

Chapitre 4

L'ACCUEIL DE LA FINANCE ISLAMIQUE EN DROIT FRANÇAIS : ESSAI SUR LE TRANSFERT D'UN SYSTÈME NORMATIF

Georges Affaki

A l'origine de cette étude, deux constats. D'abord l'attraction indéniable qu'exercent, sur les places financières, 750 milliards de dollars de capitaux islamiques¹ à la recherche, bien au-delà des terres d'Islam², de projets d'investissements conformes à la *Chari'a*. Eût-elle été passée réellement dans la presse, une telle annonce n'aurait pas suscité moins d'engouement dans les pays désireux d'attirer ces capitaux aussi abondants que sélectifs. Quoi de plus attractif pour des économies exsangues de liquidité, asséchées par un crédit frileux et de plus en plus méfiantes à l'égard des produits structurés de marché que des capitaux abondants prônant l'investissement éthique, le partage des risques et l'ancrage dans l'activité économique réelle ?

On ne compte plus les groupes de réflexion, les numéros spéciaux dans la presse spécialisée et les interventions gouvernementales surenchérissant

1. Chapitre 8, *infra*, M. Al-Chaar, « Conceptualisation et enseignement de la finance islamique ». L'auteur cite le chiffre de 1,000 milliards à l'horizon de 2010, soit 1% de la masse d'actifs globaux, et un taux de croissance de la valeur de ces actifs de 20%. The Banker estime que 30% du marché financier du Golfe sera islamique d'ici cinq ans (« Virtual concepts to critical mass », mars 2008, p.86).

2. Le Länder de Sachsen-Anhalt en Allemagne a émis en 2003 des *sukuk* en dollars et en euros. La Grande-Bretagne, le Japon, la Chine et la Thaïlande envisagent aussi des émissions de *sukuk* souverains. La presse se fait l'écho de projets similaires par des banques et des fonds d'investissement en Suisse.

les unes par rapport aux autres pour vanter l'hospitalité de leur juridiction pour une manne islamique providentielle. La France n'est pas en reste. Suivant – avec retard – l'exemple britannique, les réflexions, propositions et auditions fusent de toutes parts³. Seulement, et c'est notre deuxième constat, le débat semble s'être engagé en France en termes de bivalence fermée. Il a pris comme postulat que, pour être accueillie en droit français, la finance islamique doit emprunter l'un ou l'autre des contrats nommés du droit français⁴. A défaut, elle constituerait un univers de non-droit et devrait être rejetée. Faute d'acculturation, soutient-on, fût-ce par une méthode procrustéenne⁵, elle choquerait les principes fondamentaux de notre droit et ne pourrait prospérer.

A l'examen, cette crainte, louable en ce qu'elle préconise une réflexion préalable, se révèle rapidement être infondée, inadéquate et économiquement préjudiciable. Elle manque d'abord de fondement, en ignorant le libéralisme du droit français, qui se distingue par sa tradition d'accueil des lois étrangères et des règles de droit non-étatiques dans les contrats internationaux. Ensuite, en imposant à la finance islamique l'acculturation juridique au droit français, on risque d'aller à l'encontre de la nature, y compris téléologique (*maqâssed al-Chari'a*), de la finance islamique. Nombre d'investisseurs n'auront alors guère d'autre choix que de renoncer à l'accueil que leur offrirait le droit français et détourner leur investissement vers d'autres juridictions, pour ne pas renier leur foi et

3. Les travaux de la Commission de finance islamique du Comité de droit financier de la Place de Paris (Paris Europlace) sont les mieux organisés, culminant par un rapport de synthèse, daté du 22 mai 2008, présenté au Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi. La Commission des finances du Sénat a aussi organisé une audition le 14 mai 2008 sur la finance islamique. En Grande-Bretagne, parmi les manifestations récentes, notons la consultation lancée par le Trésor le 14 novembre 2007 sur l'émission de *sukuk* souverains et la réponse postée sur son site le 21 juillet 2008 (http://www.hm-treasury.gov.uk/consultations_and_legislation/sukuk_issuance/consult_sukuk_issuance.cfm, dernière consultation le 21 juillet 2008). Le document mentionne le projet du gouvernement britannique d'émettre à terme des *sukuk* pour un montant de deux milliards de livres.

4. Le rapport de synthèse de la Commission de finance islamique (*supra*, note 3) indique : « parmi les mécanismes de droit français les plus aptes à reproduire la *mourabaha* figurent (x) la fiducie et (y) pour les financements immobiliers, le régime du marchand de biens. » Voir aussi G. Saint-Marc, « Finance islamique et droit français », présentation du 14 mai 2008 aux tables rondes organisées par la Commission des finances du Sénat (copie archivée chez l'auteur), dressant une liste des similarités entre la *Chari'a* et le droit français, identifiant les contrats nommés de droit français susceptibles d'accueillir des instruments de la *Chari'a* et, enfin, préconisant des amendements à diverses lois françaises pour les rendre plus compatibles avec la finance islamique.

5. Procruste, également appelé Damastès, figure mythologique et bandit de grand chemin qui torturait les passants selon leur taille par rapport à son lit de fer. S'ils étaient trop grands il coupait leurs jambes, et s'ils étaient trop courts il les étirait jusqu'à l'écartèlement. En vérité, son lit était secrètement ajustable de manière à ne jamais correspondre à la taille du supplicé. A sa capture par Thésée, Procruste a été soumis à son propre supplice.

leurs croyances. Précisément, dans un monde dominé par une économie mondiale de marché, le droit est devenu lui-même une ressource sur un marché⁶ : la règle se négocie et la localisation géographique des entreprises et de leurs investissements se choisit en fonction des avantages offerts par les législations et les juridictions respectives des États mis en concurrence. Prétendre accueillir la finance islamique en la dénaturant risquerait d'entraîner la désaffection de la France au profit d'autres pays à l'approche plus ouverte⁷.

Derrière cette polémique, se profilent le débat politique et les réactions émotionnelles que le transfert de la *Chari'a* en France ne manque pas de provoquer. La *Chari'a* est vue comme étant à la fois droit et religion, composée de normes juridiques et de normes morales. Ses normes se cristallisent dans la foi. Ses caractéristiques, valorisées ou dénoncées, sont renvoyées à son fondement religieux⁸. On y voit même une conquête *ratione imperii* qui renvoie aux campagnes sarrasines du VIII^e siècle⁹ ! Un débat plus serein aurait permis de différencier les règles de la *Chari'a* relatives aux *ibadat* (rituels religieux) de celles relatives aux *mou'amalat* (transactions). La finance islamique ne fait appel qu'aux dernières. Reliques de la période classique de la *Chari'a* ou créations modernes, la multitude de contrats financiers islamiques n'est que l'expression variée des cinq principes fondamentaux (*Supra* Chapitres 1 et 2) des *mou'amalat* : le partage du risque et du gain, l'interdiction du

6. J.L. Bergel, « Théorie générale du droit », Dalloz, 4e éd., 2003, p.108.

7. A titre de comparaison, le gouvernement britannique s'est fixé comme objectifs pour la finance islamique : (i) d'asseoir la place de Londres comme un centre principal (*leading*) pour la finance islamique dans le monde, et (ii) d'assurer à tous les citoyens britanniques de pouvoir participer au système financier sans considération de leur religion (Kitty Ussher, Economic Secretary to the Treasury, préface à la réponse du Trésor du 21 juillet 2008, (*supra*, note 3)). Depuis 2003, le gouvernement britannique a pris de nombreuses mesures fiscales pour faciliter l'émission de *sukuk*, y compris tout récemment dans la loi de budget 2008. Un groupe d'experts en finance islamique a été créé sous l'égide du Trésor britannique pour conseiller le gouvernement sur une stratégie à long terme pour développer la finance islamique en Grande-Bretagne. Aujourd'hui, cinq banques islamiques et une compagnie d'assurance (*takaful*) sont déjà établies en Grande-Bretagne avec l'accord du Financial Services Authority (FSA). Pour les banques, il s'agit du Islamic Bank of Britain (2004), European Islamic Investment Bank (2005), The Bank of London and the Middle East (2007), European Finance House (2007) et Gatehouse (2008).

8. J. Shacht, « An introduction to Islamic law », 1964, Clarendon Press, Oxford, p.1 (décrivant la *Chari'a* comme « the epitome of Islamic thought [et] the core and kernel of Islam itself » ; J.Ph. Bras, « La shari'a et les transformations du droit dans le monde musulman », 654e conférence de l'Université de tous les savoirs donnée le 9 octobre 2007.

9. Les termes sont de J. Gaudemet décrivant la réception du Code civil français dans les pays annexés par la Révolution et le Consulat, « Les transferts de droit », L'année sociologique, vol. 27, 1976, p.29, réédité dans « Sociologie historique du droit », Doctrine juridique, PUF, 2000, p.109.

riba (la génération de gain sans prise de risque), l'interdiction du *gharar* (l'incertitude de l'objet de la transaction), l'interdiction du *maysser* (la spéculation, les jeux de hasard) et l'interdiction de traiter de biens considérés *haram* (spiritueux, casinos, pornographie). Si nous nous demandons sans parti pris, et en l'absence de toute idée préconçue, si l'un de ces principes heurte l'ordre public français, nous répondrons sans doute par la négative¹⁰. Il est question ici de voir comment donner effet en France à un financement du fonds de roulement d'une société en passant par la technique de la *mourabaha* ou à l'émission d'obligations pour financer des contrats de partenariat public-privé en recourant à l'*ijara*, et non de remettre en cause la laïcité, la monogamie, l'absence de discrimination selon le sexe du descendant dans l'attribution des quote-parts de la réserve héréditaire, ou encore l'interdiction des châtiments corporels dans les peines pénales¹¹.

