, 2001.

(91) Corps de juristes spécialisés en droit commercial musulman, lequel fait partie du droit des obligations civiles *fiqh al-muamalat*.

(92) L'interdiction du prêt à intérêt ne vise que les personnes physiques (Lybie, art. 1° Loi du 5 août 1972 ; Algérie, art. 450 du Code civil).

(93) L'article 4 de la Constitution iranienne prévoit de manière absolue et générale, que toute loi, réglementation ou disposition, quelque soit sa nature, civile, pénale, financière, économique, administrative, culturelle, militaire, politique ou autres doit être conforme aux principes islamiques. Selon la Constitution égyptienne, la Shari'a est source de droit.

(94) L'article 1^{er} du Code civil algérien énonce « En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume ». L'article 1^{er} du Code civil algérien énonce « En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume ».