



## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : [ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr](mailto:ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr)

## LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

[http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg\\_droi.php](http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php)

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

**UNIVERSITE DE LORRAINE**  
**ECOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES, ECONOMIQUES**  
**ET DE GESTION**

**THÈSE**

En vue de l'obtention du grade de

**Docteur en droit privé et sciences criminelles de l'Université de Lorraine**

**L'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique**

Présentée et soutenue publiquement le 19 Décembre 2017

Par

**Yousef ALYAQOUT**

Directeur de Thèse

**M. François-Xavier LICARI** : Maitre de conférences HDR de droit privé et sciences criminelles – Université de Lorraine

Membres du jury

**M. Michel Storck** : Professeur de droit privé – Université de Strasbourg, Rapporteur

**Mme Isabelle Riassetto** : Professeur de droit privé – Université de Luxembourg

**M. Nicolas Nord** : Maitre de conférences HDR de droit privé et sciences criminelles – Université de Strasbourg, Rapporteur



*« La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur ».*

*À l'âme de mon père*  
*À ma mère*  
*À mon épouse et ma fille*  
*À mes frères et ma sœur*



# REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à M. François-Xavier LICARI qui a accepté de diriger ma thèse et qui m'a permis de la mener à son terme. Sa grande bienveillance, ses précieux conseils et sa très grande disponibilité ont été d'une aide inestimable.

Mes remerciements s'adressent également aux Professeurs M. Michel Storck et Mme Isabelle Riassetto, et au Maître de conférences HDR M. Nicolas Nord, qui m'ont fait l'honneur de siéger dans mon jury de soutenance.

Je souhaite également exprimer toute ma reconnaissance à ma mère, à mon épouse, à ma famille et à mes amis pour l'attention toute particulière avec laquelle ils m'ont apporté leur aide morale dans la réalisation de mon travail.

Enfin, mon dernier remerciement s'adresse à l'Université de Koweït qui a financé cette thèse, ainsi qu'à l'Université de Lorraine qui m'a accueilli tout au long de ces années de recherche.



# **Sommaire**

## **Première Partie**

**La prise en compte insuffisante de la spécificité de la finance islamique par les modes de règlements des litiges en dehors de l'arbitrage**

### **Titre 1. L'identification de la spécificité de la finance islamique**

*Chapitre 1- Une finance fondée sur une philosophie religieuse particulière*

*Chapitre 2. Une finance basée sur des mécanismes islamiques singuliers*

### **Titre 2 : Le rôle limité de la justice étatique et du règlement amiable dans la prise en compte de la singularité de la finance islamique**

*Chapitre 1. Les limites du cadre étatique*

*Chapitre 2. L'efficacité limitée des modes alternatifs amiables de règlement des litiges relatifs à la finance islamique*

## **Seconde Partie**

### **La prise en compte suffisante de la particularité de la finance islamique par l'arbitrage**

#### **Titre 1. Facteurs de la préférence accordée à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges relatifs à la finance islamique**

*Chapitre 1. L'enracinement de l'arbitrage dans la culture juridique islamique : vers une légitimité islamique incontestable*

*Chapitre 2. Une efficacité renforcée de l'arbitrage notamment en matière de finance islamique*

#### **Titre 2. Les perspectives de l'évolution de l'arbitrage appliqué à la finance islamique**

*Chapitre 1. Les principes du droit moderne de l'arbitrage comme source de modernisation de l'arbitrage islamique et la nécessité de leur consécration dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique*

*Chapitre 2. Institutionnalisation de l'arbitrage islamique et perspectives de modernisation*





# Introduction

Dans la vision islamique, la religion ne se contente pas de régir les rapports purement spirituels entre l'Homme et Dieu. Elle a une vocation beaucoup plus large puisqu'elle tend à organiser la vie humaine dans sa globalité et dans ses différents domaines : individuel, collectif, national et international. En effet, l'islam apparaît comme une méthode ou une école de vie. Il est à la fois une religion, une morale et un système de normes. En islam, il n'y a pas de séparation entre le spirituel et le temporel. Comme l'indique Mohammad Chapra, dans cette religion, « Tout effort humain, qu'il ait des buts matériels, sociaux, éducatifs, ou scientifiques, a un caractère spirituel tant qu'il se conforme au système de valeurs de l'Islam. Travailler dur pour assurer son propre bien-être et le bien-être de sa famille et de la société en général est aussi spirituel que l'acte de prières pourvu que l'effort matériel soit guidé par les valeurs morales et n'éloigne pas l'individu de l'accomplissement de ses obligations sociales et spirituelles »<sup>1</sup>.

A vrai dire, la religion islamique vise à réaliser le bien-être humain individuel et collectif aussi bien dans l'ici-bas que dans l'au-delà en ordonnant tout ce est bien pour l'homme et la société et interdisant tout ce qui est mauvais<sup>2</sup>. Ainsi, cette religion recouvre la vie d'ici-bas, lieu où s'expriment les actes de l'homme, et la vie de l'au-delà, lieu où est déclarée et accomplie la rétribution conséquente aux actes.<sup>3</sup> L'islam donne remède et réponse à toute question qui concerne la vie de l'homme sur terre, soit directement par les textes coraniques et prophétiques, soit indirectement à travers les règles du Fiqh et les finalités générales de la Charia. A ce titre, Dieu dit : « Nous n'avons rien omis dans le Livre »<sup>4</sup>.

Dans cette perspective, la religion musulmane pose des règles relatives à l'économie et à la finance. Cela s'explique essentiellement par la place particulière qu'occupe le bien ou l'argent dans la pensée ou la doctrine islamique. En effet, la protection du bien constitue l'une des grandes finalités de la Charia. Une telle protection est nécessaire à la bonne marche de la

---

<sup>1</sup> Mohammad Chapra, « Qu'est-ce que l'économie Islamique ? », Institut islamique de recherches et de formation banque islamique de développement, Série de Conférences d'Eminents Erudits No. 10, 1996, p.29.

<sup>2</sup> Mohammad Al Zouhaili, *La gradualité dans la législation et l'application dans la Charia islamique* (en arabe), La commission consultative suprême pour l'application de la Charia, Diwan Al amiri, Le Koweït, 2000, p. 18.

<sup>3</sup> Abdelrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, Al Madaress, Casablanca, 2015, p. 31.

<sup>4</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Anaam, verset 38.

vie humaine<sup>5</sup>. L'islam a posé les piliers de l'économie et de la finance ; celles-ci font partie intégrante de la foi islamique. Dans cette religion, le système économique et financier est intimement lié au système moral et éthique islamique. Autrement dit, dans la conception musulmane, le comportement économique et financier de l'être humain fait partie intégrante de la réglementation divine. Dans la vie d'ici-bas, champ d'application des activités économiques et financières, c'est la loi islamique qui s'applique autant en finance que dans les autres domaines. De ce point de vue, la finance islamique trouve ses sources d'inspiration dans la révélation divine ; elle repose sur des fondements et principes puisés dans le Coran et la Sunna du Prophète (Que la paix et la bénédiction de Dieu soient sur lui), interprétés et appliqués par les jurisconsultes et les sociétés islamiques à travers les époques<sup>6</sup>.

Dans ces conditions, l'activité économique et financière apparaît comme un champ de compétence privilégié de la législation divine en islam. Comme l'explique Mohammad Toujgani, « l'Homme, lorsqu'il inscrit ses actes liés à l'activité économique dans une perspective d'adoration et d'obéissance à Dieu, jouit d'une sérénité qui favorise son accomplissement en tant qu'être multidimensionnel »<sup>7</sup>. En ce sens, l'acte financier qu'exerce le musulman devient aussi un acte d'adoration, qui vise l'accomplissement de deux finalités économiques de son existence sur terre : Al Istikhlaf (gérance) et Al Omran (développement) qui sont en eux-mêmes des actes d'adoration dans son acception islamique la plus large<sup>8</sup>. En tant que gérant du bien sur Terre, l'homme devrait agir économiquement et financièrement conformément aux desseins voulus par Dieu, propriétaire réel du bien. A cet égard, il devrait respecter les ordres et les interdictions établis par Dieu<sup>9</sup>. En agissant de la sorte, l'homme réalise le vrai sens de l'adoration et de l'obéissance due à son Créateur. Dans cette optique, Dieu dit : « Je n'ai créé les Génies et les Humains que pour qu'ils M'adorent »<sup>10</sup>.

Articulée autour de cette conception de la vie et du monde, la finance islamique désigne l'ensemble des concepts, idées, philosophies, normes, techniques, activités, et produits financiers et juridiques permettant le financement de biens ou de services

---

<sup>5</sup> Yazn Al Atiyyat, *La transformation des banques conventionnelles en institutions fonctionnant selon les préceptes de la Charia* (en arabe), Dar al nafaais, Jordanie, 2009, p. 17 et s.

<sup>6</sup> Mahmoud Irchid, *Al Chamel dans les transactions et opérations bancaires islamiques* (en arabe), Dar al nafaais, Jordanie, 2001, p. 9.

<sup>7</sup> Mohammad Toujgani, « Les fondements légaux de l'activité économique en Islam », Colloque de l'ASMECI sur les pratiques bancaires islamiques et son impact sur le développement au Maghreb, Mohammedia, juin 1989.

<sup>8</sup> Abdelrrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, op, cit, p. 34.

<sup>9</sup> Ali Alsalous, *L'économie islamique et les enjeux doctrinaux contemporains* (en arabe), Dar al thakafa, Qatar, 1996, p. 24 et s.

<sup>10</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Dhariate, verset 56.

conformément aux principes, règles et finalités de la Charia. En effet, fondée sur la Charia, cette finance repose sur des principes fondamentaux à la fois positifs et négatifs. Dans la première catégorie, on peut citer à titre d'exemple : la recherche de la justice, la réalisation d'un développement économique et social réel, le partage des pertes et des profits, la création de valeur, le mérite, l'utilité sociale, l'adossement des opérations financières sur un actif réel. Dans la seconde catégorie, on trouve essentiellement la prohibition de la *Riba*, du *gharar*, de la thésaurisation, du monopole, des investissements dans des activités et produits illicites (haram).

Ainsi, la finance islamique ne peut pas se réduire à l'interdiction de l'intérêt, bien que celle-ci soit un élément central dans la doctrine financière islamique. Des valeurs fondamentales constituent le répertoire des finalités de la finance islamique. A ce titre, Ahmad Alnajjar souligne, à juste titre, que la finance islamique et ses diverses institutions visent, en principe, la réalisation du développement économique et de la croissance. Parce qu'elle s'appuie sur les préceptes de la Charia, cette finance ne se réduit pas à l'interdiction de la *Riba*. Allant bien au-delà de cette interdiction, elle se situe au cœur du processus productif. Plus encore, le degré de sa conformité à la Charia se mesure par rapport à sa contribution à l'opération productive et développementaliste<sup>11</sup>.

Certes, la finance islamique trouve ses sources d'inspiration dans des textes religieux sacrés. Mais ces sources divines accordent une très grande place à la raison humaine pour innover et trouver des solutions adaptées aux conditions sociales et économiques. C'est cette souplesse de la Charia qui lui permet de répondre aux besoins changeants des hommes et des sociétés. C'est grâce à cette vertu que la Charia est valable en tout temps et en tout lieu<sup>12</sup>. Ceci est particulièrement juste en matière de finance islamique. En effet, en matière économique et sociale, le principe en islam est la permission : tout est *a priori* permis sauf interdiction expresse<sup>13</sup>. De plus, la zone des interdits est assez réduite, ce qui va ouvrir largement la porte de l'ijtihad. Il en résulte que des savants religieux, des juristes et des économistes ont entrepris un effort considérable en vue de proposer de nouveaux instruments et produits financiers qui prennent en considération à la fois les principes de la Charia et les exigences de

---

<sup>11</sup> Ahmad Alnajjar est l'ancien président de l'Union internationale des banques islamiques. Ces propos découlent de son intervention dans la Conférence générale des banques islamiques tenue à Istanbul du 18 au 21 octobre 1986.

<sup>12</sup> Abdul Hamid Albaali, *Des piliers stratégiques des opérations financières islamiques* (en arabe), Dar al rawi, Arabie Saoudite, 2000, p. 67.

<sup>13</sup> Abdelrrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, op, cit, p. 19.

l'époque contemporaine. On assiste ainsi à l'émergence de nouveaux montages juridiques et financiers de nature complexe et ayant des spécificités propres et qui supposent la mise en place d'une réglementation particulière. Cela conduira au développement de la finance islamique et à son expansion remarquable, au point que celle-ci est à l'heure actuelle devenue une véritable industrie globalisée.

Le point de départ du développement de la finance islamique moderne se situe dans la première moitié du 20<sup>ème</sup> siècle. En effet, pendant cette période, des savants musulmans commencent à appréhender les problèmes socio-économiques dans une perspective islamique en s'interrogeant sur la légitimité de l'application de la *Riba* (intérêt) dans les transactions économiques et commerciales. Dans cette optique, ils proposent la mise en place d'un système économique et financier en conformité avec les règles et principes de la religion musulmane<sup>14</sup>. Ce mouvement intellectuel trouve son origine dans l'œuvre du célèbre savant pakistanais Abu Al Ala Al Mawdoudi (1903-1979). En réalité, ce savant est généralement considéré comme le premier auteur de l'époque moderne à avoir posé les fondements de la finance islamique. En 1950, il a publié son fameux ouvrage sur la *Riba* (usure ou intérêt). La pensée d'Al Mawdoudi a été enrichie par le savant irakien Muhammad Baqer Assadr (1931-1979) qui a publié son ouvrage « La banque non usuraire en Islam » en 1963<sup>15</sup>. Dans la même perspective, en 1965, le Comité des recherches scientifiques d'Al Azhar a rendu une résolution affirmant le caractère illicite de l'intérêt bancaire pratiqué sur toutes les catégories de crédit (crédit de consommation, crédit de production) parce qu'il s'agit d'une *Riba* prohibée clairement et de manière absolue par le Coran et la Sunna<sup>16</sup>.