La finance islamique n'est pas un phénomène récent. Pendant près de 12 siècles, elle a permis à la société marchande arabo-musulmane de prospérer et de bénéficier de moyens de financement aussi sophistiqués que respectueux des injonctions de la *Chari'a*¹². La conquête de l'Égypte par Napoléon en 1798, et la période de colonialisme européen au cours du siècle suivant dans pratiquement tous les pays musulmans, ont marqué la fin, brutale, du modèle de financement islamique au profit du modèle bancaire européen¹³. Ce n'est qu'à leur indépendance, après la deuxième guerre mondiale, que les pays musulmans se sont tournés vers leur modèle d'antan, d'abord timidement, puis avec le succès que l'on connaît aujourd'hui. Des droits séculiers, codifiés après l'indépendance,

10. En paraphrasant Génys sur la définition d'un code, « La technique législative dans la codification civile moderne », in « Le Code civil 1804 – 1904 – Livre du centenaire », T.II, p.987, cité par B. Oppetit, « L'avenir de la codification », *Droits*, n°24, 1997, p.75.

11. La distinction dans l'application en pratique des règles relatives aux *ibadat* et celles relatives aux *mou'amalat* est admise même en pays d'Islam où, si seul un musulman peut statuer sur une controverse relevant des *ibadat*, un non-musulman peut arbitrer un litige entre musulmans relevant des *mou'amalat* s'agissant d'identifier des faits ou des coutumes (*'irf*), d'interpréter des contrats commerciaux, ou encore de déterminer la responsabilité pour le tort allégué (conversation de l'auteur avec le maître d'Alep, Dr. Mahmoud Akkam (26 juillet 2008, compte rendu archivé chez l'auteur)).

12. N. Hanna, « Making big money in 1600 : the life and times of Isma'il Abu Taqiyya, Egyptian merchant », Syracuse University Press, 1998, p. 48 et passim.

13. A. Hourani, « Arabic thought in the liberal age 1789 – 1939 », Cambridge University Press, 1983 (*Shari'a* was abandoned with astonishing speed and completeness), p.350, cité par N.H.D. Foster, « Islamic finance law as an emergent system », *Arab Law Quarterly* 21 (2007), p.176. Voir aussi F. Vogel et S. Hayes, « Islamic law and finance », Kluwer, 1998, p.4.

enracinés dans la tradition civiliste pour les pays arabes ou dans celle de *common law* pour certains pays asiatiques tels que la Malaisie et le Brunei, coexistent avec la *Chari'a*, couronnée comme source principale du droit. Fondé sur la multivalence et la complémentarité des différentes traditions juridiques, ce modèle de pluralisme juridique est intéressant à examiner, à l'heure de l'accueil en France des premiers financements islamiques. Précisément, le pluralisme juridique est bien ancré en droit français des contrats internationaux. Il peut offrir le socle pour l'accueil de la finance islamique (I), sans en dénaturer les fondements par une acculturation forcée (II).

I. Le droit français peut accueillir la finance islamique sans en dénaturer les fondements

Le droit français se distingue par son libéralisme envers les contrats internationaux. Consacrant sans ambages l'autonomie de la volonté, les tribunaux français donnent effet au choix des parties de régir leur rapport par une loi étrangère ou par des règles de droit non-étatiques (A). C'est à ce titre que doit être envisagé l'accueil de la finance islamique et des règles de la *Chari'a* qui la sous-tendent (B).

A. L'accueil en droit français des droits étrangers et des règles de droit non-étatiques

Pour peu que la situation présente un élément d'extranéité, identifié dans le contrat même ou dans le groupe de contrats dans lequel il s'intègre, les parties ont le libre choix de la loi applicable. Cette affirmation à l'article 3 (1) de la Convention relative à la loi applicable aux obligations contractuelles est sans restrictions. Elle a d'ailleurs été réaffirmée dans le règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

Libérale et accueillante dès lors qu'il s'agit de contrats internationaux, la jurisprudence des tribunaux français donne sa pleine dimension à ce libre choix. Elle est même allée, après quelques hésitations, jusqu'à imposer au juge saisi de l'application d'une loi étrangère d'en rechercher lui-même

la teneur, afin de trancher le litige selon cette loi, que le litige porte sur des droits librement disponibles ou pas¹⁴.

Ce libéralisme ne s'arrête pas aux seules lois nationales choisies par les parties pour régir leur contrat. Répondant à une critique formulée à l'encontre de la Convention de Rome, le nouveau règlement Rome I précise dans son préambule :

(13) Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non-étatique ou une convention internationale.

Le règlement Rome I reprend donc à son compte la jurisprudence française qui avait déjà accueilli le choix par les parties de règles de droit non-étatiques pour régir leur contrat international. Qu'il s'agisse des principes généraux du droit ou des usages du commerce international (*lex mercatoria*), ces règles spontanées acquièrent une autorité normative par la répétition de leur usage, généralement à la prise de conscience d'une règle commune, et leur sanction par les juges ou les arbitres. Elles échappent aux ordres juridiques étatiques. Mondialisées, ces règles s'affirment comme une solution juridique applicable quelle que soit la localisation de la situation qu'elles entendent régir¹⁵. Ceci n'empêche pas un mélange des sources et un enrichissement réciproque au contact des règles non-étatiques avec les législations nationales. Ainsi, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises a intégré

14. Civ. Ire, 18 septembre 2002, Bull. I, n°202, G. Affaki et J. Stoufflet, Chronique de droit bancaire international, Banque et droit, n°92, 2003, p.65. Cet arrêt opère un revirement de l'arrêt *Amerford* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui avait posé le principe que « dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger désigné par la règle de conflit conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire », 16 novembre 1993, RCDIP 1994, p.322, obs. Lagarde.

15. E. Loquin, « Les rapports entre le droit modélisé et la *lex mercatoria* », LPA, 18 décembre 2003, n°252, p.63. La littérature sur la *lex mercatoria* est abondante. Citons parmi les œuvres pionnières les travaux de Berthold Goldman, dont notamment, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », Archives de philosophie du droit, Sirey, 1964, p.177 et s.; « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », JDI 1979, p.475 et s.; « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Etudes P. Lalive*, Genève, 1993, p.241 et s.; C. Schmitthoff, « International Business Law : A New Law Merchant », in *Current Law and Social Problems*, University of Toronto, 1961, p.129 et s.; F. de Ly, « International business law and *lex mercatoria* », North Holland, 1992; F. Osman, « Les principes généraux de la *lex mercatoria*. Contribution à l'étude d'un ordre juridique national », LGDJ, Paris, 1992; E. Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI 1995, p.5 et s.

nombre de règles rédigées dans les Incoterms de la Chambre de Commerce Internationale. De même, les législateurs nationaux, mais aussi les juges et les arbitres, sont désormais nombreux à s'inspirer, dans leur mission législative ou juridictionnelle, des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international¹⁶.

Refusant d'imposer un ordre de prévalence fixé a priori, et relayant l'appel de la doctrine et l'œuvre pionnière des tribunaux arbitraux, les tribunaux français ont rapidement reconnu la normativité des règles de droit non-étatiques¹⁷. Dans un premier temps, les tribunaux ont reconnu aux arbitres la latitude de s'écarter des lois étatiques et d'appliquer des règles de droit non-étatiques au fond du litige, que les parties l'aient choisi ou non. Dans un second temps, les tribunaux français se sont eux-mêmes référés à ces règles comme source de droit, y compris en l'absence de référence explicite dans le contrat¹⁸.

C'est à titre de règles de droit non-étatiques que nous proposons de donner effet en droit français aux règles de la *Chari'a* pertinentes à la finance islamique.

B. Les règles de la Chari'a doivent être reconnues comme règles de droit

On ne peut considérer péremptoirement la *Chari'a* comme un non-droit et bannir les contrats qui lui sont soumis comme étant des contrats sans loi. C'est là confondre loi et règle de droit. Certes, la tradition de positivisme légaliste héritée de la Révolution française continue de marquer

16. Le site <http://www.unilex.info/> recense les arrêts des diverses juridictions nationales et de sentences arbitrales qui se réfèrent aux principes Unidroit (dernière consultation le 16 juillet 2008).

17. Paris, 12 juin 1980 (2e esp.), Rev. Arb. 1981, p.292, obs. Couchez ; Civ. 9 décembre 1981, Rev. Arb. 1982, p.183, obs. Couchez ; Civ. 2e, 9 décembre 1981, Bull. n°212 ; Paris 19 décembre 1982 (*Nosolor*), Rev. Arb. 1983, p.472, confirmé Civ. 1re, 9 octobre 1984, Bull. n° 248 ; Paris 13 juillet 1989 (*Valenciana*), Rev. Arb. 1990, p.663, obs. Lagarde, confirmé par Civ. 1re, 22 octobre 1991, JDI 1992, p.177, obs. Goldman (reconnaissant à la *lex mercatoria* le caractère de règles de droit).

18. Grenoble, 23 octobre 1996, Revue de droit uniforme (1997), 182 (appliquant les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international) ; Com., 14 octobre 1981, D. 1982, p.301, et Paris 21 septembre 1989, JDI 1990, p.116, obs. Ancel (appliquant directement les règles et usances relatives aux crédits documentaires sans préciser si les parties avaient incorporé ces règles dans le crédit en question) ; Paris, 17 mai 1995, JDI 1996, p.110, obs. Loquin, qui a jugé que les parties à un contrat de négoce de poivre ont nécessairement connaissance de la clause d'arbitrage dans les Conditions IGPA [NDA, International General Produce Association] Spot Contract, d'application générale dans ces contrats, qui a acquis l'autorité d'un usage, et qu'elles l'ont acceptée faute d'en exclure expressément l'application.

puissamment le droit français et le privilège reconnu à la loi comme mode d'expression de la norme. Mais le droit peut s'exprimer par d'autres manières que la loi¹⁹. La règle de droit est précisément l'un de ces vecteurs normatifs. La reconnaître est aisé : dès lors qu'elle attache des conséquences juridiques à certaines hypothèses, une règle doit être qualifiée de règle de droit. L'appliquer revient alors à qualifier juridiquement des faits afin d'en déduire les effets légaux tels que postulés initialement par la règle²⁰. La règle de droit, et non la loi, est d'ailleurs présentée comme le phénomène juridique primaire : tous les autres phénomènes juridiques n'en sont que des dérivés²¹.

La *Chari'a* présente-t-elle les traits d'un système normatif qui permettrait de reconnaître à ses règles le caractère de règles de droit et, partant, accepter qu'elles puissent régir la finance islamique en France ? Assurément oui, car si la *Chari'a* ne constitue pas une loi, du moins dans le sens d'ensemble codifié qui distingue les systèmes de tradition civiliste, ses règles jouissent, indéniablement, d'un caractère normatif susceptible de lier leurs destinataires. En cela, elles doivent être qualifiées de règles de droit²². Les nombreuses dispositions juridiques dans le *Cor'an* et la *Sounna*, tant la tradition (*hadith*) que le consensus (*ijma'*) des différentes écoles du *fiqh*, ne laissent guère de doute. Elles dépassent d'ailleurs par leur structuration et leur détail sophistiqués les systèmes de droit contemporains en Europe, notamment les lois des marchands du Moyen-Âge, et même les systèmes antérieurs tels que le *jus gentium*, dont le caractère normatif n'est pourtant pas discuté²³.

En vérité, comme la *common law* et la *lex mercatoria*, la *Chari'a* ne doit pas être vue (comme un grand ensemble de règles générales préexistant et exhaustivement codifié. L'approche résolument casuistique de

19. F. Terré, « Introduction générale au droit », Précis Dalloz, 6e éd., p.196 ; F. Osman, « Les principes généraux de la *lex mercatoria* – contribution à l'étude d'un ordre juridique anational », LGDJ, 1992, p.299 (Le positivisme légaliste, parce qu'il a pour effet de subordonner « la reconnaissance du caractère de règle de droit de la *lex mercatoria* à sa reconnaissance par le droit étatique », doit être énergiquement rejeté dans le droit anational. Les règles issues des praticiens bénéficient bel et bien d'une juridicité originaire), citant B. Oppetit, note sous Paris, 13 juillet 1989, RCDIP 1990, p.314.

20. F. Osman, « Les principes généraux de la *lex mercatoria*. Contribution à l'étude d'un ordre juridique national », *op. cit.*, p.446 (note précédente).

21. Durkheim et son école, raisonnant sur le droit des sociétés primitives, considèrent que le droit est composé de règles, en l'occurrence coutumières, et non de lois (cité par J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 7e éd., p.87).

22. C. Thibierge, « Le droit souple – réflexion sur les textures du droit », RTDCiv. 2003, p.599.

23. A. di Robilant, « Genealogies of soft law », Am. J. Comp. L. [Vol. 54, 2006], p.519 et s.

la *Chari'a* exige de voir, à côté des règles générales du *Cor'an* et de la *Sounna*, leur complément nécessaire : les méthodes de raisonnement analogique ou déductif que sont le *qiyas*²⁴, l'*istihsan* et l'*istislah*, qui ont permis l'adaptation de la *Chari'a* aux exigences de la vie moderne. La *common law* n'évolue-t-elle pas en permanence au gré des nouveaux jugements ? L'*equity* n'est pas en reste et partage avec la *Chari'a* une approche casuistique qui amène ses tribunaux à rechercher, dans chaque cas, la solution la plus juste. D'ailleurs, même le principe du précédent (un rajout tardif du 19^e siècle à la *common law*²⁵) est envisagé pragmatiquement, puisque la *House of Lords*, juridiction suprême du Royaume-Uni et du Commonwealth²⁶, et la Cour suprême des États-Unis²⁷, ne se considèrent pas liées par leurs jugements antérieurs.

Les critiques que l'on a pu lire, dans les années 80, à l'encontre de la normativité de la *lex mercatoria*²⁸ rappellent celles qui sont formulées aujourd'hui à l'encontre de la *Chari'a* pour lui nier sa juridicité. La même logique de réfutation s'impose. En effet, ni la négation d'un caractère d'organisation suffisant à la *Chari'a* pour répondre aux critères de l'ordre juridique dégagés par Santi Romano²⁹, ni les difficultés de déterminer avec précision son contenu, n'emportent conviction. D'une part, les parties ne peuvent être contraintes de limiter leur choix aux seules règles organisées en un ordre juridique codifié d'une manière distincte et complète ; le concept même de la *common law* démontre l'erreur de ce postulat³⁰.

24. Rappelons que le *qiyas* peut être élevé au niveau de règle irréfragable s'il obtient le consensus (*ijma'*).

25. H.P. Glenn, « Legal traditions in the world », OUP, 3rd ed., p.238, note 50 (et les références citées).

26. Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 WLR 1234. Cette déclaration formelle n'a fait qu'officialiser la jurisprudence du *House of Lords* sur le sujet (Voir *London Street Tramways Co. v. London County Council* [1898] AC 375. Voir aussi H.P. Glenn, « Legal traditions in the world », *op. cit.*, p.251, note 94 (*supra*, note 25)).

27. *Ibid.*

28. P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Etudes Goldman, Litec* 1982, p.125 ; A. Kassir, « Théorie générale des usages du commerce », LGDJ 1984, n°584.

29. S. Romano, « L'ordre juridique », Dalloz, 1975.

30. D'ailleurs, n'a-t-on pas souligné au terme de recherches universitaires approfondies la « remarquable ressemblance » entre la *Chari'a* et la *common law* ? Voir J. Makdissi, « Islamic origins of Common Law », *North Carolina Law Review*, 77 (5) 1999, pp.1635 – 1739, identifiant les similarités entre le contrat en droit anglais et l'*Aqd* islamique, l'action en repossesion (*assize of novel disseisin*) et l'*Istihqaq*, et le *jury* anglais et le *Lafif* islamique dans la jurisprudence classique *Maliki*. Il trace l'origine de ces institutions en droit anglais à leur transfert par les Normands du fait de la proximité entre le royaume normand de Roger II en Sicile – ayant hérité d'une administration islamique suite aux conquêtes – et d'Henry II en Angleterre. L'auteur soutient également l'idée selon laquelle les institutions juridiques anglaises telles que l'enseignement selon la méthode scholastique à Oxford et les écoles de droit que formaient au Moyen-Âge les *Inns of Court* en Angleterre (dont il soutient qu'elles sont l'équivalent des *Madars* dans l'Islam) et le *commenda* européen (équivalent du *Qirad* islamique) sont également issues de la *Chari'a*. Il affirme que la méthodologie du précédent et du raisonnement

D'autre part, plutôt que de s'acharner à rechercher une hypothétique liste de règles préexistantes, approche nécessairement réductrice, reconnaissons dans la *Chari'a* – comme dans la *lex mercatoria* – essentiellement une méthode de sélection de ces règles qui seraient applicables au cas présent³¹. On cherchera alors, dans les diverses sources de la *Chari'a*, principales et secondaires, les principes généraux pertinents et on les appliquera par déduction ou par analogie au cas présent.

C'est d'ailleurs bien cette méthode qui donne lieu aujourd'hui à des travaux de recherche et de doctrine d'une ampleur inégalée depuis le quatrième siècle de l'*Hijra*, période marquée par l'établissement par les principales écoles du *fiqh* de leur doctrine³². En témoigne l'activité doctrinale et codificatrice intense des chercheurs universitaires, des organisations internationales gouvernementales, non-gouvernementales et professionnelles islamiques³³, ou encore des '*ulamâ'*' membres de conseils de *Chari'a*

par analogie (*Qiyas*) est, de même, identique dans les systèmes islamique et de *common law*. Il en conclut que la *Chari'a* a contribué à poser les fondements de « la *common law* comme un tout intégré ». D'autres auteurs ont soutenu que le *trust* et l'*agency* en *common law*, introduits en Angleterre au retour des Croisades, sont un transfert des institutions islamiques du *Waqf* et de la *Hawala* que les croisés ont découvert au Moyen-Orient (voir G. Badr, « Islamic Law : Its Relation to Other Legal Systems », *The American Journal of Comparative Law* (Spring, 1978) 26 (2 – Proceedings of an International Conference on Comparative Law, Salt Lake City, Utah, February 24-25, 1977): 187-198 [196-8]; Hudson, A., *Equity and Trusts* (3rd ed.) (2003), Cavendish Publishing, 32; M. Gaudiosi, « The Influence of the Islamic Law of *Waqf* on the Development of the *Trust* in England: The Case of Merton College », *University of Pennsylvania Law Review* (April 1988) 136 (4): 1231-1261).

31. E. Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria* », *op. cit.*, p.22 et s. (*supra*, note 15). Le fait que cette méthode de sélection des règles que nous préconisons puisse occasionnellement être orientée par les parties à travers l'indication dans leur contrat de directives de méthode, telles, par exemple, le choix de la doctrine d'une école du *fiqh* (*mathhab*) plutôt qu'une autre, ne remet pas en cause cette approche. La conformité d'un tel choix (*takhayûr*) à la *Chari'a* ne fait guère de doute. Il en va de même si ce choix opère un dépeçage sélectif de la doctrine de plusieurs écoles de manière à avoir un avis final qui rassemblerait des éléments de chaque école (pratique appelée préjorativement *tâlfiq*, sans pour autant limiter sa légitimité). En effet, il a toujours été accepté, pour un musulman, de pouvoir choisir la doctrine de l'école du *fiqh* qui correspondait le plus à la transaction envisagée de manière à faciliter son exécution. Tant que ce choix n'était pas fait avec l'intention d'éluder une règle impérative, il était licite (conversation de l'auteur avec le mufti d'Alep, Dr. Mahmoud Akkam (26 juillet 2008, compte rendu archivé chez l'auteur)). Voir F. Vogel et S. Hayes, « Islamic law and finance », *op. cit.*, p.36, (*supra*, note 13) ; N. Hanna, « Making big money in 1600 », *op.cit.*, (*supra*, note 7).