Ce mouvement va amplifier la tendance revendiquant l'application de la Charia dans tous les domaines de la vie des sociétés musulmanes en lui donnant une dimension économique et financière marquée. A cela s'ajoute la volonté d'une grande majorité de la population musulmane d'exercer des activités financières et économiques conformément à leurs principes religieux et éthiques. Il faut ajouter également la volonté de réaliser un développement économique et social des Etats et peuples musulmans en assurant leur indépendance et en se conformant à leur tradition religieuse et culturelle dans ces domaines.

---

<sup>14</sup> Rachid Souleimani, *La finance islamique : évolution et perspectives*, Mémoire, Université Hassan II, Casablanca, 2010, p. 41.

<sup>15</sup> Abdelrrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, op, cit, p. 199.

<sup>16</sup> Pour plus de détails sur cette question, voir les résolutions de la deuxième conférence du Comité des recherches scientifiques d'Al Azhar, mois Moharam 1385 de l'hégire, Mai 1965.

La réalisation de ces objectifs passe nécessairement par la création des institutions financières et bancaires qui rejettent la pratique de la Riba<sup>17</sup>.

Les premières tentatives de création des institutions financières islamiques remontent à la fin des années 1950 en Malaisie, où l'économiste malais Ungku Aziz, alors conseiller influent du gouvernement, proposait la création du *Tabung Hajj*<sup>18</sup>. Après une longue réflexion pour en définir les modalités pratiques, le gouvernement a fini par mettre en place en 1962 une caisse d'épargne des futurs pèlerins, appelée Perbadanan Wang Simpanan Bakal-Bakal Haji<sup>19</sup>. Cette première expérience malaisienne a été suivie par des exemples pratiques en Egypte et au Pakistan. En Egypte, la « Mit Ghamr Saving Bank » a été créée en 1963 dans la bourgade agricole de Mit Ghamr située dans le delta du Nil. Cette initiative a été engagée par l'économiste égyptien Ahmad Alnajjar (1932-1996). Cette banque se basait sur la mobilisation de fonds d'épargne auprès des petits agriculteurs pour les replacer dans des opérations de financement islamiques au profit des opérateurs agricoles locaux. Le gouvernement nassérien socialiste a fini par récupérer cette banque en la soumettant au régime conventionnel. Mais quatre ans plus tard, ce même régime nassérien a mis en place « la Banque sociale Nasser » proposant des services sans intérêt<sup>20</sup>. Au Pakistan, un projet de conversion d'une banque rurale pakistanaise en banque islamique a été envisagé en 1963. Mais ce projet a avorté après quelques mois d'existence<sup>21</sup>.

Un véritable changement politique et idéologique dans le monde islamique a été enregistré au début des années 1970. L'accession des pays musulmans à l'indépendance a eu un impact important sur le système économique et financier. En effet, la volonté réelle de créer des institutions financières fonctionnant conformément à la Charia a été clairement exprimée dans les recommandations de la Conférence des ministres des affaires étrangères

---

<sup>17</sup> Said Bouharawa, « Les perspectives d'avenir des produits financiers » (en arabe), Cinquième conférence mondiale des savants de la Charia sur la finance islamique, Avenir de la finance islamique : les perspectives de demain, Kuala Lumpur, 26-27 octobre 2010, p. 84 ; Mohammad Siraj, *Le système bancaire islamique* (en arabe), Le Caire, 1989, p. 35.

<sup>18</sup> On vise à réaliser deux objectifs : d'une part, permettre aux croyants d'investir leur épargne dans des placements conformes à la Charia ; d'autre part, améliorer la situation financière des candidats au pèlerinage.

<sup>19</sup> En 1969, une loi est venue fusionner cet organisme avec l'administration locale chargée du pèlerinage (Pejabat Urusan Hal Ehwal Haji) pour former le Lembaga Urusan dan Tabung Haji (luth). Voir à cet égard, David Delfolie, « Le développement de la finance islamique en Malaisie : l'histoire d'un volontarisme d'État », Revue de la régulation [En ligne], 13 | 1er semestre / Spring 2013, mis en ligne le 31 mai 2013, consulté le 05 janvier 2017. URL : <http://regulation.revues.org/10067>, para 22; Xavier Oudin, « Les banques islamiques en Asie du sud-est », in Pierre Traimond (sous la direction de), Finance et développement en pays d'Islam, EDICEF, Paris, 1995, p. 175.

<sup>20</sup> Abdelrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, op, cit, pp. 200-201.

<sup>21</sup> Ibid, p. 204.

des Etats musulmans, tenue à Djedda en Arabie Saoudite en 1972. A ce titre, il a été affirmé la nécessité de la création d'une banque islamique internationale<sup>22</sup>, laquelle sera effectivement instituée à Djedda en Arabie Saoudite en 1975 sous le nom de la « Banque islamique du développement »<sup>23</sup>. La première véritable banque islamique a été créée à Dubaï en 1975. Il s'agit de la première banque islamique privée à l'échelle mondiale. Elle a inauguré et dynamisé le cycle de création des institutions financières et bancaires islamiques dans le monde. Par la suite, plusieurs banques islamiques ont vu le jour au Soudan (1977)<sup>24</sup>, en Egypte (1977)<sup>25</sup>, au Koweït (1978)<sup>26</sup>, en Jordanie (1978)<sup>27</sup>, à Bahreïn (1979)<sup>28</sup>, en Algérie (1981)<sup>29</sup>, en Malaisie (1983)<sup>30</sup>. Déclenché durant cette période, le mouvement de création d'institutions financières islamiques ne cesse dès lors d'augmenter depuis cette époque, au point que certains pays musulmans ont procédé à l'islamisation totale de leur système économique et financier, comme c'est le cas du Soudan, du Pakistan et de l'Iran.

Les années 1990 sont considérées comme l'âge d'or de la finance islamique. Ce sont les années fastes de l'industrie financière islamique. Dans les pays du Golfe, mais également dans la région du Sud-Est asiatique et dans quelques pays d'Afrique du Nord, près de soixante-dix institutions ont été créées dans 21 pays en quelques années, incluant des banques, des institutions de financement d'affaires, des fonds d'investissement et des compagnies d'assurance. En 1991, l'actif total de ces institutions atteignait déjà 17 milliards de dollars<sup>31</sup>. Cette expansion remarquable de la finance islamique s'explique par plusieurs facteurs. En premier lieu, l'augmentation du prix du pétrole a donné lieu à une surliquidité dans les pays du Golfe. En deuxième lieu, le développement de la production scientifique sur l'économie et la finance islamique. Durant cette période, on assiste à la multiplication des conférences, journées d'étude, recherches relatives à ces matières. De plus, plusieurs universités ont

---

<sup>22</sup> Said Bouharawa, « Les perspectives d'avenir des produits financiers » (en arabe), op, cit, p. 83.

<sup>23</sup> Il s'agit d'une banque intergouvernementale qui fournit les fonds nécessaires à des projets de développement dans ses 54 pays membres.

<sup>24</sup> Faisal Islamic Bank du Soudan. Khartoum. Cette banque a été créée par le groupe du Prince Mohammad Al Fayçal, Dar al Mal al Islami.

<sup>25</sup> Faisal Islamic Bank d'Egypte. Cette banque a été créée au Caire par le groupe du Prince Mohammad Al Fayçal, Dar al Mal al Islami.

<sup>26</sup> Kuwait Finance House. Il s'agit de l'une des banques privées leaders et dynamiques du monde islamique. Aujourd'hui, elle est orientée vers le développement.

<sup>27</sup> Banque islamique de Jordanie.

<sup>28</sup> Bahrain Islamic Bank du Bahreïn.

<sup>29</sup> Bank Al Baraka d'Algérie. Il s'agit de la première banque islamique d'Afrique du Nord. C'est une filiale du Groupe Saoudien Al Baraka.

<sup>30</sup> Bank Islam Malaysia Berhad. Située à Kuala Lumpur, il s'agit de la première banque islamique malaisienne à orientation commerciale.

<sup>31</sup> Abdelrahmane Lahlou, *La banque islamique à la recherche de l'excellence*, Editions Khattabi, Casablanca, 1991.

proposé des programmes d'enseignement de l'économie et de la finance islamique. Tout cela va amplifier le mouvement de rénovation de la pensée islamique en matière financière<sup>32</sup>. Enfin, le soutien important apporté par le roi Fayçal d'Arabie au mouvement de création d'institutions financières islamiques. Son rôle dans la promotion de ce secteur était considérable<sup>33</sup>.

A partir des années 2000, on assiste à la mondialisation de la finance islamique. Outre l'élargissement de son champ d'activité, elle s'est répandue très largement aussi bien dans le monde islamique que dans le monde non islamique. Au niveau des pays musulmans, beaucoup d'institutions financières conventionnelles se sont transformées en institutions financières islamiques. De plus, mêmes certaines institutions conventionnelles ont ouvert des guichets ou fenêtres islamiques<sup>34</sup>. Selon le Conseil des services financiers islamiques, le nombre des fenêtres islamiques au sein des banques conventionnelles est, en 2016, de quatre-vingt-trois<sup>35</sup>. En outre, les institutions financières islamiques attirent de plus en plus des investisseurs non-musulmans. A ce titre, le nombre d'investisseurs non-musulmans atteint 50% dans certaines banques islamiques malaisiennes. Selon un rapport publié par *The Banker* en novembre 2009, l'actif total des institutions bancaires islamiques atteignait 822 milliards de dollar, dont la croissance était estimée à 28,6% contre 638 milliards de dollar en 2008<sup>36</sup>. Aussi, cette période se caractérise par l'apparition des sukuk<sup>37</sup> et fonds islamiques<sup>38</sup>. En dehors des terres d'islam, des institutions financières islamiques sont apparues dans les quatre continents du monde. En 2010, on dénombre plus de six cents institutions financières

---

<sup>32</sup> Said Bouharawa, « Les perspectives d'avenir des produits financiers » (en arabe), op, cit, p. 87.

<sup>33</sup> Abdelrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, op, cit, p. 202.

<sup>34</sup> Yazn Al Atiyyat, *La transformation des banques conventionnelles en institutions fonctionnant selon les préceptes de la Charia*, op, cit, p. 17 et s.

<sup>35</sup> Islamic Financial Services Board, <http://www.ifsb.org/index.php>.

<sup>36</sup> The Banker, Top 500 Islamic Financial Institutions, <http://www.thebanker.com/Markets/Islamic-Finance/Top-500-Islamic-Financial-Institutions2>.

<sup>37</sup> Sur la question des sukuk islamiques, voir Michel Storck et Ibrahim Cekici, « Les sukuk : aspects de droit français et de droit musulman », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2011, p. 38 et s ; Michel Storck, « Conditions d'agrément d'un OPCVM islamique et conditions d'admission à la négociation des obligations islamiques (sukuk) sur un marché réglementé français », *Revue trimestrielle de droit commercial, Chronique Droit des marchés financiers*, Octobre-Décembre, 2008, p. 808-810 ; Michel Storck et Ibrahim Cekici, « Questions-réponses de l'AMF sur l'élaboration des prospectus sukuk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'admission sur un marché réglementé », *Bulletin Joly Bourse*, n° 1, janvier 2011, p. 43 et s ; Said Bouharawa, « Les perspectives d'avenir des produits financiers » (en arabe), op, cit, p. 87.

<sup>38</sup> Sur les fonds islamiques, voir Isabelle Riassetto, « Les fonds islamiques », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, 2011 ; du même auteur, « Le contenu du guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *Journal des Tribunaux Luxembourg*, Avril 2013.

islamiques à travers le monde entier<sup>39</sup>. Dans la même période, l'ingénierie financière islamique s'est développée notablement, grâce à la naissance de cabinets de conseil spécialisés dans les pays arabo-musulmans et en Europe, tels que l'IFAAS, AL MAALI, AL MAALYA ou le CIFIE<sup>40</sup>. Aussi, les institutions financières islamiques ont vigoureusement résisté à la crise financière mondiale de 2008.

Cette résistance tient essentiellement à l'ancrage de la finance islamique dans l'économie réelle. Dans ce contexte, certains auteurs occidentaux ont présenté la finance islamique comme une réponse à la crise financière mondiale<sup>41</sup>. Ainsi, Willem Buiter a proposé l'adoption des principes de la finance islamique, notamment celui du partage des pertes et des profits, afin de mettre en place un système économique et financier plus stable. A cet égard, il souligne : « *What we need is the application of Islamic finance principles, in particular a strong preference for profit-, loss- and risk-sharing arrangements and a rejection of 'riba' or interest-bearing debt instruments. I am not talking here about the sham sharia-compliant instruments that flooded the market in the decade before the crisis; these were window-dressing pseudo-Islamic financial instruments that were mathematically equivalent to conventional debt and mortgage contracts, but met the letter if not the spirit of sharia law, in the view of some tame, pliable and quite possibly corrupt sharia scholar. I am talking about financial innovations that replace debt-type instruments with true profit-, loss- and risk-sharing arrangements* »<sup>42</sup>. De plus, en s'interrogeant sur l'éthique du capitalisme dans son éditorial intitulé « *Le Pape ou le Coran* », Beaufils Vincent<sup>43</sup> écrit : « En réalité, et Benoît XVI nous pardonnera, au moment où nous traversons une crise financière qui balaie tous les indices de croissance sur son passage, c'est plutôt le Coran qu'il faut relire que les textes pontificaux. Car si nos banquiers, avides de rentabilité sur fonds propres, avaient respecté un tant soit peu la charia, nous n'en serions pas là »<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Ibrahim Cekici, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2012, p. 21 et s.