32. N.H.D. Foster, « Islamic finance law as an emergent system », *op.cit.*, p.176 (*supra*, note 13).

33. Tels l'Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI), organisation non gouvernementale, créée au Bahreïn en 1991 par 155 institutions de 40 pays, dont des banques centrales, une institution financière multilatérale (l'Islamic Development Bank (IDB)) et des banques islamiques, et qui a produit deux séries de règles : Accounting, Auditing and Governance Standards for Islamic Financial Institutions (dernière mise à jour 2008) et les *Shari'a* standards (dernière mise à jour 2007 pour la version arabe et 2008 pour la traduction en anglais) ; l'Islamic Financial Services Board (IFSB), organe de régulation créé en Malaisie au titre de l'Islamic Financial Services Board Act de 2002 et qui rassemble des banques centrales et des institutions financières multilatérales (tels le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, la Banque pour les règlements internationaux) et d'autres établissements financiers, ayant produit en 2005 deux normes : la première sur la gestion des risques et la seconde sur les normes en matière de suffisance de capital; L'Islamic Financial Market (IIFM), organisation internationale créée en 2002 par le Bahreïn, la Malaisie, l'Indonésie, le Soudan et l'IDB,

d'établissements bancaires, qui produisent des normes, des interprétations et des *fatawa* nouvelles à rythme forcé pour répondre à une demande sans cesse augmentant pour des normes de *Chari'a* moderne. Un travail de systématisation et d'harmonisation sera sans doute nécessaire par la suite.

Voir dans la *Chari'a* une méthode de sélection des règles pertinentes au cas précis, plutôt qu'un recueil de toutes les règles applicables, devrait d'ailleurs permettre de considérer comme moins dirimantes – mais sans diminuer les difficultés pratiques qu'elles soulèvent – les critiques qui dénoncent l'incertitude du contenu de la *Chari'a* à cause de la divergence entre les interprétations des différentes écoles du *fiqh* et l'absence de connaissance de la jurisprudence des tribunaux de *Chari'a* des premiers siècles de l'Islam, de l'époque ottomane³⁴, ou même de nos jours³⁵. D'ailleurs, aurait-on pu identifier avec certitude le corpus de ces jurisprudences et coutumes en usage dans les premiers siècles de l'Islam, que l'on n'aurait à l'évidence pas pu le transposer, en l'état, dans les financements modernes. C'est le cas par exemple des règles bâties sur des stratagèmes (*hiyal*) que l'école *hanafi* avait identifiés pour légitimer des opérations autrement illégitimes mais considérées comme étant nécessaires à la vie quotidienne ou aux affaires³⁶. Beaucoup de ces *hiyal* n'ont plus cours

qui a pour mission de développer un marché financier international basé sur la *Chari'a* ; l'International Islamic Rating Agency (IIRA), dont l'actionnaire principal est l'IDB, créée en 2002 au Bahreïn pour offrir des notations d'institutions et d'instruments financiers tels que les *sukuk* basées sur leur conformité à la *Chari'a* ; l'Institut de recherche islamique de l'université Al-Azhar au Caire (*Majma' al-Buhuth al-Islamiyyah*), créé en 1961 ; l'Institut de *Fiqh* islamique de la Ligue islamique, créé en 1979 ; et l'Institut de *Fiqh* islamique de l'Organisation de la conférence islamique, créée en 1984 (liste citée dans M. El-Gamal, « Interest and the paradox of contemporary Islamic law and finance », (27) *Fordham International Law Journal* (2003), p.113, et N.H.D. Foster, « Islamic finance law as an emergent system », *op. cit.*, p.181 (*supra*, note 13).

34. L'État ottoman a promulgué en 1863 son code civil, *majallat al-ahkam al-adliyyah*, d'après les règles de la *Chari'a* selon le rite hanafite. Il a confié son application à des tribunaux nouvellement créés, et non aux *qûdat*. Voir S. Tarazi, « La solution du problème des statuts personnels dans le droit des pays arabes et africains », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, T. 159 (I), 1979, Sijthoff & Noordhoff, p.393.

35. La *Chari'a* ne reconnaît pas le caractère de précédent obligatoire aux jugements des tribunaux. De plus, l'efficacité et l'organisation des tribunaux et de la doctrine juridique dans la plupart des pays musulmans sont trop limitées pour assurer une publication systématique des jugements.

36. Un exemple est *Bai' al-wafa'* qui permet de contourner l'interdiction du *riba* en structurant sous forme d'une vente à réméré ce qui pourrait paraître comme un prêt garanti par un nantissement sur le bien vendu. Ainsi, au lieu d'emprunter la somme dont il a besoin, l'emprunteur vendra un bien à un acheteur qui s'engage à le lui revendre à un terme et à un prix convenu qui serait égal au prix d'achat initial plus une marge bénéficiaire. Ceci a d'ailleurs amené la *Majalla* à considérer, à son article 3, *Bai' al-wafa'* comme un nantissement. Une *hila* similaire, et toute aussi controversée, est *Bai' al-'ina*. Au titre de ce stratagème, l'acheteur achète à un vendeur un bien à une somme (x) payable à terme, et le vendeur le lui rachète aussitôt avec le paiement immédiat de (x - y). La différence avec la *mourabaha* est que l'acheteur dans *Bai' al-'ina* achète un bien dont il n'a aucun besoin et calcule le montant de (x) de manière à correspondre au prêt dont il a besoin en réalité, (y) étant la rémunération du vendeur bailleur de fonds. Un autre exemple, mais plus contesté parmi les *fûqaha'*, est le droit du gagiste à

aujourd'hui et sont, de toutes les manières, rejetées par les écoles *hanbali* et *maliki*, qui préfèrent se fonder sur l'intention des parties (*al-ba'eth*) plutôt que sur la forme qu'elles donnent à leur acte.

Il va de soi qu'admettre le caractère de règles normatives non-étatiques à la *Chari'a* ne veut pas dire qu'elle se situerait en dehors des ordres juridiques étatiques. Comme les autres règles non-étatiques, la *Chari'a* trouvera son impérativité dans les ordres juridiques étatiques³⁷. Autrement dit, la *Chari'a* est créée hors les ordres juridiques étatiques, mais doit être en situation de relevance à l'égard de ceux-ci pour être sanctionnée juridiquement par le bras séculier de l'État³⁸. Les contrats étant les principaux supports de la finance islamique, ils serviront, par la voie de l'emprunt, de moyen d'insertion de la *Chari'a* dans l'ordre juridique étatique à travers la force obligatoire que leur attache cet ordre. Les tribunaux de cet ordre assureront alors le respect de ces contrats.

L'œuvre de codification des normes financières de la *Chari'a* entreprise par l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) mérite d'être signalée³⁹. Elle peut, à terme, jouer le même rôle de systématisation et d'harmonisation que celui qu'ont joué à l'égard de la *lex mercatoria* les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Adoptés en 1994, actualisés en 2004, les Principes Unidroit se sont rapidement imposés comme une source de l'interprétation des contrats internationaux par le juge ou l'arbitre, ou encore comme modèle législatif pour les législateurs nationaux et internationaux. Ils sont surtout considérés comme une codification – non exhaustive, de type *restatement* – de la *lex mercatoria*. C'est ce qu'ambitionne la codification

percevoir les fruits du terrain qui lui est remis en gage, ce qui permet d'encourager le crédit. Il est intéressant de remarquer que cette pratique s'inspire d'une règle similaire dans le Talmud et a été à l'origine du gage-vivant de l'ancien droit.

37. E. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in « Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle », Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Editions du Jurisclasseur, 2000, p.28.

38. *Idem.*, p.41.

39. *Supra*, note 33, Le travail de l'AAOIFI n'est pas sans rappeler la *Majalla* (*supra*, note 34). Plusieurs raisons peuvent expliquer que le renouveau de la codification de la *Chari'a* n'ait pas pris la *Majalla* comme base. D'une part, le fait que la *Majalla* ait codifié la *Chari'a* selon l'enseignement de la seule école *hanafi*, *madhhab* officiel de l'empire ottoman. D'autre part, la rédaction des dispositions codifiées dans la *Majalla*, pour élégante qu'elle soit, utilise des concepts et des termes désuets, ce qui va à l'encontre de l'objectif d'une codification moderne de la *Chari'a* pour faciliter son usage dans les transactions financières d'aujourd'hui. D'ailleurs, il est symptomatique de constater que les *mùftùn* (pl. *mùfti*), même *hanafi*, encore moins les personnes non-qualifiées, ne recourent plus à la *Majalla* pour leurs *fatawa*. Ils la transcendent volontiers pour aller directement aux sources de l'enseignement *hanafi* dans lequel les rédacteurs de la *Majalla* avaient puisé (conversation de l'auteur avec le *mùfti* d'Alep, Dr. Mahmoud Akkam (26 juillet 2008, compte rendu archivé chez l'auteur)).

de l'AAOIFI. D'ailleurs, le processus méthodique et consensuel qu'a privilégié l'AAOIFI en codifiant les normes financières de la *Chari'a* renforce leur autorité. Les projets successifs de ces normes ont, en effet, été soumis à divers comités de l'AAOIFI qui réunissent tous les critères de représentativité, tant géographique que doctrinale (*fiqhi*). Ils ont été discutés en audiences publiques auxquelles les différentes parties prenantes, régulateurs et établissements financiers, furent invités. La dernière version de 2007 des normes de l'AAOIFI comprend 30 normes admirablement synthétisées. Elles peuvent parfaitement faire l'objet d'une incorporation dans les contrats par référence contractuelle ou être citées par les juges ou les arbitres à l'appui de leur décision⁴⁰.