<sup>40</sup> Abdelrrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, op, cit, p. 203.

<sup>41</sup> Elyès Jouini et Olivier Pastré, *La finance islamique, une solution à la crise ?*, Economica, 2009 ; Robin Brant, « Is Islamic Finance the answer ? », Rapport journalistique BBC, Mai 2009 ; Charles Parick, « Islamic Finance : Panacea for the Global Financial System », Purdue University, Etats-Unis, octobre 2009.

<sup>42</sup> Willem Buiter, « Islamic Finance Principles to Restore Policy Effectiveness », FT, July 22, 2009. L'auteur est un Professeur à London School of Economics, et global chief economist de City group. Voir également son article, « Should you be able to sell what you do not own? », the Financial Times, March, 16th, 2009.

<sup>43</sup> Rédacteur en chef du magazine « Challenges ».

<sup>44</sup> Beaufils Vincent, « Le Pape ou Le Coran », [https://www.challenges.fr/magazine/le-pape-ou-le-coran\\_343112](https://www.challenges.fr/magazine/le-pape-ou-le-coran_343112).

Pour Roland Laskine, rédacteur en chef du journal « Le journal des Finances », l'application des principes de la Charia en matière économique et financière permet de mettre fin à la crise qui secoue les marchés mondiaux en raison du tripotage règles du négoce et de l'abus des spéculations irréelles et illégales. Il souligne à cet égard, « Si nos dirigeants financiers cherchent vraiment à limiter la spéculation, rien de plus simple, il suffit d'appliquer des principes de la Charia arrêtés sept cents ans auparavant : interdit de vendre des actifs que vous ne possédez pas de façon effective ou de réaliser des opérations de prêts d'argent moyennant rémunération. Interdit surtout de spéculer sur les déboires d'une entreprise. Le seul moyen de s'enrichir c'est de participer au développement d'une entreprise et d'en percevoir les fruits en étant présent au capital »<sup>45</sup>. De son côté, la chercheuse italienne Loretta Napoleoni a mis l'accent sur l'importance de la finance islamique et son rôle dans la protection de l'économie mondiale. Pour elle, «l'équilibre dans les marchés financiers est accessible grâce au financement islamique ». Après avoir indiqué que la finance islamique est le secteur le plus dynamique dans le monde, l'auteur ajoute que « les banques islamiques pourraient devenir une alternative appropriée aux banques occidentales, le système bancaire traditionnel commence à montrer des fissures et a besoin de solutions radicales et profondes avec l'effondrement des bourses ces jours-ci et la crise des prêts aux Etats-Unis »<sup>46</sup>. Auparavant, Maurice Allais, économiste français et lauréat du prix Nobel d'économie, estime que la sortie de la crise financière mondiale réside dans deux conditions : d'une part, la modification du taux d'intérêt pour qu'il atteigne la limite du zéro et, d'autre part, la révision du taux d'imposition pour qu'il s'approche de 2%<sup>47</sup>. En effet, ces propositions correspondent exactement aux principes de la finance islamique relatifs à la suppression de l'usure (Riba) et au pourcentage de la Zakat. Selon Toby Pirsch<sup>48</sup>, la finance islamique tient une place importante. Pour lui, « les principes de la Charia vont aider les gestionnaires d'actifs à se détourner de l'ingénierie financière ainsi qu'à passer à la participation aux risques et aux bénéfiques, c'est un système qui est beaucoup plus meilleur »<sup>49</sup>. Enfin, dans son ouvrage « *la Finance islamique : Une illustration de la finance éthique* », François Guéranger indique que la finance islamique repose sur des principes religieux et éthiques universels. Il s'agit d'une composante de la finance éthique dans la mesure où l'activité financière ne s'appuie pas sur la

---

<sup>45</sup> Roland Laskine, «Wall Street, mûr pour adopter les principes de la Charia ? », <http://blog.lefigaro.fr/laskine/2008/09/wall-street-mur-pour-adopter-l.html>.

<sup>46</sup> Rapport télévisé, <https://m.youtube.com/watch?v=-GsdxJJ3mo8>.

<sup>47</sup> Maurice Allais, *Les conditions monétaires d'une économie de marché*, Montchrestien, 1989.

<sup>48</sup> Directeur du fonds Pirsch Assets pour la gestion des actifs à Genève.

<sup>49</sup> Cité par Mostafa Chimi, « L'occident voit l'islam comme sauveur dans la crise financière mondiale contemporaine », <http://chemindubonheur.eklablog.com/l-occident-voit-l-islam-comme-sauveur-dans-la-crise-financiere-mondial-a107908656>.

seule loi du profit. Ici, la finance vise également le développement durable, la protection de l'environnement et la promotion de la bonne gouvernance<sup>50</sup>. Notons que ces principes, s'ils sont appliqués correctement selon l'esprit et les finalités de la Charia, contribuent assurément à l'édification d'un système économique et financier juste, équitable et stable dont les bienfaits reviennent à toute l'humanité.

A l'heure actuelle, la finance islamique poursuit son développement et son expansion tant sur le plan géographique que sur le plan technique. Elle occupe de plus en plus une place importante dans le système financier mondial<sup>51</sup>. Selon le rapport annuel du Conseil des services financiers islamiques du 16 mai 2017, les actifs de la finance islamique atteignent en 2016 un chiffre de 1.9 trillions dollars. Ce secteur a affiché une performance satisfaisante<sup>52</sup>. Ce secteur compte aujourd'hui plus de mille institutions dans les différents domaines (banques, sociétés d'assurance islamique, institutions de financement, fonds d'investissement, etc.)<sup>53</sup>. Il faut noter que selon le Conseil des services financiers islamiques, le nombre de banques islamiques est de 170<sup>54</sup>. Dans son rapport du 21 juillet 2017, la société de notation financière Standard & Poor's (S&P) souligne que l'industrie financière islamique va connaître une croissance au cours de l'année 2017. Selon ce même rapport, les actifs de la finance islamique atteignaient fin 2016 un chiffre de 2 trillions dollars<sup>55</sup>. D'après les estimations du Centre du développement de l'économie islamique de Dubaï, les actifs de la finance islamique seraient de 3.25 trillions dollars en 2020. Il convient de noter que l'existence des institutions de régulation et de contrôle a renforcé la finance islamique sur le plan de la professionnalisation et de la structuration sectorielle en lui permettant un accompagnement qualitatif de taille<sup>56</sup>.

Cependant, cette expansion remarquable de la finance islamique n'a pas été sans poser un certain nombre de problèmes et difficultés. En effet, la multiplication et la diversification des contrats, activités, produits de la finance islamique conduisent inéluctablement à la survenance de litiges entre les parties d'un contrat de financement islamique. Cela est un

---

<sup>50</sup> François Guéranger, *La Finance islamique : Une illustration de la finance éthique*, Editions Dunod, 2009.

<sup>51</sup> Cette question sera développée dans notre première partie.

<sup>52</sup> Islamic Financial Services Board, Rapport annuel du 16 mai 2017. [http://www.ifsb.org/ar\\_press\\_view.php?id=389&submit=more](http://www.ifsb.org/ar_press_view.php?id=389&submit=more).

<sup>53</sup> La banque islamique, « Le champ d'investissement le plus sécurisé pour la finance mondiale », <http://alsayrfah.com/report2.html>.

<sup>54</sup> Islamic Financial Services Board, <http://www.ifsb.org/index.php>

<sup>55</sup> Standard & Poor's (S&P), rapport du 21 juillet 2017 : <http://www.albayan.ae/economy/capital-markets/2017-06-21-1.2984113?ot=ot.AMPPageLayout>.

<sup>56</sup> Abdelrrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, op, cit, p. 204.

phénomène tout à fait normal dans la mesure où le litige est très fortement lié à toute activité humaine, quelle que soit sa nature et sa source d'inspiration philosophique ou religieuse. Mais la grande question qui se pose est celle de savoir comment assurer le règlement de ces litiges de manière conforme à la singularité de la finance islamique tout en lui permettant de réaliser ses finalités. En réalité, l'industrie financière islamique repose sur une philosophie religieuse qui lui est propre ; elle se base sur les règles, principes et objectifs de la Charia. C'est cet ensemble normatif qui lui donne sens et essence. Si cette activité existe, c'est pour exercer la vie financière dans une perspective conforme aux principes éthiques et religieux de l'islam.

De ce point de vue, le respect de la Charia doit être respecté dans toutes les étapes de l'opération financière islamique, de la conclusion du contrat de financement islamique jusqu'à la résolution d'un éventuel litige résultant de cette relation contractuelle spéciale. Or, cette exigence de conformité totale avec la Charia n'est pas toujours garantie. En effet, la finance islamique moderne s'insère dans un environnement juridique qui ne cadre pas toujours avec sa philosophie religieuse et ses techniques particulières. Au contraire, elle se trouve insérée dans un univers juridique très largement sécularisé qui a du mal à prendre en considération ces spécificités et cela malgré les efforts d'ajustement entamés par certains Etats.

En réalité, l'essor de la finance islamique moderne ne s'est pas accompagné d'une évolution comparable au niveau des systèmes de règlement des litiges. A ce titre, on constate l'absence de véritable cadre juridique régissant spécifiquement l'industrie financière islamique, notamment dans le domaine de la résolution des litiges. Cette situation aboutit à des impacts négatifs sur la réalisation des objectifs de la finance islamique et sur le développement de ce secteur d'activité. En témoigne plus particulièrement le recours au juge étatique et les problématiques qui en ont découlé. Dans cette optique, l'application de la législation nationale par le juge étatique aboutit à la requalification des contrats de financement islamique en des contrats de financement conventionnel. En outre, le recours au juge étatique, comme le montrera l'étude de la jurisprudence de certaines juridictions étatiques, aboutit à la neutralisation de la Charia en tant que droit choisi par les parties en vue de régir leur relation contractuelle. Tout cela conduit à la dénaturation de la finance islamique. Cette dénaturation des transactions financières islamiques est une source de contradictions. Il est bien connu que les institutions financières islamiques reposent sur une obligation fondamentale inscrite dans leurs actes constitutifs et dans leurs règlements intérieurs, selon laquelle toutes les opérations financières effectuées par ces institutions doivent être conformes à la Charia. De plus, les personnes ayant recours à la finance islamique visent principalement

à exercer des activités financières en toute conformité avec leurs principes religieux et éthiques issus de la législation islamique. Dans ces conditions, à quoi bon appliquer les règles juridiques propres à la finance conventionnelle à des opérations de financement islamique ? Cela vide la finance islamique de sa substance et de sa raison d'être, ainsi que de son intérêt. Il perturbe sans doute son développement et son rayonnement harmonieux et cohérent.

Ce phénomène de requalification des contrats de financement islamique en des contrats de financement conventionnel et de mise à l'écart de la Charia en tant que droit applicable au litige par le juge étatique s'explique par plusieurs raisons. En premier lieu, le juge étatique est tenu d'appliquer le droit de son ordre juridique national. En second lieu, l'immense majorité des législations commerciales et financières étatiques actuelles sont de nature séculière. En troisième lieu, le juge étatique trouve du mal à saisir le sens, la portée réelle et la particularité des contrats de financement islamique. Cela tient essentiellement au fait que le juge ne soit pas formé au droit financier islamique. Comme l'indique Abdelsattar Khouildi, « dans le cursus de la plupart des facultés de droit, le droit financier musulman et la formation des cadres judiciaires semblent être négligés, ce qui constitue un handicap pour que soit institué une justice adéquate en ce domaine »<sup>57</sup>.

Au-delà du problème particulier de la requalification et de la prise en compte de la Charia dans la résolution du litige, la justice étatique s'avère peu adaptée à la finance islamique en raison notamment de sa lenteur et de sa complexité procédurale. Or, la finance islamique exige une résolution rapide des litiges, étant donné, d'une part, sa nature commerciale et, d'autre part, sa nature religieuse qui rejette l'intérêt.

Face à ce dysfonctionnement de la justice étatique et son inadaptabilité à la singularité de l'industrie financière islamique, on a été logiquement amené à chercher des solutions alternatives permettant une prise en compte suffisante des particularités de cette nouvelle activité. Dans cette optique, deux objectifs sont visés. Trouver un mécanisme de règlement des litiges efficace et adapté qui pourrait en même temps contribuer au développement de la finance islamique.