Du reste, s'obstiner à nier tout caractère normatif aux règles de la *Chari'a* n'aboutira pas nécessairement à voir la finance islamique choisir la voie de la loi française pour acculturer ses effets dans le système juridique français, et ce pour deux raisons. Premièrement, le principe de l'autonomie de la volonté qui permet aux parties à un contrat international de désigner la loi régissant leur contrat sans aucune entrave leur permettra aussi, en structurant leur financement islamique, de mettre en concurrence l'ensemble des lois nationales et de sélectionner celle qui serait la plus favorable à l'efficacité de leur choix de la *Chari'a* comme règles régissant leur contrat. On pourrait aboutir ainsi à l'émission de *sukuk* en France ou à des financements impliquant une *moudaraba* qui seraient soumis en tout ou partie – par application du dépeçage – à la loi saoudienne, loi qui a la *Chari'a* pour ossature, ou à la loi d'un autre pays arabe où la *Chari'a* serait une source principale du droit. Le caractère universel du règlement Rome I emporte l'obligation pour les tribunaux français de donner effet à ce choix.

Deuxièmement, la liberté offerte aux parties à des financements islamiques internationaux de recourir à l'arbitrage conduirait à limiter les effets d'une acculturation imposée de la *Chari'a* dans l'ordre étatique du pays de réception. En effet, une sentence arbitrale internationale rendue en application de la *Chari'a* comme ensemble de règles normatives nationales sera exécutoire en France, à l'instar des sentences appliquant la *lex mercatoria* en dehors de toute référence à un ordre étatique. Il ne s'agit

40. Une entreprise plus ambitieuse de codification du *fiqh* semble d'ailleurs sur le point de démarrer suite au consensus dégagé en ce sens à l'issue du colloque « Codification and renewal of contemporary Islamic *Fiqh* », organisé à Mascate du 5 au 8 avril 2008 sous le patronage du ministère des affaires religieuses omanais.

pas là d'une simple hypothèse. Des appels se sont déjà élevés en faveur de la création d'une cour permanente d'arbitrage islamique⁴¹. Comme leurs homologues conventionnels qui s'estiment affranchis de l'attraction des règles étatiques et puisent volontiers dans les usages du commerce international et les principes généraux du droit pour rendre leurs sentences, les arbitres islamiques utiliseront celles des règles de la *Chari'a* qu'ils détermineront comme étant pertinentes pour la solution du litige. L'Islamic Development Bank propose déjà, dans les financements auxquels il participe, une clause d'arbitrage régie par la *Chari'a*, jusqu'à présent avec peu de succès lorsqu'une banque conventionnelle internationale y participe. Mais si les tribunaux des pays non musulmans viennent à récuser, par principe, le caractère normatif de la *Chari'a*, le rapport de force risque de changer. A l'instar du marché des biens et des services, le marché des idées juridiques est libre et concurrentiel⁴². L'équilibre de l'offre et de la demande n'est plus celui des premières années de la finance islamique où des capitaux abondants peinaient à trouver des débouchés locaux et cherchaient à investir à l'étranger. Depuis, la crise des marchés financiers est passée. Gageons que la disponibilité immédiate des avoirs islamiques dans un contexte où il est impératif de trouver rapidement de nouvelles sources de liquidité influencerait aujourd'hui différemment cet équilibre.

41. F. Vogel et S. Hayes, « Islamic law and finance », *op. cit.*, p.51, (*supra*, note 13); N.H.D. Foster, « Islamic finance law as an emergent system », *op. cit.*, p.183, (*supra*, note 13), qui cite une intervention lors du sixième forum de Harvard sur la finance islamique du 8-9 mai 2004. Voir aussi U. Chapra, « Innovation and authenticity in Islamic finance », conférence donnée au 8th Harvard University Forum on Islamic finance, 19-20 avril 2008, qui appelle à la création de tribunaux de *Chari'a* où les procédures seraient plus rapides que devant les tribunaux conventionnels (p.21 de la copie distribuée lors de la conférence). L'AAOIFI et le Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur offrent un système d'arbitrage islamique institutionnel. Les *muftûn* siégeant dans les conseils de *Chari'a* des établissements de crédit agissent régulièrement comme arbitres *ad hoc* dans des opérations financières.

42. Il est utile de faire le parallèle avec le *trust*. Historiquement, le *trust* s'est développé en droit anglais comme institution du droit des biens, en l'absence d'une théorie générale du droit des obligations que les juristes européens utilisaient pour réaliser les mêmes fins. Rapidement, cependant, le *trust* a supplanté ses équivalents européens, y compris en matière de certitude *ex ante* et de traçabilité des actifs. Le résultat est l'utilisation dans les contrats internationaux, chaque fois que possible, du *trust* plutôt que des fiducies européennes. Ceci a amené de nombreux systèmes de droit de tradition civiliste à adopter le *trust*, tels le Japon, la Chine, l'Ecosse, la Louisiane et le Québec. Voir U. Mattei, « Efficiency in legal transplants – an essay in comparative law and economics », *International Review of Law and Economics*, March 1994, p.9.

II. Le transfert de la finance islamique en droit français ne doit pas passer par son acculturation

En droit, l'acculturation vise le processus suivant lequel les systèmes de normes juridiques sont construits et modifiés par les contacts et les interpénétrations entre cultures et sociétés⁴³. L'acculturation, souvent liée à des phénomènes conflictuels, engendre des modifications susceptibles de changer la nature de l'ensemble des systèmes juridiques en présence.

La réception de la finance islamique en droit français n'a pas besoin d'une acculturation qui prendrait la forme de la soumission ou de l'assimilation de la *Chari'a* au droit français. Une telle voie susciterait des débats aussi interminables que stériles à un moment où les différents pays rivalisent de mesures concrètes pour attirer l'investissement étranger. Elle doit être abandonnée au profit de l'emprunt qui, sélectif, porterait seulement sur ceux des éléments du système juridique français qui seraient indispensables à l'accueil de la finance islamique (A). Au delà, reconnaître aux systèmes de droit une multivalence, qui reflèterait la globalisation des échanges et la libre circulation des idées de droit, assurerait une diversité qui rend inutile tout transfert de droit (B).

A. Les transferts de droit : déplacement ou emprunt ?

En matière juridique, le transfert est l'entrée dans une société d'un droit ou de certaines règles juridiques qui ont été élaborés dans un milieu social différent et parfois à une époque déjà lointaine⁴⁴. C'est un phénomène ancien dans l'histoire du droit, mais de grande actualité aujourd'hui avec des systèmes juridiques fonctionnant volontiers en réseau à influence réciproque. Il est désormais moins lié aux prétentions de domination qu'à la recherche de l'efficacité économique. Que ce soit volontairement, comme en Chine à l'heure de la codification de son code civil, ou par la contrainte, dans le but de bénéficier des prêts de certaines institutions multilatérales, comme dans des pays d'Europe de

43. N. Rouland, « acculturation juridique », Dictionnaire de la culture juridique, D. Alland et S. Rials (dir.), Lamy, PUF, 2003, p.4 ; M. Alliot, « l'acculturation juridique », in J. Poirier (dir.), « Ethnologie générale », Gallimard, 1968, pp.1180 – 1246.

44. J. Gaudemet, « Les transferts de droit », *op. cit.* p.91, (*supra*, note 8).

l'Est et d'Afrique⁴⁵, les pays récepteurs recourent aux emprunts juridiques, souvent d'ailleurs à plusieurs modèles étrangers concomitamment⁴⁶.

Pour être accueillie en France, la finance islamique doit-elle passer par la transplantation de la *Chari'a* dans le système juridique français pour y former un sous-droit ou un droit mixte d'application spéciale?

On connaît le débat en droit comparé sur l'effectivité des transferts de droit⁴⁷. On a ainsi pu démontrer que la règle de droit est indissociable de la culture qui l'a engendrée. Un transfert de droit supposerait que l'on procède au déplacement dans le système de réception de l'intégralité du système juridique d'origine qui a accompagné la proposition de la règle, dans la langue où elle a été initialement formulée, ainsi que de la compréhension qu'en ont eu ses destinataires lors de son édicition et de son application. Partant, la règle de droit, marquée par une idiosyncrasie conceptuelle et une autochtonie irréductible, ne peut être déplacée dans un ordre juridique de réception sans être altérée⁴⁸. Elle pourrait, le cas échéant, inspirer une règle similaire dans le système de réception, voire même une règle qui serait rédigée en termes identiques, mais là s'arrêterait l'analogie : la règle du système de réception ne saurait être la même que celle du système d'origine.

Sans doute plus que d'autres systèmes normatifs, la *Chari'a* renvoie à une idiosyncrasie sémio-culturelle qui lui est propre. Elle est indissociable de l'histoire de la *Chari'a*, de la culture de la société où elle a été façonnée progressivement, de sa langue et de celles de ses interprètes au fil des siècles. Pour ne prendre qu'un exemple parmi de nombreux autres pour illustrer notre propos, une *mourabaha* n'est pas réductible à deux ventes successives avec une marge bénéficiaire. Son émergence est liée à l'interdiction du *riba*, sans laquelle on aurait pu, bien plus facilement, financer une vente par une mobilisation banale de créance.

45. H. Piquet, « La Chine à la croisée des traditions juridiques – regards sur les transferts de droit et le droit chinois », *Politique et sociétés*, vol. 25, n°2-3, 2006, p.51, note 13.

46. A. Watson, « Legal transplants – an approach to comparative law », *Scotish Academic Press et, pour l'édition américaine, University Press of Virginia*, 1974, 94 (N.D.A. une 2e édition est parue en 1993, mais il ne nous a pas été possible de la consulter); U. Mattei, « Efficiency in legal transplants – an essay in comparative law and economics », *op. cit.*, p.4, (*supra*, note 42).

47. La ligne pro transfert est représentée, notamment, par le professeur Alan Watson de l'Université de Géorgie aux États-Unis (voir l'ouvrage cité dans la note précédente) alors que l'opposition au transfert est représentée par le professeur Pierre Legrand de l'Université de Tilburg aux Pays-Bas (Voir P. Legrand, « The impossibility of "legal transplants" », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (1997) 111).