Dans cette perspective, la solution a été recherchée du côté des modes alternatifs de règlement des litiges. Ces mécanismes ont un caractère privé et se présentent comme alternatifs à la justice étatique. Ils sont fort divers et de nature variable. A cet égard, une

---

<sup>57</sup> Abdelsattar Khouildi, « L'arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », Etudes en Economie Islamique, Vol. 8, n° 1, 2016, p. 38.

distinction fondamentale s'impose entre les modes amiables de règlement des litiges, d'une part, et l'arbitrage de l'autre. S'agissant des modes amiables, ils présentent des intérêts dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, ces mécanismes reposent notamment sur la recherche d'un accord amiable entre les parties, éventuellement aidées par un tiers, pour résoudre leur litige. Ils devraient de plus faciliter, le cas échéant, la poursuite des relations d'affaire entre les parties, dès lors qu'ils aboutissent à une solution volontairement acceptée et fruit des discussions entre elles. Généralement, un tiers intervient pour permettre aux parties de se rapprocher, notamment en confrontant leurs points de vue afin qu'elles trouvent un terrain d'entente<sup>58</sup>. Bien que ces mécanismes amiables de règlement des litiges permettent de prendre en considération les particularités de la finance islamique, cette prise en compte reste néanmoins insuffisante. En effet, l'efficacité de ces mécanismes repose très largement sur la bonne volonté des parties, puisque la solution leur est proposée et ne peut en principe leur être imposée<sup>59</sup>. Autrement dit, ces modes ne donnent pas lieu à une décision de justice obligatoire pour les parties. Il s'agit donc des procédures amiables qui visent essentiellement la transaction des parties, dont l'issue positive dépend d'un accord entre ces dernières. Pour cette raison, ces mécanismes n'ont pas de nature juridictionnelle, ce qui soulève des interrogations légitimes au sujet du respect des garanties fondamentales du procès équitable. En outre, leur contribution au développement de la finance islamique est limitée, puisqu'ils ne permettent pas la mise en place d'un système juridique cohérent et homogène dans ce domaine.

Devant cette prise en compte insuffisante de la particularité de la finance islamique par les modes amiables de règlement des litiges, la réflexion sur l'arbitrage s'avère plus nécessaire que jamais. En d'autres termes, malgré les avantages des modes amiables de règlement des litiges, l'arbitrage conserve, pour le moment du moins, un statut privilégié comme alternative à la justice étatique notamment en matière de finance islamique.

En effet, en tant que mécanisme de règlement des litiges, l'arbitrage est fortement enraciné dans l'histoire juridique et sociale humaine. C'est ainsi que Jakubowski a pu écrire qu'il était aussi ancien que l'humanité et qu'il était un phénomène plus international :

---

<sup>58</sup> Sur les modes alternatifs de règlement des litiges, voir Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2017 ; Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013, p. 9 et s.

<sup>59</sup> B. Gorchs, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Revue de l'arbitrage*, 2008, p. 33.

interculturel<sup>60</sup>. Historiquement, il est antérieur à la justice de l'Etat. Il est pratiqué par diverses civilisations et groupes humains à travers le monde. Il est bien connu dans les sociétés antiques comme par exemple l'Assyrie<sup>61</sup>, la Grèce<sup>62</sup> et l'Egypte antiques<sup>63</sup>, l'Empire romain où le Code Justinien, à travers le Digeste, a donné un cadre juridique à l'arbitrage<sup>64</sup>. Il constitue le mode habituel de résolution des litiges dans l'Arabie préislamique tout en conservant sa place importante sous l'égide de l'islam<sup>65</sup>.

En réussissant à traverser les âges, l'arbitrage va connaître un essor remarquable au Moyen-Age notamment en raison du développement du commerce international<sup>66</sup>. A la faveur de ce développement, l'arbitrage devient une pratique courante dans la communauté des marchands<sup>67</sup>. Si au début de la Révolution française l'arbitrage va connaître un véritable épanouissement, son rôle s'affaiblit toutefois largement du fait de la revalorisation de la justice étatique<sup>68</sup>. Il reprend son développement à partir du 19<sup>ème</sup> siècle sous ce qu'il est convenu d'appeler le système d'arbitrage international. En fait, cette période se caractérise par l'apparition de commissions mixtes en vertu des conventions internationales dont l'objet est de régler les litiges entre les Etats concernés en rendant des décisions obligatoires. Dans le même temps, plusieurs conventions internationales sur l'arbitrage ont vu le jour<sup>69</sup>. Celles-ci contribuent à l'essor de l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des litiges<sup>70</sup>.

A l'heure actuelle, l'arbitrage connaît un développement remarquable sans précédent dans l'histoire de cette institution. Cela tient à l'essor du commerce international, à la globalisation des économies, à la circulation facile des biens, des personnes et des services.

---

<sup>60</sup> Jerzy Jakubowski, « Reflexions on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation », in *The Art of Arbitration*, Mélanges P. Sanders, Deventer, Kluwer, 1982, p. 176.

<sup>61</sup> Thomas Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 3

<sup>62</sup> Julie Velissaropoulos-Karakostas, « L'arbitrage dans la Grèce antique. Epoque archaïque et classique », *Revue de l'arbitrage*, 2000, p. 9.

<sup>63</sup> Fakhri Mabrouk, « Aspects de la justice populaire dans les civilisations antiques » (en arabe), *Revue des sciences économiques et juridiques*, Université Ain Shams, n° 1, sixième année, janvier 1974, p. 103.

<sup>64</sup> B. De Loynes De Fumichon, « L'arbitrage à Rome », *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 285 ; Taha Kazi, *L'arbitrage en droit romain* (en arabe), Dar al nahda alarabiyya, Le Caire, 2002, p. 140.

<sup>65</sup> Abdelkarim Nassir, *L'arbitrage chez les Arabes* (en arabe), Dar alnahda alarabiyya, Le Caire, 2002, p. 45 et s.

<sup>66</sup> Hugues Kenfack, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 2012, p. 2.

<sup>67</sup> René David, « Arbitrage et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, n°1, volume 11, janvier-mars, 1959, p. 13.

<sup>68</sup> Jean-Jacques Clère, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution », *Revue de l'arbitrage*, 1981, pp. 3-38.

<sup>69</sup> Il s'agit de la Convention de Genève de 1923 relatives aux conditions de l'arbitrage, de la Convention de Genève de 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales, de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, de la Convention de Washington de 1965 portant création du Centre international pour la résolution des litiges relatifs à l'investissement, de la loi-type de CNUDCI de 1976.

<sup>70</sup> Rokaiyya Ismail, *La soumission de l'Etat à l'arbitrage et la théorie classique de la souveraineté* (en arabe), Thèse de droit, Le Caire, 2001, p. 35.

En effet, avec le développement des moyens de communication, le monde est devenu un « petit village ». Dans ce contexte, les acteurs du commerce international ont de plus en plus tendance à se libérer du pouvoir des Etats et de tous les problèmes qui résultent de l'application des législations étatiques. Ils recherchent également à élaborer des normes mieux adaptées à leurs besoins dont la mise en œuvre est assurée par des arbitres internationaux détachés des juridictions étatiques<sup>71</sup>. Comme l'indique René David, « La vie économique de notre temps est devenue inconcevable sans l'arbitrage »<sup>72</sup>. De même, Alain Plantey constate que l'arbitrage est devenu « aujourd'hui dans le monde entier un des éléments essentiels du dispositif juridique des grands projets d'investissement et de développement. »<sup>73</sup> Dans cette optique, Philippe Fouchard, Emanuel Gaillard et Berthold Goldman soulignent à juste titre que « l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des litiges...il connaît un essor exceptionnel »<sup>74</sup>. Ils ajoutent également que l'arbitrage « est plus que jamais un lieu exceptionnel d'observation et de réflexion sur des questions aussi fondamentales que l'évolution de la justice et du droit dans les relations économiques internationales, en reflétant les mutations de ces relations elles-mêmes, mais aussi de leurs structures juridiques »<sup>75</sup>. De même, Bruno Oppetit écrit à propos de l'arbitrage : « il est peu de notions juridiques soutenues par une idée dotée d'un tel rayonnement et d'une telle force d'expansion en tout domaine »<sup>76</sup>. En atteste la modernisation continue des législations nationales relatives à l'arbitrage, comme c'est le cas en France avec la modernisation juridique de 2011. En atteste également la multiplication des centres d'arbitrage dans le monde entier. En atteste enfin la ratification par les Etats des conventions internationales relatives à l'arbitrage.<sup>77</sup>

Avec cet essor spectaculaire de l'arbitrage, plusieurs typologies ont émergé au sein du droit moderne de l'arbitrage et qui sont imposées par les besoins et les réalités de la vie contemporaine. A ce titre, ces typologies reposent sur plusieurs critères. Au regard de la

---

<sup>71</sup> Khaled Okasha, *Le rôle de l'arbitrage dans la résolution des litiges de l'investissement* (en arabe), Dar al thakafa, Aman, 2014, p. 35.

<sup>72</sup> René David, *Le droit du commerce international Réflexions d'un comparatiste sur le droit international*, cité par Franck Yougoné, *Arbitrage commercial international et développement. Etude du cas des Etats de l'OHADA et du Mercosur*, Thèse de droit, Université de Montesquieu - Bordeaux IV, 2013, p. 4.

<sup>73</sup> Alain Plantey, « L'arbitrage dans le commerce international », AFDI, 1990, p. 307.

<sup>74</sup> Philippe Fouchard, Emanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, p. 3.

<sup>75</sup> Ibid, p. 5.

<sup>76</sup> Bruno Oppetit, Préface de l'ouvrage de Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987, p. XV.

<sup>77</sup> Ibid.

convention d'arbitrage, on distingue entre clause compromissoire et compromis<sup>78</sup>. Au regard du tribunal arbitral, on distingue entre arbitrage *ad hoc* et arbitrage institutionnel<sup>79</sup>. Au regard de l'étendue de l'arbitrage, on distingue entre arbitrage interne et arbitrage international<sup>80</sup>. Au regard des normes applicables, on distingue entre arbitrage en droit et arbitrage en amiable compositeur<sup>81</sup>. Enfin au regard de la liberté de recourir à l'arbitrage, on distingue entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé<sup>82</sup>.

En expansion constante, l'arbitrage se développe également au niveau religieux. Il s'agit en réalité d'une forme particulière de justice arbitrale. Dans cette perspective, François-Xavier Licari écrit, ce type d'arbitrage « présente la facette à la fois la moins connue et la plus controversée du pluralisme juridique. Il s'adresse aux adhérents d'une foi particulière souhaitant voir trancher leur litige par des juges adhérents à la même foi et selon les normes et principes de celle-ci »<sup>83</sup>. En effet, cette forme particulière d'arbitrage se développe progressivement. Elle concerne presque toutes les grandes religions du monde. Elle fait l'objet d'un intérêt grandissant. A ce titre, les études et conférences traitant de cette forme d'arbitrage deviennent de plus en plus nombreuses<sup>84</sup>. Chaque communauté religieuse essaie

---

<sup>78</sup> La clause compromissoire renferme l'accord des parties à un contrat avant l'apparition de tout différend qui vise les litiges qui pourraient à l'avenir naître entre elles en relation avec ce contrat, alors que le compromis est l'accord des parties de soumettre un litige déjà né à l'arbitrage.

<sup>79</sup> L'arbitrage institutionnel peut être défini comme celui que les parties décident de placer sous l'égide d'une institution d'arbitrage. Notons que l'institution d'arbitrage n'est ni une juridiction, ni un tribunal arbitral. Elle a pour rôle d'organiser les arbitrages placés par les parties sous son égide. Quant à l'arbitrage *ad hoc*, il peut être aisément défini comme celui qui, à l'inverse, n'est pas confié à une institution d'arbitrage. Voir à ce sujet, « Les institutions d'arbitrage en France », Actes du colloque organisé par le Comité français de l'arbitrage, Paris, 19 janvier, 1990, *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 227. Voir également Pierre Lalive, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 301.

<sup>80</sup> L'arbitrage international est généralement celui qui contient un élément d'extranéité. On ajoute parfois un critère général : la mise en cause des intérêts du commerce international. Quant à l'arbitrage interne, il est celui qui ne contient aucun élément international. Tous les éléments de cet arbitrage sont limités au cadre d'un Etat déterminé. Voir à cet égard, Philippe Fouchard, « Quand un arbitrage est-il international ? », *Revue de l'arbitrage*, 1970, p. 59 ; Jean-François Poudret, « Critères d'internationalité de l'arbitrage et droit européen », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 2000, p. 53.

<sup>81</sup> Dans l'arbitrage en droit, l'arbitrage règle le litige conformément à des règles de droit déterminées, tandis que dans l'arbitrage en amiable compositeur, l'arbitre juge en équité. En ce sens, voir Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 475 et s.

<sup>82</sup> Le caractère volontaire de l'arbitrage semble être de l'essence de l'institution. L'arbitrage dit forcé est un mécanisme juridictionnel préétabli et imposé aux parties par la loi pour les litiges en vue desquels il a été institué. C'est le cas par exemple de l'arbitrage de la commission arbitrale des journalistes organisé par la loi française du 29 mars 1935. Voir Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 15. Il convient de noter que cette forme d'arbitrage existe également au Koweït à propos des litiges survenus au sein du Marché financier. Dans ce cas, ces litiges doivent être soumis à l'arbitrage.

<sup>83</sup> François-Xavier Licari, « L'arbitrage rabbinique entre droit talmudique et droit des nations », *Revue de l'arbitrage*, 2013, pp. 58-59.

<sup>84</sup> Voir à titre exemple, François-Xavier Licari, « L'arbitrage rabbinique entre droit talmudique et droit des nations », *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 57 et s ; Walide Ben Hamida, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », colloque *Arbitrage et religion*, Faculté de droit de Strasbourg, le 7 juillet 2016, p. 1 et s ; Ali Mezghani, « Le droit musulman et

d'organiser son arbitrage en élaborant des règles régissant le processus arbitral et en mettant en place des institutions adaptées à leurs croyances religieuses. Ce phénomène s'observe plus particulièrement dans le domaine de la finance islamique. L'émergence de cette nouvelle forme d'arbitrage pose un certain nombre de questions : quelle est sa place dans le monde actuel où la plupart des systèmes juridiques sont sécularisés ? Dans quelle mesure le recours à cette forme d'arbitrage est-il nécessaire et justifié ? Quelle est l'attitude des Etats à son égard ? Quelle est sa contribution potentielle au développement des systèmes juridiques actuels ? Au-delà de ces questions importantes, l'interrogation fondamentale est la suivante : comment dynamiser et activer cette forme particulière d'arbitrage et comment assurer son développement ?