48. P. Legrand, « The impossibility of "legal transplants" », *op. cit.*, p.117 et p.120, (note précédente).

A la difficulté conceptuelle de transférer la *Chari'a*, se rajoutent l'expérience peu concluante du passé et le résultat inopportun auquel un tel transfert aboutirait. En effet, les tentatives des puissances conquérantes ou colonisatrices de proposer des systèmes de droit parallèles ou mixtes se sont toutes soldées par un échec. Dans la Rome antique, la coexistence parallèle du *ius civile* pour les citoyens romains et le *ius gentium* pour les non-romains fut mise à terme par l'édit de Caracalla en l'an 212 donnant à tous les pérégrins la citoyenneté romaine et leur offrant, du coup, le bénéfice du *ius civile*⁴⁹. En 1818, aussitôt les pays rhénans libérés, la Prusse substitua son droit au Code civil français imposé lors de l'annexion française⁵⁰. En 1772, les tribunaux coloniaux britanniques en Inde eurent à appliquer les normes juridiques locales : la *Chari'a* pour les « mahométans » et les *shastras* brahmanes pour les hindous. En résulta une ligne de jurisprudence qui vint à être appelée *Anglo-Muhammadan law*. La difficulté de concilier les règles de procédures britanniques avec les lois religieuses applicables par ces tribunaux, après avis d'experts indigènes (*maulavis* pour la *Chari'a* et *pandits* pour les lois brahmanes), fit que, en 1875, seuls le droit de la famille et certains aspects du droit des biens continuèrent à être jugés selon ce système bâtard⁵¹.

La France en Algérie tentera aussi d'utiliser le droit musulman à des fins politiques pour mieux contrôler la population locale⁵². Une application différenciée et inégale va s'ensuivre, dont le code de l'indigénat et la citoyenneté limitée pour les musulmans d'Algérie sont les manifestations les plus connues. La politique coloniale au Maroc est différente, mais non moins discriminante. Elle va séparer les berbères et les arabes en édictant

49. J. Gaudemet, « Les transferts de droit », *op. cit.*, p.94 (*supra*, note 8).

50. *Idem.*, p.112. Naturellement, il faut se garder de toute généralisation. D'autres pays ayant reçu le Code civil français *ratione imperii* choisirent de le conserver *imperio rationis* après leur indépendance. C'est par exemple le cas de la Belgique et des pays francophones d'Afrique. La grande majorité des dispositions du nouveau code civil arménien du 28 juillet 1998 est directement copiée du code civil russe. Le projet fut d'ailleurs rédigé en russe. Enfin, notons aussi pour l'anecdote que le traité d'Aubry et Rau, « Cours de droit civil français d'après la méthode de ZaChari'ae », sans doute l'ouvrage qui a le plus marqué la doctrine du droit civil et la jurisprudence au 19^e siècle, est basé sur une traduction par les auteurs de l'ouvrage de Karl Salomon ZaChari'ae, « Handbuch des französischen Civilrechts », publié en 1807 à Heidelberg. Ainsi, la doctrine sur le droit transféré développée dans l'ordre juridique de réception peut, à son tour, exercer son influence sur l'ordre juridique d'origine. Références citées par A. Watson, « Legal Transplants and European Private Law », vol 4.4 Electronic Journal of Comparative Law, december 2000, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html> (dernière consultation au 27 juillet 2008).

51. M. Anderson, « Islamic law and the colonial encounter in British India », in « Institutions and ideologies », Arnold, David and Peter Robb (Dir.), Curzon Press Ltd., 1993, p.165.

52. J.Ph. Bras, « La shari'a et les transformations du droit dans le monde musulman », *op. cit.*, (*supra*, note 8).

un système de droit et de tribunaux distinct pour chaque ethnie : droit musulman pour les arabes et coutumes pour les berbères. Ce sera aussi un échec.

Mais même en faisant table rase de l'expérience de la cohabitation de systèmes juridiques sur la base du communautarisme, il reste incontestable que transférer la *Chari'a* en droit français pour accueillir la finance islamique dans un sous-ordre juridique séparé, à l'intérieur de l'ordre étatique français, heurterait les valeurs fondamentales du droit français. Ceci ne serait d'ailleurs guère différent si l'on venait à transférer dans l'ordre juridique français, en l'état, le droit russe, le droit chinois ou le droit japonais. Comment accepter la discrimination d'un système de droit séparé pour chaque communauté ou l'incertitude d'un système dualiste qui appliquerait le droit français et la *Chari'a* sélectivement, alternativement ou cumulativement ? Faudrait-il, par exemple, retenir les vices du consentement énumérés par la *Chari'a*, ceux retenus par la loi nationale identifiée par le juge, uniquement ceux qui sont communs aux deux systèmes ou cumulativement les deux séries de vices ?⁵³

Seulement, ce n'est pas parce que l'on conclut, avec raison, à l'impossibilité conceptuelle ou à l'inopportunité du transfert de la *Chari'a* en droit français comme un sous-ensemble séparé qu'il faut *ipso facto* gommer son altérité et considérer son accueil par l'emprunt de l'un ou l'autre des contrats nommés du droit français. Ainsi, assimiler le *waqf* à la fiducie de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 serait nécessairement réducteur, quand bien même elle viendrait à être réformée comme le réclament de nombreuses voix, car la fiducie serait incapable de refléter la sophistication du *waqf*. Dans son apparence, le *waqf* est l'acte par lequel le constituant renonce à titre irrévocable, définitif et perpétuel, à sa propriété d'un bien et demande à un gérant de le gérer conformément aux termes convenus dans l'acte constitutif, de manière à faire profiter des fruits de ce bien une personne déterminée ou réaliser une œuvre pieuse. En réalité, le *waqf* est bien plus compliqué. Il répond surtout à un équilibre précaire entre le gérant investi de la mission de gérer le bien, le *qâdi* qui demeure le supervi-

53. Voir la tentative du Doyen F. Hage-Chahine de dégager des « dénominateurs communs » entre la *Chari'a* et le droit français, rapport de synthèse, in « Les principes généraux du droit – Droit français, droits des pays arabes, droit musulman (dénominateurs communs) », Bruylant, 2005.

seur de la gestion du *waqf*, et les héritiers spoliés par le *waqf* souvent utilisé pour détourner la loi successorale édictée par le *Cor'an* et les pouvoirs publics qui convoitent ce bien⁵⁴. Cette donne ne peut être recréée en France et un *waqf*, accueilli dans une fiducie, ne sera qu'une fiducie.

Pas plus n'est fiducie de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 une *mourabaha*. Malgré les nombreuses similarités entre les deux mécanismes, une *mourabaha* est intimement dépendante des promesses contraignantes de vente et d'achat qui la précèdent. Sans ces promesses, elle ferait porter au *mourabeh* un risque qu'il n'est pas en mesure d'assumer, quand bien même l'évacuation totale du risque disqualifierait la *mourabaha* de son substrat conforme à la *Chari'a*. De même, la *wakala*, utilisée de plus en plus dans les comptes de dépôt dans la banque de détail islamique, n'est pas réductible au mandat du Code civil, encore moins au mandat de gestion régulé par l'AMF. D'une part, une *wakala* peut inclure une stipulation pour autrui et devenir ainsi irrévocable et, d'autre part, les principes de partage des risques et du profit qui régissent les opérations bancaires islamiques s'accommoderaient mal des diverses formes de garantie du capital ou d'un revenu que les mandats de gestion pourraient proposer.

B. Pour une approche multivalente : éviter l'erreur Beximco

Les tribunaux français n'ont pas encore eu à statuer sur l'efficacité du choix de la *Chari'a* comme règles de droit applicables à un contrat de financement islamique. Les tribunaux anglais, par contre, ont eu à le faire à trois reprises jusqu'à cette date. Les tribunaux malais aussi. Leurs décisions sont riches d'enseignement.

1. La décision *Symphony Gems*

La première décision, *Symphony Gems*, a été rendue par la Commercial Court de Londres le 13 février 2002⁵⁵. Le litige concernait un contrat de *mourabaha* dont la validité était contestée par les défendeurs. Le contrat stipulait :

54. N. Hanna, *op. cit.*, p.125, (*supra*, note 12).

55. *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems NV and others*, per Tomlison J, [2002] EWHC 1 (Comm).

This Agreement and each Purchase Agreement shall be governed by, and shall be construed in accordance with, English law.

The Purchaser hereby agrees (...) that the courts of England shall have exclusive jurisdiction to hear and determine any suit, action or proceeding, and to settle any disputes, which may arise out of or in connection with this Agreement or any Purchase Agreement and, for such purposes, irrevocably submits to the jurisdiction of such courts.

Le juge nota ces clauses, décida que le contrat était régi par le droit anglais, et non par la *Chari'a*, et refusa d'entrer dans le débat des experts présentés par les parties pour déterminer ce que constitue une *mourabaha* légitime au regard de la *Chari'a*. Il rejeta aussi la défense du vendeur quant à l'illégalité de la *mourabaha*, si elle venait à produire ses effets en Arabie Saoudite, pays régi par la *Chari'a* et lieu d'établissement du demandeur. Analysant les flux anticipés, le juge considéra, en effet, que l'exécution des obligations réciproques ne présente aucun lien de rattachement avec l'Arabie Saoudite et enlève toute pertinence à la prétendue non-conformité à la *Chari'a*.

En l'espèce, la *mourabaha* n'avait d'islamique que le nom. Elle était structurée, y compris quant au droit applicable, comme un financement traditionnel de matières premières sous droit anglais. La décision du juge de refuser d'appliquer la *Chari'a* doit être approuvée car donnant effet au choix des parties.

2. La décision *Beximco*

La deuxième décision, *Beximco*⁵⁶, est la plus largement citée. Ayant fait l'objet de décisions par deux instances : en première instance et en appel, elle aborda la validité du choix de la *Chari'a* comme droit applicable et s'interrogea sur la teneur de celle-ci, si elle venait à s'appliquer.

L'objet du litige portait également sur deux *mourabahat* (plus tard rééchelonnées sous forme d'*ijarat*), mais avec une clause de droit applicable rédigée en termes différents de ceux de *Symphony Gems*:

56. *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, Morison J pour la décision de la Commercial Court du 1er août 2003 [2003] EWHC 2118 (Comm), [2003] 2 All ER (Comm) 849, et Potter L.J. pour l'arrêt de la Court of Appeal du 28 janvier 2004 [2004] EWCA Civ 19, [2004] 4 All ER 1072.

Subject to the principles of the Glorious Chari'a, the agreements should be governed and construed in accordance with English law.

Les défendeurs acheteurs de la marchandise et leurs cautions plaidèrent l'extinction de leur obligation de paiement pour cause de non conformité des contrats à la *Chari'a*, les *mourabahat* recelant, en réalité, un prêt à intérêt. Ils démontrèrent qu'il n'avait jamais été prévu d'acheter des marchandises ou de louer des biens et que la banque demanderesse avait proposé ce stratagème pour légitimer le financement du fonds de roulement demandé par les défendeurs. Ils demandèrent que la clause de droit applicable précitée soit interprétée comme exprimant le choix des parties pour une application dualiste du droit anglais *et* de la *Chari'a*, de manière à ce que le contrat ne soit exécutoire que s'il était conforme à la fois au droit anglais *et* à la *Chari'a*.

La clause était à l'évidence pathologique, se référant en termes ambigus à deux systèmes juridiques. La voie était libre pour son interprétation par le tribunal, souverain sur les faits. Le tribunal, approuvé par la Cour d'appel, jugea que le contrat était régi par le droit anglais. La référence à la *Chari'a* ne constituait pas une incorporation contractuelle de ses règles aux dépens du droit anglais, mais une simple référence aux principes bancaires islamiques desquels la banque demanderesse se réclamait pour ses activités. Ayant interprété la volonté des parties comme consistant à choisir le droit anglais pour régir leur contrat, la Cour jugea improbable qu'elles aient aussi voulu lui conférer le pouvoir d'identifier et d'appliquer les principes de la *Chari'a* pertinents au litige.

Sur ce point, l'arrêt de la Cour est irréprochable. Les parties avaient visiblement si peu confiance dans le caractère normatif de la *Chari'a* qu'elles n'osèrent s'affranchir de l'ordre juridique étatique que constitue le droit anglais. Partant, la Cour n'a fait que donner effet à leur choix tel qu'exprimé par la clause de droit applicable. Notant l'opportunisme des défendeurs qui n'alléguèrent l'illégitimité des contrats que plusieurs années après leur exécution continue et dans le seul but d'échapper à leur obligation de payer la banque, la Cour les condamna au paiement du prix convenu à la banque *mourabeh*.

Beximco est un arrêt d'espèce et l'on aurait tort de lui attribuer une portée de principe. Deux raisons contribuent à ce résultat. Premièrement, en faisant

prévaloir le droit anglais sur la *Chari'a* comme droit applicable aux *mourabihat*, le juge de première instance se référa à l'article 3(1) de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Celle-ci, on l'a vu⁵⁷, se réfère à « la loi choisie par les parties », généralement interprétée comme une référence à une loi nationale plutôt que des règles de droit non liées à un ordre étatique précis. La *Chari'a* n'étant pas une loi nationale, le juge l'élimina d'emblée⁵⁸. Or, depuis l'adoption du règlement Rome I qui se réfère explicitement dans son préambule à la possibilité pour les parties d'intégrer dans leur contrat par référence un droit non-étatique⁵⁹, tout obstacle lié à la nature non-étatique des règles de droit n'a plus lieu d'être. La décision du juge sur ce point est donc caduque par l'effet de l'évolution du droit.

Seulement, et c'est le deuxième point qui contribue à limiter la portée de l'arrêt *Beximco*, le juge de première instance a poursuivi son jugement en *obiter dictum* pour indiquer que, même si l'on venait à reconnaître une juridicité à la *Chari'a*, son application n'en demeurerait pas moins controversée. En particulier, selon le juge, il y a peu de précision sur la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer la *Chari'a*. Et de conclure qu'il lui paraissait improbable que l'on attendît d'un tribunal anglais de statuer sur des points controversés de croyance religieuse, cette mission devant revenir au conseil de *Chari'a* de la banque demanderesse⁶⁰. L'approuvant, la Cour d'appel ira encore plus loin en jugeant que la référence générale à la *Chari'a* dans la clause de droit applicable dans les *mourabahat* ne donne pas d'indications suffisantes quant aux règles de la *Chari'a* que les parties se sont convenues d'incorporer dans leurs contrats⁶¹. Elle se rallia aussi à la difficulté perçue par le juge de première instance quant à la traduction des normes morales et religieuses multi-centenaires de la *Chari'a* en normes juridiques modernes, ainsi que celle d'avoir à choisir entre les doctrines divergentes des différentes écoles du *fiqh* avant de trancher le point en litige.

Cette approche traduit la conception erronée que la Cour a de la *Chari'a*. Comme nous l'avons démontré plus haut⁶², la *Chari'a* est moins

57. *Supra*, p.150.

58. [2003] 2 All ER (Comm) 849, parag. 27 et s.

59. *Supra*, p.150.

60. [2003] 2 All ER (Comm) 849, parag. 36 et s.

61. [2004] 4 All ER 1087, parag. 52.

62. *Supra*, p.154.

une liste de règles préexistantes qu'une méthode de sélection de ces règles que le juge ou l'arbitre déterminera souverainement comme étant applicables au cas qui lui est soumis. Diversité des interprétations doctrinales des écoles du *fiqh*? Peut-être, mais n'est-ce pas là le propre de la doctrine? D'ailleurs, la procédure civile britannique qui rend le recours aux experts indispensable, dès qu'il s'agit d'interpréter une loi étrangère, est toute indiquée pour jouer également ce rôle, lorsqu'il s'agit de l'application de la *Chari'a*.

Approuver la Cour quant à son approche casuistique visant à condamner le comportement répréhensible des défendeurs n'empêche pas de trouver qu'elle a été un *obiter* trop loin. L'arrêt *Beximco* est un arrêt d'espèce et ne préjuge en rien des futures décisions des tribunaux britanniques à l'égard de contrats de financement islamiques qui choisiraient sans ambivalence la *Chari'a* comme droit applicable. Le troisième arrêt, *Musawi*, peut être interprété *a contrario* en ce sens.

3. La décision *Musawi*

Dans l'affaire *Musawi*⁶³, le litige est né à l'occasion de l'achat d'un terrain à Wembley en Grande-Bretagne, entre deux personnes qui s'étaient associées pour l'occasion. L'un des associés refusa d'exécuter la sentence arbitrale qui fut rendue. Le litige fut donc porté devant le tribunal de Chancery pour juger si l'arbitre avait statué sur le litige ou non. Dans leurs plaidoiries, les parties ne contestaient pas que leurs contrats étaient régis par « le droit de *Chari'a* chiite ». Par contre, se sentant liées par l'arrêt *Beximco*, elles ont convenu que la *Chari'a* ne pouvait être le droit applicable à certains des contrats en litige, ceux-ci devant être considérés comme régis par le droit anglais, mais ont néanmoins maintenu leur désaccord quant à l'application de la *Chari'a* aux autres contrats.

Le juge décida qu'en *common law*, le droit applicable à un contrat ne saurait qu'être celui d'un système juridique étatique. Il cita cependant, à titre d'exception, l'article 46(1) de la loi sur l'arbitrage de 1996 qui permet, à son paragraphe (b), aux parties ou au tribunal arbitral, de choisir un

63. *Musawi v R E International (UK) Ltd and others*, per David Richards J, 14 décembre 2007, [2007] EWHC 2981 (Ch), [2007] All ER (D) 222 (Dec).

système juridique non-étatique⁶⁴ et le commentaire de ce paragraphe dans le traité classique de Dicey et Morris qui se réfère à la possibilité de choisir des règles de droit anationales, tels que les principes généraux du droit commercial ou la *lex mercatoria*⁶⁵.

Notre conclusion aux pages 165-166 ci-dessus reste la même. Après l'adoption du règlement Rome I, un juge britannique, comme ses homologues dans les autres pays européens, se doit de donner effet au choix des parties de régir leur contrat par des règles de droit non-étatiques. C'est le cas d'une référence explicite et précise à la *Chari'a*. Cette conclusion trouve toutefois sa limite dans les situations n'impliquant pas un élément d'extranéité. La *common law* devra alors être appliquée plutôt que le règlement Rome I. L'effet que recevront les règles non-étatiques dépendra, selon qu'elles seront appliquées par un arbitre ou par un juge. Dans le premier cas, elles recevront plein effet, y compris devant le juge de l'exequatur. Par contre, un juge anglais à qui le litige serait soumis directement pourrait, au nom de la *common law*, substituer à la *Chari'a* le droit anglais.

4. La décision *Affin Bank*

La décision *Affin Bank* de la High Court de Kuala Lumpur⁶⁶ montre que les tribunaux des pays musulmans eux-mêmes peuvent être amenés à rendre des décisions en matière de finance islamique qui n'appliqueraient pas la *Chari'a* dans le respect strict de ses préceptes. La Malaisie, on le sait, est un pays où la religion officielle est l'Islam, mais dont la constitution garantit la liberté de croyance. Les litiges issus d'opérations bancaires islamiques sont jugés par des tribunaux civils séculaires qui appliquent le droit malais suppléé par la *common law*. Malgré l'importance de la finance islamique dans le pays, les tribunaux civils ont maintenu l'application du droit malais aux litiges, et non la *Chari'a*. La décision *Affin Bank* est la première où un tribunal aborde l'interprétation en *Chari'a* d'un contrat et juge sur le fondement des règles de celle-ci, ou du moins de la conception qu'il a de ces règles.