Si l'arbitrage constitue une institution solidement enracinée dans les sociétés humaines et s'il apparaît aujourd'hui comme un mode habituel de règlement des litiges notamment en matière de commerce international, la question de sa définition reste toujours posée. Qu'est-ce que l'arbitrage<sup>85</sup> ? Cette question est particulièrement importante toutes les fois où les parties ont prévu un mode de résolution des conflits, mais dans des termes incertains ou ambigus. Il faut alors opérer un travail de qualification pour savoir si le mécanisme choisi est ou n'est pas un arbitrage. La question est primordiale dans la mesure où c'est alors l'entier régime de l'arbitrage qui sera, ou non, applicable<sup>86</sup>.

En effet, si de nombreux Etats ont aujourd'hui adopté des législations spécifiques régissant l'arbitrage, aucune d'entre elles ne s'aventure à en donner une définition<sup>87</sup>. En revanche, la doctrine s'est depuis longtemps aventurée à dégager une définition de l'institution. Dans cette optique, Henri Motulsky définissait l'arbitrage comme « le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention »<sup>88</sup>. Selon René David, « l'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquels tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette

---

l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, N°2, 2008, p. 223 et s ; A. Lefebvre-Teillard, « L'arbitrage en droit canonique », *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 5 et s.

<sup>85</sup> Bruno Oppetit, « Sur le concept d'arbitrage », in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes Berthold Goldman, Litec, 1982, p. 229.

<sup>86</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, 1<sup>ère</sup> édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2016, p. 3.

<sup>87</sup> Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, p. 1.

<sup>88</sup> Henri Motulsky, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, *Ecrits*, tome 2, Dalloz, 1974, p. 5.

mission par l'Etat »<sup>89</sup>. Pour Charles Jarrosson, l'arbitrage est « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »<sup>90</sup>. Poudret et Besson estiment, quant à eux, qu'il conviendrait d'ajouter à cette définition que le tiers agit à titre privé, et non dans l'exercice d'une fonction publique, et parlent ainsi d'un « mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis directement ou indirectement par les parties et investies du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant des effets analogues à ceux d'un jugement »<sup>91</sup>.

Il ressort de ces définitions que l'arbitrage repose sur un accord de volonté destiné à conférer à un tiers le pouvoir de trancher un litige. Le pouvoir de juger n'est donc pas une prérogative exclusivement réservée à l'Etat et à ses autorités. Toute personne peut normalement en être investie à la condition que les parties au litige en soient d'accord. C'est une justice qui repose sur un socle contractuel, une forme particulière de justice contractuelle<sup>92</sup>. Il s'agit d'une justice privée qui se fonde sur la liberté et la volonté des parties<sup>93</sup>. Sans être identiques, ces définitions doctrinales sont relativement équivalentes. Si chacune insiste sur un aspect ou un autre de l'institution, toutes s'accordent pour retenir que l'arbitrage est un mode de résolution des litiges par lequel les parties, d'un commun accord, confient la résolution définitive de leur litige à une ou plusieurs personnes privées en évitant par là le recours au juge étatique. Sur cette base, les personnes ainsi choisies se trouvent dotées du pouvoir de juger. Ce faisant, ces définitions soulignent toutes les dimensions conventionnelle et juridictionnelle de l'arbitrage, qui caractérise sa nature juridique duale<sup>94</sup>. S'il n'est pas un mode amiable de règlement des litiges, l'arbitrage peut être considéré comme un mode alternatif au règlement judiciaire du litige<sup>95</sup>.

En effet, cette dualité conventionnelle et juridictionnelle de l'arbitrage fait aujourd'hui l'objet d'un large consensus. La doctrine actuelle s'accorde pour mettre en avant ce double visage de l'arbitrage : l'arbitrage est un mécanisme de nature particulière, à la frontière du

---

<sup>89</sup> René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 9.

<sup>90</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p. 372.

<sup>91</sup> Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, op, cit, p. 3.

<sup>92</sup> Loïc Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Mélanges J. Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 177.

<sup>93</sup> Voir à cet égard, Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 3 et s.

<sup>94</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 14.

<sup>95</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op, cit, p. 44.

contractuel et du juridictionnel, l'arbitre exerçant une mission juridictionnelle qui a une origine conventionnelle<sup>96</sup>. Elle est à l'origine même des avantages de cette institution.

Sur le plan conventionnel, l'arbitrage tire son origine du fait que les parties décident d'y recourir d'un commun accord et en fixe très largement les modalités, notamment quant à la désignation des arbitres, quant aux règles de procédure et de fond applicable. Dans cette optique, l'organisation et le déroulement de l'arbitrage sont très largement laissés aux initiatives des parties, des arbitres et des institutions d'arbitrage<sup>97</sup>. Cette grande liberté accordée aux parties revêt une importance toute particulière en matière de finance islamique, dans la mesure où elle permet aux acteurs de l'arbitrage de choisir la Charia comme droit applicable au litige, ainsi que des arbitres compétents pour assurer une application correcte de cette dernière.

Sur le plan juridictionnel, malgré son caractère privé, l'arbitrage est considéré comme une véritable forme de justice. L'arbitre désigné par les parties exerce en effet une mission juridictionnelle identique à celle d'un juge, dès lors qu'il doit dire le droit dans la perspective de rendre une décision obligatoire tranchant la contestation entre les parties. Autrement dit, l'arbitre exerce la mission d'un véritable juge et non celle d'un mandataire des parties, et que la sentence arbitrale est un véritable jugement ; l'arbitrage serait simplement une juridiction privée, par opposition à la juridiction étatique<sup>98</sup>. S'il est un juge, l'arbitre est un juge privé. A vrai dire, l'affirmation du caractère juridictionnel de l'arbitrage rend ce mécanisme particulièrement adapté à la finance islamique, dans la mesure où la solution adoptée par le tribunal arbitral est obligatoire à l'inverse des modes amiables de règlement des litiges : à l'issue d'un véritable procès présentant toutes les garanties fondamentales d'une bonne justice, une décision, appelée sentence arbitrale, sera rendue par le tribunal arbitral qui fixera une solution s'imposant aux parties. De ce point de vue, l'arbitrage apparaît comme une justice particulièrement efficace.

Techniquement, plusieurs raisons expliquent le succès de l'arbitrage. Il est une forme de justice remarquablement adaptable. En effet, il s'agit d'une justice sur mesure, rapide, confidentielle, rendue par des arbitres compétents ayant des connaissances approfondies sur la matière litigieuse. C'est un mode de règlement moins « traumatisant » que le recours à la

---

<sup>96</sup> Philippe Fouchard, Emanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, p. 14.

<sup>97</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 22.

<sup>98</sup> Eric Loquin, « L'arbitrage – définition – nature juridique », *Jurisclasseur procédure civile*, fascicule 1005, n° 45 et s.

justice étatique. Ce dernier point occupe en réalité une place très importante dans le domaine de la finance islamique. Celle-ci repose sur la fraternité religieuse et la collaboration entre les membres de la société. De plus, l'arbitrage permet aux parties de poursuivre leurs relations d'affaire malgré le litige qui peut les opposer à un moment donné<sup>99</sup>. Dans cette perspective, René David souligne que l'arbitrage incarne l'aspiration à une justice mieux administrée, la recherche d'une autre justice, la préoccupation d'harmonie et enfin la volonté de trancher des contestations non juridiques<sup>100</sup>. Par le biais de l'arbitrage, les parties recherchent une meilleure justice leur permettant de gagner du temps, d'atténuer le formalisme propre aux juridictions étatiques, d'assurer le secret de leurs relations d'affaire, d'avoir une sentence de qualité rendue par des « juges connaisseurs »<sup>101</sup>.

Un autre avantage de l'arbitrage mérite d'être signalé : la bienveillance manifestée par la plupart des Etats à son égard. Convaincus qu'il s'agit d'un mécanisme utile au développement du commerce, la plupart des Etats prêtent aujourd'hui largement leur concours au fonctionnement de l'arbitrage aux divers stades du processus arbitral, en veillant dans le même temps à son efficacité et son attractivité. C'est ainsi que les législations étatiques assurent le respect de l'engagement pris dans la convention d'arbitrage d'aller à l'arbitrage en affirmant l'autonomie de cette convention par rapport au contrat principal<sup>102</sup>, ou encore le principe de compétence-compétence autorisant l'arbitre à vérifier lui-même sa compétence lorsque celle-ci est contestée devant lui<sup>103</sup>. De plus, les juridictions étatiques aident à la constitution du tribunal arbitral lorsque l'une des parties se montre récalcitrante à cet égard. En outre, les législations étatiques assurent la pleine efficacité des sentences arbitrales en les soumettant à un régime de reconnaissance et d'exécution sur leur territoire particulièrement favorable<sup>104</sup>. Dans cette optique, force est de constater que la plupart des Etats ont ratifié les conventions internationales multilatérales relatives à l'arbitrage. A ce titre, la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales a été ratifiée,

---

<sup>99</sup> Sur cette question, voir Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 80 et s ; Loïc Cadet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op, cit, p. 44 et s ; Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 50 et s.

<sup>100</sup> René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, op, cit, p. 15.

<sup>101</sup> Franck Yougoné, *Arbitrage commercial international et développement. Etude du cas des Etats de l'OHADA et du Mercosur*, Thèse de droit, Université de Montesquieu - Bordeaux IV, 2013, p. 11.

<sup>102</sup> Voir à cet égard, Jean-Pierre Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », in *Travaux commerciaux français de droit international privé, 1991-1992*, p. 75 et.

<sup>103</sup> Sur ce principe, voir Philippe Fouchard, Emanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 407 et s.

<sup>104</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 57.

en 2015, par 154 États<sup>105</sup>. De son côté, la Convention de Washington de 1965 a été ratifiée, en 2013, par 148 États<sup>106</sup>.

Selon Jean-Baptiste Racine, cette large acceptation de l'arbitrage par les Etats se justifie par deux facteurs. Le premier facteur est lié au mouvement de déréglementation. En effet, ce mouvement a favorisé la justice arbitrale car selon la doctrine néo-libérale, les Etats interviennent moins dans le champ économique en laissant aux opérateurs de ce champ la possibilité de choisir des arbitres pour assurer le règlement de leurs litiges. Le second facteur tient au fait que les Etats ne peuvent pas maîtriser le fait économique. Dans ce contexte, l'arbitrage représente une solution au libéralisme et au libre échange<sup>107</sup>. Cette vision est partagée par Alain Plantey qui estime que l'internationalisation de l'économie mondiale a très largement contribué à l'ancrage de l'arbitrage. En ce sens, les Etats ont tendance à privilégier les mécanismes de résolution des litiges par les personnes privées<sup>108</sup>.

Au-delà de ces avantages inhérents à la philosophie de l'arbitrage et à son acceptation par les Etats, ce mécanisme alternatif de règlement des litiges présente des intérêts particuliers en matière de finance islamique. En effet, l'arbitrage apparaît à l'heure actuelle comme la meilleure voie permettant à la finance islamique de répondre efficacement aux défis auxquels elle est confrontée dans le domaine de la résolution des litiges. Il permet une prise en compte suffisante de la particularité de la finance islamique en garantissant l'application correcte de la Charia. De plus, il contribue à la promotion de l'industrie financière islamique à travers l'élaboration d'une jurisprudence arbitrale qui pourrait consolider la normativité islamique en ce domaine. De ce fait, un système juridique islamique cohérent et solide peut être mis en place grâce à l'œuvre de la justice arbitrale. A partir de là, l'arbitrage s'affirme comme un pilier fondamental de l'industrie financière islamique.

En réalité, cette place particulière qu'occupe l'arbitrage en matière de finance islamique tient également à sa forte légitimité islamique et à son enracinement dans l'histoire juridique musulmane. En effet, la validité de ce mécanisme est très largement reconnue par les principales sources normatives de la Charia (Coran, Sunna, Ijma)<sup>109</sup>. Il en résulte que la validité de l'arbitrage n'a jamais été et ne peut faire l'objet de discussion en droit

---

<sup>105</sup> Voir le site de la CNUDCI sur Internet : [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>106</sup> Voir le site de la banque mondiale sur Internet : [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

<sup>107</sup> Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 2-4.

<sup>108</sup> Alain Plantey, « De la négociation diplomatique à l'arbitrage commercial international », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Paris, Dalloz, 2007, p. 373 à 381.

<sup>109</sup> Cette question sera approfondie dans notre deuxième partie.

musulman<sup>110</sup>. Plus encore, l'islam lui accorde une place prioritaire par rapport à la justice étatique parce qu'il permet une résolution plus pacificatrice du litige. L'arbitrage contribue aussi à la réalisation des finalités de la Charia dans le domaine de la résolution des litiges. En effet, la Charia vise en la matière à trouver une solution des litiges de manière rapide, juste, compétente, obligatoire<sup>111</sup>. Régler le litige rapidement reviendrait à accorder le droit à son titulaire en mettant fin à l'injustice et aux hostilités entre les parties. Sans doute, tout retardement dans la résolution du litige engendre des nuisances multiples<sup>112</sup>. C'est pourquoi, comme le souligne Alaz Ibn Abdel Salam, le recours au mode qui permet une résolution rapide des litiges est une obligation car il permet de rendre le droit à son titulaire<sup>113</sup>. Dans cette optique, Al Sarkhassi considère que la justice en toute équité est considérée comme un devoir fondamental d'une très grande importance, au point qu'elle vient justement après la croyance en Dieu ; c'est un noble acte d'adoration car le fait de trancher un litige en toute équité est une réalisation de la justice et un empêchement de l'injustice ; il permet de donner le droit à son titulaire en ordonnant le bien et en interdisant le mal<sup>114</sup>.