64. « 1) The arbitral tribunal shall decide the dispute (...) (b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal ».

65. Dicey, Morris & Collins, « The conflict of laws », 14th ed., Thomson Sweet & Maxwell, paras 16-050 et s.

66. *Affin Bank Berhad v Zulkifli Abdullah*, [2006] 1 CLJ 438, A.H. Buang, « Islamic contracts in a secular court setting ? lessons from Malaysia », *Arab Law Quarterly* 21 (2007) 317 – 340.

Le litige concernait un prêt immobilier accordé par une banque à l'un de ses employés à un taux préférentiel, avec une clause stipulant l'actualisation au taux du marché en cas de cessation du contrat de travail. Le prêt fut accordé sous la forme d'un *bai' bil thaman al-ajel*. Cette forme de vente à paiement différé, la plus proche conceptuellement du prêt à intérêt, a toujours été utilisée à des fins de financement. Son attractivité tient au fait que la détermination du prix est laissée à l'accord des parties. Le vendeur (en vérité prêteur) calculera donc le prix en fonction de la période du différé de paiement accordé à son acheteur, allant même parfois jusqu'à prendre le *Libor* comme référentiel⁶⁷.

A la démission de l'employé, la banque a appliqué le taux actualisé, doublant ainsi le montant à rembourser. Le juge refusa d'accorder le paiement réclamé et le réduisit à un taux à peine plus élevé que celui d'origine. Ce faisant, le juge décida que la durée du différé accordé à l'acheteur est un élément capital dans la détermination de la marge bénéficiaire de la banque. Il serait donc contraire au principe de l'opération et, partant, un profit indu pour la banque, que d'accorder l'intégralité de la marge bénéficiaire avant l'expiration du terme. Rejetant la demande de la banque, le juge refusa de soumettre la question au Comité de supervision de la *Chari'a* institué par la loi malaise sur les banques islamiques de 1983. Le juge estima, en effet, que la question qui lui était soumise était juridique et concernait l'interprétation du contrat, et non une question de *Chari'a*.

Toutes les conditions semblaient réunies dans l'affaire *Affin Bank* pour qu'une décision fût rendue en application stricte de la *Chari'a*. Un choix dénué d'ambiguïté de la *Chari'a* comme droit applicable, une opération régie par une loi sur la finance islamique et un juge qui accepte d'examiner en *Chari'a* les fondements de l'opération en litige, plutôt que d'appliquer le seul droit malais. Néanmoins, la décision reflète plus le sens de l'équité du juge que les stricts préceptes de la *Chari'a*. Ceux-ci auraient dicté une recherche des principes applicables dans les sources principales et accessoires de la *Chari'a*, adaptés au cas en litige par un raisonnement par analogie. Ils auraient, sans doute, abouti à considérer la clause d'actualisation du prix nulle comme *gharar*. Même si, en pratique,

67. Même si les parties se gardent bien de l'indiquer dans leur documentation, (Voir F. Vogel et S. Hayes, « Islamic law and finance », *op. cit.*, p.139, (*supra*, note 13))

le juge a abouti au même résultat, son jugement ne peut se revendiquer de la *Chari'a*.

Scolie sur la multivalence des systèmes normatifs

Que ce soit devant les tribunaux européens ou ceux des pays musulmans, la finance islamique ne saurait être reçue sans la volonté humaine qui sous-tend la réception. Cette volonté ne peut pas – et ne doit pas – dépendre seulement de l'*imperium* du juge, comme l'aperçu des quatre arrêts précédents le démontre. Elle passera plus utilement par la connaissance du système de droit que l'on veut accueillir.

Il faut alors cesser de raisonner en termes de bivalence aristotélicienne. Les systèmes juridiques sont de plus en plus multivalents, recevant des instruments et des idées juridiques d'autres systèmes par l'effet de la mondialisation du droit et des échanges⁶⁸. Le comportement « raisonnable » a trouvé son chemin en droit français à travers la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises⁶⁹, la bonne foi en droit américain⁷⁰ et le *waqf* en *common law* en fournissant le modèle conceptuel du *trust*⁷¹. Il ne s'agit pas là de tolérance, mais d'interdépendance des ordres juridiques, de partage des idées de droit, de bannissement de l'irréconciliabilité des règles de commensurabilité réciproque quant à l'efficacité des systèmes et de leur attractivité à des échanges réellement globalisés.

Ceci ne veut pas dire que l'identité des traditions juridiques doive disparaître à l'aune de la globalisation des échanges et de la liberté de circulation des investissements. Plus un système normatif est ancien, complexe et doté d'une idiosyncrasie distinctive, plus il peut s'ouvrir à d'autres systèmes normatifs, sans crainte de s'annihiler à leur contact ni, au contraire, prétendre à l'universalité. La multivalence des systèmes normatifs veut précisément dire qu'ils ne soient pas exclusifs l'un de l'autre, que des ponts soient construits entre les uns et les autres et que des idées soient

68. Voir les développements de H.P. Glenn sur la multivalence et la diversité des systèmes juridique, « Legal traditions in the world », *op. cit.*, p.351 et s. (*supra*, note 25) et les références citées.

69. Articles 8, 16 et 18.

70. Uniform Commercial Code, article 1-203, et le Restatement (2nd) of contracts, article 205, sans doute inspiré du *Treu und Glauben* allemand.

71. *Supra*, note 30.

échangées, tout en conservant les valeurs et les traits distinctifs de chaque système. D'ailleurs, cette multivalence doit être vue comme une chance pour les systèmes juridiques normatifs, en catalysant l'innovation et en encourageant la créativité par le brassage d'idées nouvelles et l'inoculation d'idées transférées des autres systèmes. Il n'y a pas une seule vérité, unique et universelle. Toute assertion contraire relèverait du fondamentalisme, de l'intégrisme ou de l'impérialisme⁷². Tous les systèmes juridiques représentent des vérités, apportent quelque chose de distinctif et, en cela, méritent la reconnaissance des autres systèmes. Finalement, c'est le respect de cette diversité qui rend inutile tout transfert de droit ou tentative d'hégémonie d'un système sur un autre.

Conclusion

Il n'est pas nécessaire de changer notre droit pour renforcer l'attractivité de la place financière de Paris⁷³, encore moins de forcer les investissements étrangers à s'acculturer au droit français aux dépens du système de valeurs auquel ils s'identifient. Il est bien plus facile, et plus efficace, de mettre en exergue l'approche libérale et accueillante qui distingue le droit français des contrats internationaux. Les lois étrangères, les règles de droit non-étatiques et les sentences arbitrales internationales se voient donner plein effet par les tribunaux français, dans le respect de l'ordre public. La juridicité des règles de la *Chari'a* lui permet de bénéficier du même principe d'efficience en droit français.

A l'aune de l'accueil en France de la finance islamique, on a le choix entre préconiser une action *directrice* pour la loi française ou au contraire une action *correctrice*. Au titre de la première, la loi française commanderait la règle ou la solution juridique que préconiserait la *Chari'a*, alors que dans une approche correctrice, elle corrigerait les excès ou les anomalies de ces solutions. C'est cette deuxième approche qui doit être choisie.

72. H.P. Glenn, « Legal traditions in the world », *op. cit.*, p.351 et s. (*supra*, note 25).

73. Mis à part des ajustements fiscaux rendus nécessaires par les doubles ventes qu'impliquent certains instruments de la *Chari'a*, telle que la *mourabaha*. Ces ajustements sont détaillés dans d'autres chapitres de cet ouvrage.

Le choc entre la finance islamique et les règles impératives du droit français sera minime, à supposer qu'il existe. Les seules règles de *Chari'a* auxquelles la finance islamique a recours sont les *mou'amalat* afférentes aux transactions commerciales. Il s'agit là, pour l'essentiel, de contrats innommés qui doivent conserver leur caractère *sui generis*, sous peine de perdre leur fondation et le système de valeurs qui les sous-tend. Une *mourabaha* et un *waqf* ne seront jamais une fiducie de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Une fiducie qui accueillerait une *mourabaha* ou un *waqf* leur ferait perdre leur islamicité et serait une simple figure contractuelle de droit français. Certes, un investisseur musulman, comme tout autre investisseur, pourra toujours utiliser la fiducie du droit français dans ses financements, et beaucoup de fonds de pays musulmans investissent régulièrement à l'étranger dans des entreprises n'ayant pas pris d'engagement de conformité à la *Chari'a*. Toutefois, ce faisant, cet investisseur ne réalisera qu'une opération d'investissement, et non un investissement conforme à la *Chari'a* qui, seul, lui permet de rester cohérent avec ses croyances et ses principes d'éthique religieuse.

A trop insister sur l'acculturation de la finance islamique, nous risquons de susciter des réactions conservatrices qui ne manqueraient pas de mettre en exergue le caractère de moyen, et non de fin, qui caractérise la finance en Islam. La finance a pour but de développer le commerce pour le bien de l'*oumma* (nation, peuple) musulmane. Son transfert en dehors des terres d'Islam peut être toléré dans la mesure où les pays d'accueil comportent, dans leur population, des musulmans susceptibles d'en bénéficier⁷⁴. Cette tolérance risque toutefois de s'arrêter brutalement si le prix à payer pour ce transfert vient aux dépens des valeurs fondamentales que la finance islamique représente. L'accueil de la finance islamique sera mieux assuré par l'acceptation du principe de la multivalence des systèmes juridiques et celui de la réception des normes des autres systèmes juridiques dans le respect à la fois de leur identité et de l'ordre public du for.

74. Pour la majorité des juristes musulmans, la *Chari'a* n'est applicable que dans les pays d'Islam et non dans les pays étrangers, même s'ils comportent une minorité musulmane, J. El-Hakim, « Les droits fondamentaux en droit pénal musulman », in « Les droits fondamentaux : inventaire et théorie générale », actes du colloque organisé par le Centre d'étude des droits du monde arabe et al., Bruylant, 2005, p.394.