Dans ces circonstances, l'arbitrage a occupé une large place dans l'œuvre des jurisconsultes musulmans. Ces derniers ont étudié le mécanisme, fixé les règles de son fonctionnement, exposé ses traits permettant de le distinguer des autres institutions. La doctrine islamique en la matière est largement marquée par les circonstances de l'époque et du lieu. Elle tente de répondre aux besoins et aux attentes dans le cadre des conditions économiques et sociales existantes. De ce fait, la place de l'arbitrage dans la société islamique traditionnelle est fondamentalement différente de sa place dans les sociétés actuelles. Dans la société traditionnelle, la Charia est le droit applicable dans tous les domaines. Tout litige entre musulmans, qu'il soit soumis à l'arbitrage ou à la justice étatique, sera résolu conformément aux préceptes de la Charia. Or aujourd'hui, les choses ont radicalement changé. Dans un environnement juridique largement sécularisé, le juge applique un droit étatique de plus en plus détaché des sources normatives islamiques, ce qui conduit à la non-application de la Charia notamment en matière de finance islamique.

Dans ce contexte, une nouvelle réflexion sur l'arbitrage et son rôle dans la société contemporaine s'impose avec force. Il s'agit d'une problématique nouvelle qui n'a pas

---

<sup>110</sup> Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, Paris, 1988, p. 17 ; Nidal AL Baloui, *L'arbitrage dans la Charia islamique, vision moderne* (en arabe), Dar Al Thaqafa, Amman, 2012.

<sup>111</sup> Ibn Taimiyya, *Al Fatwa*, 35/355.

<sup>112</sup> Ibn Arabi, *Ahkam al kouran*, 4/34.

<sup>113</sup> Alaz Ibn Abdel Salam, *Kawaid alahkam fi massaleh alanam*, 2/43.

<sup>114</sup> Al Sarkhassi, *Al Mabsout*, 16/59.

d'équivalence dans l'histoire juridique islamique classique. C'est une problématique très importante aussi bien du point de vue religieux que du point de vue technique. Sur le plan religieux, le recours à l'arbitrage permet aux musulmans de se conformer à leurs croyances religieuses à travers la mise en œuvre de la Charia comme droit applicable à leurs litiges relatifs à la finance islamique. Sur le plan technique, le recours à l'arbitrage permet : d'abord, le respect des règles et principes qui sont au fondement de la finance islamique, ensuite, la prise en compte de la particularité des activités financières islamiques, enfin, la promotion de l'industrie financière islamique.

Avant d'évoquer les nouvelles données de l'arbitrage, force est de constater que l'arbitrage a connu une évolution intéressante en droit musulman moderne. Trois grandes étapes peuvent être distinguées à cet égard. La première est la codification du Code civil ottoman dit la Mejjelle. Il s'agit en effet d'une reformulation des solutions dégagées par la doctrine islamique Hanafite. La nouveauté essentielle réside au niveau de la forme, alors que le fond reste fondamentalement traditionnel. La deuxième étape est marquée par les résolutions de l'Académie internationale de Fiqh islamique. A l'instar du Code civil ottoman, ces *fatwas* restent d'un apport limité dans la mesure où elles reposent uniquement sur le droit musulman classique. Cela pose la question de savoir si on est en présence d'une véritable *ijtihad* prenant en considération le contexte contemporain ou, à l'inverse, on est devant une reproduction de la pensée des docteurs anciens. La troisième étape est la norme N° 32 de l'AAIOFI relative à l'arbitrage. Cette norme marque une évolution très nette en la matière. Elle se singularise par le respect des principes fondamentaux de la Charia, tout en s'inspirant des règles du droit moderne de l'arbitrage. Elle comporte des nouveautés substantielles par rapport au droit classique. Dans cette optique, Abdelsattar Khouildi indique que « La Norme a réussi à opérer une conciliation entre les exigences du droit positif...sans enfreindre les principes du droit musulman »<sup>115</sup>. Complètement consacrée à l'arbitrage, cette norme peut servir de point de départ à l'amélioration du système d'arbitrage relatif à la finance islamique.

Malgré l'importante évolution enregistrée par la norme indiquée ci-dessus en matière d'arbitrage, elle demeure cependant insuffisante pour répondre à tous les besoins de la finance islamique à l'heure actuelle. En effet, on constate que l'industrie financière islamique se développe de manière accélérée. Cela exige une adaptation continue et une modernisation appropriée de la justice arbitrale afin que celle-ci reste le mode naturel et privilégié de

---

<sup>115</sup> Abdelsattar Khouildi, « L'arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 47.

règlement des litiges relatifs à ce secteur d'activité. Une telle adaptation s'avère nécessaire pour permettre à l'arbitrage de prendre en considération les particularités et les attentes de la finance islamique. En s'inspirant des grands principes de l'arbitrage moderne, ce mouvement de modernisation pourrait englober toutes les étapes de la procédure arbitrale : de la convention d'arbitrage jusqu'à l'exécution de la sentence. Cela a le mérite de rendre l'arbitrage plus adapté aux réalités actuelles de la finance islamique, et plus aptes à contribuer efficacement à la promotion de cette activité. Avec cette modernisation, les litiges relatifs à la finance islamique peuvent être résolus de manière conforme à leur singularité.

Du reste, le litige a été défini comme un différend « d'ordre juridique »<sup>116</sup>, ou encore comme « l'opposition de prétentions juridiques soumises à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision »<sup>117</sup>. De même, selon Cornu et Foyer, « tout litige recèle au moins deux éléments constants, sans lesquels il n'est pas formé : un différend, non pas quelconque, mais d'ordre juridique »<sup>118</sup>. En effet, le litige est la condition du contentieux. D'après Jeammaud, « seul le litige se prête à un règlement par une décision juridictionnelle, c'est-à-dire tranchant par référence aux règles de droit pertinentes »<sup>119</sup>. Dans le même sens, Cadiet et Caly affirment que le litige est un conflit juridiquement relevant, c'est-à-dire un conflit ce que requièrent, autorisent ou interdisent les règles de droit pertinentes. Il s'agit d'un conflit susceptible de faire l'objet d'une solution juridique, par application des règles de droit parce qu'il trouve son origine dans une situation d'incertitude juridique. Ainsi, est juridique le litige qui naît de l'application du droit pour être résolu par application du droit<sup>120</sup>.

Généralement, les auteurs distinguent la notion de litige de celles de différend et de conflit. Quant à la notion de différend, Selon la Cour internationale de justice de la Haye, le différend est « un désaccord juridique sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »<sup>121</sup>. Pour Cadiet et Clay, le différend est une variété du litige, car il suppose un désaccord entre deux personnes, ce qui

---

<sup>116</sup> Loïc Cadiet et Eamanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 9<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, 2016, p. 3.

<sup>117</sup> Antoine Jeammaud, « Conflit, Différend, Litige », *Droits*, n° 34, Les mots de la justice, Presses Universitaires de France, 2002, p. 17.

<sup>118</sup> G. Cornu et J. Foyer, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitan, 8<sup>ème</sup> édition, Presses Universitaires de France, 2009, p. 226.

<sup>119</sup> Antoine Jeammaud, « Conflit, Différend, Litige », *op. cit.*, p. 18.

<sup>120</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>121</sup> Cité par Eric Djuitchoko, *Le traitement du contentieux bancaire*, Thèse de droit, Université de Jean-Monnet, 2011, p. 3.

n'est pas nécessairement le cas du litige<sup>122</sup>. Concernant la notion de conflit, elle est plus générale que la notion de litige. Elle a même vocation à englober la notion de litige. En effet, tout conflit n'est pas un litige. Les querelles sociales, religieuses ou doctrinales peuvent être un conflit, mais elles ne sont pas matière à litige. De plus, « un litige peut être juridiquement réglé sans que le conflit qui y a donné naissance ne le soit. Ainsi, un conflit de voisinage à propos d'un arbre dont les branches surplombent excessivement la propriété voisine peut donner lieu à une décision condamnant le propriétaire de l'arbre à l'élaguer, ce qui terminera le litige porté devant le juge, mais le conflit entre les voisins a peut-être des racines plus profondes et pourra surgir de nouveau en une autre occasion : nuisance sonores, feux de branchage, etc »<sup>123</sup>.

Tel est donc le sens de la notion de litige en général. Quel est le contenu de cette notion dans le cadre de notre étude ? Quelle est sa portée ? Quelles sont les réalités qu'elle désigne ? On entend par litige relatif à la finance toute contestation, tout différend, tout conflit entre deux personnes ou plus, qu'elles soient physiques ou morales, portant sur tous les éléments d'un contrat de financement islamique (formation, interprétation, exécution, etc.), quelle que soit la nature de l'institution islamique impliquée dans ledit contrat (banque, société, fonds d'investissement, Takaful, wakf, etc.).

En effet, la singularité des litiges relatifs à la finance islamique découle de la particularité de la finance islamique elle-même. Fondés sur des principes et règles issus de la Charia, les contrats de financement islamique visent en réalité la réalisation des finalités religieuses et éthiques qui leur sont propres. Ces finalités attribuent aux litiges portés sur ces contrats une singularité particulière, singularité qui exige la mise en place d'un système de règlement des litiges apte à la prendre en considération. De plus, techniquement, les contrats de financement islamique sont devenus très complexes, à la différence des contrats de financement islamique classique. Dans cette perspective, on constate qu'une même opération financière implique plusieurs contrats et parties. Comme l'indique Abdelsattar Khouli, « les opérations sont devenues plus sophistiquées par la multiplication des parties en présence dans une même opération financière, alors que la même opération était dans le Fiqh classique tout simplement bilatérale. C'est ainsi que la *Mourabaha* telle qu'elle se pratique aujourd'hui comporte au moins trois parties...C'est ce passage d'une relation contractuelle simple à un

---

<sup>122</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op, cit, p. 24.

<sup>123</sup> Ibid.

produit bancaire qui a contribué à la multiplication des parties »<sup>124</sup>. Il en résulte que les contrats de financement islamique sont aujourd'hui d'une très grande technicité ; la compréhension de leur sens et de leur portée exige une connaissance et une qualification particulières. Ils relèvent désormais de la spécialité.

Cette complexité technique des litiges relatifs à la finance islamique met en exergue l'importance de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges. Cette justice alternative apparaît en réalité comme la voie la plus adaptée à cette complexité en raison des avantages qu'elle offre aux institutions financières islamiques. De plus, l'arbitrage est doté d'une grande capacité évolutive lui permettant de mieux répondre aux besoins de l'industrie financière islamique qui est en perpétuel développement.

Ainsi, l'objectif de cette étude est de comprendre et d'analyser le rôle de l'arbitrage dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Dans cette optique, cette étude tente de répondre aux questions majeures suivantes : dans quelle mesure l'arbitrage peut-il être considéré comme la meilleure voie permettant une résolution des litiges relatifs à la finance islamique dans une perspective conforme aux règles, principes et finalités de la Charia ? Quelle est la spécificité de la finance islamique ? Comment l'arbitrage garantit la prise en compte de cette particularité ? Pourquoi ce mécanisme doit être perçu comme la justice naturelle des litiges relatifs à la finance islamique ? Quels sont les avantages qu'il offre aux opérateurs de la finance islamique ? Quel est le lien entre arbitrage et finance islamique ? Comment l'arbitrage peut contribuer à la régulation des activités financières islamiques pour que ces activités restent dans le cadre de leurs finalités ? Dans quelle mesure l'arbitrage peut-il être considéré comme une institution fondamentale de l'industrie financière islamique ? Comment peut-il contribuer à l'essor de cette industrie ? La rénovation de la pensée juridique islamique passe-t-elle aussi par l'arbitrage ? Quel rôle ce mécanisme peut-il jouer sur ce plan ? Comment dynamiser davantage le rôle de l'arbitrage dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique ? Quelles sont les mesures à adopter pour renforcer la place de l'arbitrage en matière de finance islamique ? Une révision des concepts de base de l'arbitrage est-elle nécessaire pour améliorer sa place dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique ?

En effet, l'appréhension de ces questions suppose logiquement une méthode d'analyse. A vrai dire, la question méthodologique tient une place importante dans une recherche

---

<sup>124</sup> Abdelsattar Khouildi, « L'arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 40.

scientifique. Elle contribue à clarifier les hypothèses et à déterminer les résultats. Notre étude se singularise par le fait qu'elle s'articule autour des phénomènes protéiformes et complexes. Dans cette optique, trois champs de connaissances s'imbriquent. Il s'agit de la religion musulmane, du droit et de l'économie et de la finance. De ce fait, pour mieux comprendre notre problématique, une intersection entre plusieurs disciplines distinctes s'avère nécessaire, ce qui donne à notre étude une dimension pluridisciplinaire marquée. En réalité, « le Droit n'est rien sans son cadre social, économique, humain ou religieux. Sa création ne se fait pas dans l'abstrait, n'est pas arbitraire. Il faut donc que l'étudiant sache dégager les rapports de causalité entre les règles juridiques et les phénomènes économiques, sociaux ou religieux »<sup>125</sup>.

Dans cette perspective, Jacques Chevalier indique que le droit « ne peut être saisi sans que soit prise en compte sa dimension sociale et politique, à travers l'étude de sa genèse et de l'influence qu'il exerce sur la société... la science du droit ne saurait en effet être cantonnée, dans la perspective qui est celle de Kelsen, à la seule étude des normes posées : les juristes ne peuvent se désintéresser des processus sociaux et politiques de production et d'application du droit, sauf à sombrer dans un formalisme desséchant, ignorant tout des enjeux dont la norme est porteuse ; pas plus d'ailleurs qu'ils ne peuvent se désintéresser des valeurs sous-jacentes à l'ordre juridique et qui déterminent la légitimité de la norme juridique ». Et l'auteur affirme que cette « démarche est transposable à toutes les branches du droit, qui constituent autant de sous-ensembles partiellement autonomes du système juridique »<sup>126</sup>, et donc au droit privé également. Dans cette optique, l'exploitation des sources religieuses islamiques, juridiques et financières constitue une base indispensable pour traiter une problématique comme la nôtre. C'est dire que notre étude s'appuie sur une littérature pluridisciplinaire à la fois classique et moderne.

En outre, notre étude repose également sur une approche historique. Cette méthode occupe une place importante dans notre raisonnement dans la mesure où elle nous permet de mieux comprendre la question abordée. En effet, la compréhension du rôle actuel de l'arbitrage en matière de finance islamique exige qu'on étudie sa place dans l'histoire juridique islamique. C'est donc à travers ce passage historique que l'on sera en mesure de cerner le sens et la portée de l'évolution contemporaine de l'arbitrage en droit musulman

---

<sup>125</sup> Bernard Durand, *Histoire comparative des institutions*, Les nouvelles éditions africaines, Dakar, 1983, p. 7.

<sup>126</sup> Jacques Chevalier, *Pour une sociologie du droit constitutionnel*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Editions Economica, Paris, 2006, p. 281 et s.

moderne. Cela nous permet également de mieux préparer l'avenir pour déterminer les points qui nécessitent une modernisation<sup>127</sup>.

Par ailleurs, la méthode comparative présente un intérêt non négligeable pour la compréhension de notre objet de recherche<sup>128</sup>. En effet, la comparaison nous permet de mieux comprendre les points de convergence et les points de divergence entre le droit musulman classique et le droit musulman contemporain à propos de l'arbitrage. Elle permet également de comprendre les différentes positions des écoles juridiques islamiques à ce sujet. La comparaison entre ces écoles fait apparaître de nombreuses divergences et convergences qu'il faut traiter dans un souci de clarification pour les profanes en la matière. Mon travail consistera alors à donner les avis juridiques les plus utilisés en pratique. De plus, cette méthode permet d'opérer une analogie entre le droit musulman et les droits modernes de l'arbitrage. Cela facilite l'identification des éléments qui nécessitent une adaptation ou une réforme. En effet, les juristes musulmans n'ont pas prévu des règlements complets sur l'arbitrage en droit musulman. Ils ont prévu des principes généraux qui étaient utiles dans le passé mais qui ont besoin d'être réformés pour une application dans le domaine de la finance islamique moderne. Ce qui pose le problème de l'articulation entre les principes de base du droit musulman avec les transformations contemporaines. Dans ce contexte, l'approche comparative présente deux aspects dans le cadre de notre recherche : un aspect scientifique facilitant la connaissance des droits, objet de la comparaison, et un aspect pratique ou empirique dans la mesure où le droit comparé apparaît comme une source d'inspiration pour développer certains points juridiques.

Aussi, l'approche descriptive occupe une place importante dans notre étude. Dans cette optique, nous allons décrire la particularité et les instruments de la finance islamique, son environnement juridique, le fonctionnement des modes alternatifs de règlement des litiges, la place de l'arbitrage en droit musulman classique et moderne. De plus, l'étude s'appuie aussi sur une démarche analytique. Dans ce cadre, nous allons essayer de dégager les divers éléments constitutifs des problèmes étudiés, de comprendre les relations que ces éléments entretiennent entre eux. En même temps, il faut saisir le lien de causalité entre les raisons et les résultats. Ainsi, pour mieux comprendre le rôle de l'arbitrage dans la prise en compte de la particularité de la finance islamique, il serait au préalable nécessaire de cerner

---

<sup>127</sup> Ali Issa, *Islam et Droit constitutionnel en Egypte, en Syrie et au Maroc : étude comparée*, Thèse de droit, Université de Lorraine, 2015, p. 28 et s.

<sup>128</sup> Sur la méthode comparative, voir Léontin Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, 3 Volumes, Economica, Paris, 1974 ; Pierre Legrand, *Le droit comparé*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999.

les éléments qui fondent cette particularité. Pour se faire, nous allons analyser cette particularité et les conséquences qui en découlent sur le plan de la résolution des litiges. Une fois les raisons des problèmes identifiées, la méthode analytique nous permettra de saisir les perspectives et les solutions appropriées qui existent.

De plus, l'étude repose également sur une approche empirique. Cette méthode se manifeste à travers les visites effectuées au sein des institutions financières islamiques et des centres d'arbitrage, les rencontres qu'on a passées avec certains opérateurs de la finance islamique. A ce titre, on peut évoquer les interviews passées avec les responsables des Centres islamiques d'arbitrage. Il s'agit du Centre Islamique International pour la Conciliation et l'Arbitrage (IICRA) et du Centre d'arbitrage de Kuala Lumpur (KLRC). Cela nous a permis d'avoir une perspective pratique des problèmes étudiés qui va enrichir et compléter très largement notre démarche théorique globale. Le recours à la méthode empirique s'explique essentiellement par le caractère récent de la problématique de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, les études traitant de cette question sont presque absentes. Il faut également ajouter les difficultés inhérentes au caractère secret des sentences. Ceci rend inévitable la communication directe ou indirecte avec les acteurs de la résolution des litiges<sup>129</sup>.

Cela dit, l'étude de l'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique s'articule autour de deux hypothèses, qui constituent d'ailleurs les deux grandes articulations de la recherche. La première hypothèse consiste à dire que le rôle des modes de règlement des litiges en dehors de l'arbitrage s'avère insuffisant dans la prise en compte de la particularité des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, si le recours au juge étatique est une source

---

<sup>129</sup> Dans cette perspective, nous avons effectué plusieurs voyages de recherche au Émirats Arabes Unis et en Malaisie. Ceux-ci nous ont permis de recueillir de nombreuses informations et de rencontrer des experts de l'arbitrage de la finance islamique. En effet, spécialement en Malaisie, on a pu visiter un centre d'arbitrage régional à Kuala Lumpur, qui a édicté en décembre 2013 des nouvelles règles d'arbitrage relatives à la finance islamique (new i-arbitration rules : Islamic finance in the global commercial arena). A cette occasion, on a discuté avec les responsables du centre d'arbitrage et échangé sur leur expérience, ce qui nous a permis d'obtenir des informations sur la pratique de l'arbitrage dans ce centre, particulièrement sur les affaires concernant la finance islamique. De plus, on a visité l'Académie internationale pour la recherche en droit musulman et en finance islamique. A ce titre, on a pu interroger le directeur de cette académie sur l'avenir de la finance islamique et des difficultés auxquelles elle va être confrontée. Enfin, on a visité l'Université internationale islamique de Malaisie où on a rencontré plusieurs professeurs spécialisés en arbitrage de la finance islamique. Nous avons discuté sur les possibilités de développer l'arbitrage en matière de finance islamique. Au-delà de ce voyage en Malaisie, on a rencontré des savants en Charia, spécialistes en finance islamique dans plusieurs pays musulmans. Cela nous a permis d'entamer des dialogues, échanges, discussions autour des problématiques concernant la finance islamique et les défis auxquels elle est confrontée notamment dans le domaine de la résolution des litiges. En outre, nous avons assisté à plusieurs colloques et conférences relatives à notre objet de recherche. Tout cela nous a permis de mieux cerner l'importance de l'étude, la portée des problèmes qu'elle soulève et les solutions qui s'offrent actuellement aux opérateurs de la finance islamique.

de nombreuses difficultés et contradictions pour la finance islamique, le recours aux modes amiables pose également des problèmes d'efficacité. Cela se manifeste sur deux plans : d'une part, au niveau de l'effectivité de la solution proposée dans le domaine de la résolution des litiges et, d'autre part, au niveau de la promotion de l'industrie financière islamique (**Première Partie**). La seconde hypothèse revient à dire que l'arbitrage est la meilleure voie permettant la prise en considération de la singularité de la finance islamique. En réalité, s'il bénéficie d'une très grande légitimité islamique tenant à son fort enracinement dans la culture juridique musulmane, l'arbitrage apparaît également comme une technique particulièrement efficace et adaptée puisqu'elle offre de nombreux avantages pratiques aux opérateurs de la finance islamique. De plus, il pourrait effectivement contribuer à l'essor de l'industrie financière islamique (**Seconde Partie**).

**Première Partie : La prise en compte insuffisante de la spécificité de la finance islamique par les modes de règlements des litiges en dehors de l'arbitrage.**

**Seconde Partie : La prise en compte suffisante de la particularité de la finance islamique par l'arbitrage.**

# **Première Partie. La prise en compte insuffisante de la spécificité de la finance islamique par les modes de règlements des litiges en dehors de l'arbitrage**

Cette première partie a pour objet de décrire et d'analyser le rôle de la justice étatique et des modes amiables de règlement des litiges dans la résolution des différends relatifs à la finance islamique. Pourquoi cette démonstration est-elle importante ? Elle est nécessaire, car les justices étatique et amiable constituent toutes deux des modes de règlement de litiges parallèles à l'arbitrage. A travers l'étude de ces méthodes, nous pouvons comprendre leurs difficultés et limites dans la prise en compte de la singularité de la finance islamique. En réalité, cette démarche fait apparaître, par voie de contraste, la place éminente de l'arbitrage et le rôle important que ce dernier pourra jouer dans le règlement des litiges relatifs au financement islamique. Dans cette perspective, nous tenterons de démontrer que l'arbitrage est, à la lumière de l'état actuel des autres modes de règlement des litiges, la voie, sinon exclusive du moins privilégiée, qui permet de prendre en considération les principes de la finance islamique et de constituer une base servant au développement des institutions financières islamiques.

Cette explication étant faite, il nous revient à présent de nous interroger sur les rôles des solutions étatique et amiable : quelle place est dévolue aux justices étatique et amiable dans la configuration actuelle de l'industrie financière islamique ? Comment ces modes peuvent-ils répondre aux attentes et besoins de la finance islamique ? Quelles sont les solutions qu'ils peuvent apporter à des litiges devant s'inspirer des conceptions religieuses et éthiques musulmanes ? Sont-ils en mesure de tenir compte de la singularité de cette finance ? Quelle est leur efficacité en matière de finance islamique ? Autant de questions que nous sommes amenés à nous poser en proposant une réflexion sur les voies possibles des solutions conformes aux principes et règles de la Charia islamique.

Au regard des éléments théoriques et pratiques dont nous disposons, nous pouvons constater que les justices étatique et amiable peuvent jouer un rôle dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique. Mais ce rôle demeure, dans une large mesure, insuffisant du fait que les solutions proposées et les outils que ces méthodes développent ne sont pas toujours compatibles avec les enjeux particuliers de la finance islamique. Nombreux et

multiples sont les freins et obstacles qui concourent à limiter l'efficacité de l'action étatique et amiable. **(Titre 2)**. Une réponse satisfaisante aux questions ci-dessus posées implique préalablement que l'on se penche sur l'identification de la spécificité de la finance islamique. C'est cet aspect qui nous permettra de mieux saisir la place limitée des justices étatique et amiable comme instrument de pacification des relations et transactions financières islamiques **(Titre 1)**.

# **Titre 1. L'identification de la spécificité de la finance islamique**

La finance islamique présente un certain nombre de particularités par rapport à la finance conventionnelle. Ce sont ces particularités qui lui accordent une identité propre et lui donnent son sens et son essence. Généralement, on peut résumer cette particularité en deux points: il s'agit, d'une part, d'une finance fondée sur une doctrine religieuse particulière (**Chapitre 1**), et d'autre part, d'une finance basée sur des mécanismes islamiques singuliers (**Chapitre 2**). C'est ainsi, autour de ces deux idées que s'articulera notre réflexion sur la singularité de la finance islamique, singularité d'autant plus importante pour comprendre comment elle va être prise en compte par les différents modes de règlement des litiges.

## **Chapitre 1- Une finance fondée sur une philosophie religieuse particulière**

Le développement de la finance islamique, au cours de ces dernières années, coïncide avec deux phénomènes : d'une part, l'augmentation de la richesse pétrolière dans les pays arabes du Moyen-Orient, d'autre part, le regain de la religion musulmane qui a suivi les indépendances de certains pays musulmans après la Deuxième Guerre mondiale. Sa croissance remarquable s'est produite à un moment opportun. Si le monde moderne s'est installé dans un système financier uniforme considéré comme universel, ce système est actuellement critiqué à un double titre : d'abord les hommes sont à la recherche d'une éthique qui leur semble faire défaut dans le système capitaliste; puis la finance conventionnelle est de plus en plus mise en cause parce qu'elle est devenue trop abstraite, virtuelle, déconnectée de la réalité. En effet, la finance islamique tente de répondre à ce double défi en proposant de nouveaux produits et de nouvelles opérations. A la différence de la finance conventionnelle qui se veut « laïque », la finance islamique s'intègre dans une philosophie, dans une conception du monde qui lui est propre. Cette philosophie s'est construite et formalisée à

partir des préceptes de la religion musulmane. C'est en ce sens que cette finance est qualifiée « d'islamique ». C'est particulièrement dans cette philosophie que la finance islamique puise sa singularité et sa spécificité. Dans ce chapitre, nous étudierons les fondements (**Section 1**) et les manifestations de la particularité de la finance islamique (**Section 2**).

## **Section 1- Les fondements de la finance islamique**

Dès l'instant où l'on aborde l'étude d'un système juridique, se pose tout logiquement le problème de ses fondements, de ses sources d'inspiration. S'agissant de la finance islamique, il est possible de distinguer deux catégories de fondements : d'une part, les sources du droit musulman des affaires (§1) ; d'autre part, la notion de contrat telle qu'elle conçue et systématisée par les savants de l'islam (§2).

### **§1- Les sources du droit musulman des affaires**

La Charia est considérée comme l'ensemble de la révélation divine qui englobe les règles relatives à la foi, au comportement, aux adorations, aux éthiques ainsi qu'aux transactions. Elles régissent les rapports des hommes avec leur Créateur et les rapports des hommes entre eux dans le but de réaliser le bonheur de l'homme aussi bien dans l'ici bas que dans l'au-delà<sup>130</sup>. La Charia vient de la racine « chara'a' » qui signifie "ouvrir, devenir clair". Elle n'est pas dotée en arabe d'un sens propre, évident ou universel, et signifie par extension "la voie", "le chemin qui mène à la source"<sup>131</sup>. Le terme se trouve maintes fois dans des versets du Coran comme celui qui dit « Il vous a légiféré -chara'a - en matière de religion, ce qu'il avait enjoint à Noé, ce que nous t'avons révélé<sup>132</sup> ». La Charia est bien ce que Dieu a dicté comme législation dans le Coran et la Sunna. Un autre verset va dans le même sens, à savoir de la Charia en tant que législation : « A chacun de vous, Nous avons assigné une

---

<sup>130</sup> Manaa Al Katan, *Histoire de la législation islamique* (en arabe), Moassast al rissala, 2001, p. 13 et s.

<sup>131</sup> Ibn Manzur, *Lisân al-'arab*, tome V, Dar al-Ma'arif, Le Caire, p. 3450, article Chara'.

<sup>132</sup> Le Noble Coran, Sourate al-Ma'ida (La Table), verset 48. Nouvelle traduction française du sens de ses versets par Mohammed Chiadmi, Editions Tawhid, Lyon, 2007.

législation et un plan à suivre <sup>133</sup>». De ce fait, les lois de la Charia « Ahkam », comme nous informe le Coran, sont d'origine divine. C'est la raison par laquelle les juristes musulmans ou les jurisconsultes ont bien noté que la Charia est l'ensemble des Ahkams ou commandements légiférés par Dieu à l'intention de ses serviteurs et révélés à l'un de ses messagers <sup>134</sup>.

Il est utile de signaler qu'il existe une distinction entre la Charia et le Fiqh. La Charia englobe les textes juridiques d'origine divine fixant les lois ou ahkam, tandis que le fiqh est la compréhension de ces textes et l'interprétation qui en est faite. Un autre critère de distinction réside dans le fait que la Charia soit immuable, alors que le Fiqh change puisqu'il est fondé sur l'effort de l'interprétation <sup>135</sup>. Le mot Fiqh a donc une connotation humaine, tandis que la Charia a une connotation divine. C'est pourquoi, une règle issue du Fiqh peut faire l'objet d'une nouvelle interprétation. Le Fiqh est défini comme la connaissance des statuts pratiques de la Charia à partir de ses preuves détaillées et par voie de déduction <sup>136</sup>. Il est donc rectifiable par un nouvel ijtihad <sup>137</sup>.

Si la finance islamique en tant que science, régime, et théorie trouve ses sources dans les principes et les règles de la Charia, le Fiqh reste le moteur qui pousse la finance islamique vers plus d'efficacité en se basant sur les règles posées par la Charia. L'effort d'ijtihad et l'interprétation sont deux sources qui revêtent une importance particulière dans ce domaine de la finance. De ce fait, la finance islamique opère un mariage entre les principes fixés par les sources primaires à savoir le Coran et la Sunna (**A**), et les changements tirés d'ijtihad qui constituent les sources secondaires du droit musulman des affaires (**B**). Il s'agit d'une conciliation entre authenticité et modernité à partir d'une adaptation aux nouvelles situations et aux changements.

---

<sup>133</sup> Le Noble Coran, Sourate al-Ma'ida (La Table), verset 48

<sup>134</sup> Mohamad Chalabî, *Introduction au Fiqh islamique* (en arabe), 10<sup>ème</sup> éd. Dar al Jami'ya, 1985, p. 27.

<sup>135</sup> Omar Al Ashkar, *Introduction à la Charia et au Fiqh* (en arabe), Dar al nafa'iis, 2005, p. 13 et s.

<sup>136</sup> Hervé Bleuchot, *Droit musulman*, tome 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 18 et s.

<sup>137</sup> Le terme ijtihad désigne, dans la terminologie des fondements du droit musulman, l'effort pour dégager une prescription de la Charia sur la base d'une indication juridique précise. Il faut noter que l'ijtihad n'est pas permis dans les cas régis par un texte explicite indiscutable. En ce sens, voir Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, Traduit de l'arabe par Claude Dabbak, Asmaa Godin et Mehrezia Labidi Maiza, Editions Al Qalam, Paris, 1997, p. 333.

## A)- Les sources primaires

En Islam, le Coran (1) et la Sunna du Prophète (2) constituent les deux sources fondamentales de la législation islamique.

### 1)- Le Coran

Aux yeux de la communauté islamique, « le Coran est la Parole divine transmise par l'archange Gabriel (Jibrîl) au Messager de Dieu Mohammad ibn 'Abdallah, exprimée en langue arabe et contenant la Vérité. Il est à la fois une preuve de la prophétie de Mohammad (BSDL), une table de lois destinées à guider les hommes et une prière dont la récitation est un acte d'adoration de Dieu »<sup>138</sup>. Il s'agit à vrai dire de l'écriture sacrée ou du livre saint de la religion musulmane. Il est le fondement ou la base même de cette religion. Cette parole est d'origine divine, infaillible, non falsifiée, complète et authentique que les croyants ne pourront mettre en cause. Les savants musulmans définissent le Coran comme étant « le livre de Dieu tout haut, révélé à son prophète, écrit dans le mosshaf (réceptacle béni), et qui nous a été transmis par voie multiple (mutawatir) et pur de tout soupçon. C'est une révélation récitée, une œuvre dont l'ordre de composition est inimitable<sup>139</sup> ».

Le Coran contient cent quatorze sourates ou chapitres, lesquels comportent six milles et deux cents trente six versets. Au sein du texte coranique, il est possible de distinguer entre deux sortes de chapitres ou sourates. La première catégorie regroupe les sourates révélées à la Mecque (610-622 J.C). On trouve dans ce cadre quatre-vingt-six sourates. La deuxième catégorie contient les sourates révélées à Médine (622-632 J.C). On trouve ici vingt huit sourates.

Le Coran est la référence fondamentale dans la vie des musulmans et la source première des règles en droit musulman. Il contient des lois pour chaque situation : « Et nous avons sur toi fait descendre l'Écrit en explication de toute chose et comme guidance et miséricorde et bonne nouvelle pour ceux qui se soumettent »<sup>140</sup>. Il se situe au sommet de la hiérarchie des sources normatives. Cette primauté donnée au Coran en tant que source de

---

<sup>138</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op, cit, p. 33.

<sup>139</sup> Al-sarakhssi, *Al-ihkam fi usoul al-ahkam*, vol, 1/279 ; Shwkani, *Irchad al fouhoul*, p. 29.

<sup>140</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nahl, verset 89.

législation est clairement indiquée par le Coran lui-même. A cet égard, Dieu dit : « si vous êtes en désaccord grave sur une affaire, déférez-la à Dieu et à son Envoyé »<sup>141</sup> . En commentant le verset « déférez-la à Dieu et à l'envoyé », Al Chafî'i<sup>142</sup> affirme que cela signifie « déférez cette affaire à la parole de Dieu et son envoyé si vous le connaissez ; sinon interrogez l'envoyé sur ce point lorsque vous serez en sa présence, ou à l'un de vous ayant été en contact avec lui »<sup>143</sup> .

Si Dieu a prescrit que la communauté de la foi est tenue de suivre ce que le Coran a dit, c'est parce que ce livre repose sur des fondements sûrs et très solides. Sur ce point le Coran dit « C'est le Livre au sujet duquel il n'y a aucun doute, c'est un guide pour les pieux »<sup>144</sup> . Ou encore dans un autre passage « Un Livre que nous avons fait descendre sur toi afin que, par la permission de leur Seigneur, tu fasses sortir les gens des ténèbres vers la lumière »<sup>145</sup> . La mission du Coran n'est que de sortir l'être humain des ténèbres et de lui montrer la guidance à la lumière de la voie de Dieu. « [Voici] Un Livre béni que nous avons fait descendre vers toi afin qu'ils méditent sur ses versets et que les doués d'intelligence réfléchissent »<sup>146</sup> . Dans un sens, le Coran apporte la vérité la plus parfaite pour les gens doués d'intelligence et pour les savants qui veulent creuser dans la science du Coran pour pouvoir interpréter ses lois. Le Coran contient l'explication de toutes les choses comme le dit le verset suivant « Ils ne t'apporteront aucune parabole, sans que Nous t'apportions la vérité avec la meilleure interprétation »<sup>147</sup> . Ou encore dans ce verset qui apporte des éclaircissements Al-bayane « "Et nous avons fait descendre sur toi le Livre, comme un exposé explicite de toute chose, ainsi qu'un guide, une grâce et une bonne annonce aux Musulmans »<sup>148</sup> .

Force est de constater que le Coran n'est pas la source unique de la loi musulmane et ne constitue pas un code légal. Malgré cela, il « reste la matière d'inspiration première pour les juristes musulmans et constitue, par son aspect moral, le critérium normatif auquel toute

---

<sup>141</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Omran, verset 59

<sup>142</sup> Moahammad Ibn Idriss Al Chafî'i (150-204 de l'hégire). Il est un grand jurisconsulte et fondateur de l'école juridique Chaféite.

<sup>143</sup> Al Chafî'i, *La Rissala, Fondement du droit musulman*, traduit de l'arabe par Lakhdar souami, Actes Sud, 1997, p. 95.

<sup>144</sup> Le Noble Coran, Sourate Al-baqara(la vache), verset 2.

<sup>145</sup> Le Noble Coran, Sourate Ibrahim, verset 1.

<sup>146</sup> Le Noble Coran, Sourate Sadd, verset 29

<sup>147</sup> Le Noble Coran, Sourate al-Furqân (le Discernement), verset 33

<sup>148</sup> Le Noble Coran, Sourate al-Nahl (Les Abeilles), verset 89.

autre source doit être soumise »<sup>149</sup>. En réalité, dans le Coran, on peut trouver trois types de prescriptions. La première catégorie de prescription concerne la foi ou la croyance. La deuxième catégorie de prescription traite la morale ou l'éthique. La troisième catégorie de prescriptions a trait à la vie pratique des fidèles. Dans cette dernière catégorie, on trouve deux sous-catégories. D'une part, les prescriptions relatives aux *ibadatas* (culte) et, d'autre part, les prescriptions liées aux *mou'amalats*, c'est-à-dire au droit proprement dit. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir quel est le contenu de ces prescriptions juridiques contenues dans le Coran<sup>150</sup>.

En réalité, une première catégorie de prescriptions normatives a un caractère mixte. Ces prescriptions concernent, tout à la fois, la croyance et le droit. Dans cette optique, l'exemple de la Zakat et du Jihad est particulièrement édifiant. Certes ces obligations ont un caractère religieux non négligeable. Mais elles ont également une dimension financière et politique très marquée qui pourrait justifier l'intervention de la puissance publique pour assurer leur sanction. Il en va de même des interdits alimentaires qui s'inscrivent dans cette catégorie. Une deuxième catégorie de prescriptions normatives est liée à ce qu'on appelle aujourd'hui le statut personnel (famille, succession). Dans cette perspective, on trouve soixante dix versets environ. Une troisième catégorie de prescriptions traite le droit civil. Ces prescriptions sont au nombre de soixante dix environ. Dans cette optique, on trouve des normes relatives au respect des contrats et engagements, à la prohibition de l'usure (*riba*)<sup>151</sup>, à la vente, à la preuve. Une quatrième catégorie de prescription a trait au droit pénal. Ne dépassant pas le nombre de vingt-cinq, les versets coraniques relatifs à ces questions traitent des infractions et des peines (homicide vol, brigandage, adultère). Une cinquième série organise les rapports de la société islamique avec les pays étrangers et avec les sujets non-musulmans qui vivent sur le territoire de l'Etat musulman. Dans cette optique, on trouve vingt-cinq versets environ<sup>152</sup>. Dans la cinquième catégorie de prescriptions juridiques, on trouve des textes coraniques qui traitent du droit constitutionnel. Ils sont au nombre de dix<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> Mohsen Ismail, « Les normes juridiques en islam : le 'urf comme source de législation », in Fregosi Franck (sous la direction de), *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et monde arabe*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 35.

<sup>150</sup> Dans tous les versets du coran on découvre un khitab ou énonciation qui porte une injonction (taklife) qui pourra être une injonction soit par un ordre (Amr), soit par défense ou interdiction (Nah'ye).

<sup>151</sup> Victor Berger-Vachon, « Le ribâ », in Normes et valeurs dans l'islam contemporain, Payot, 1966.

<sup>152</sup> Sur l'ordre légal islamique, voir Louis Milliot et François-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, p. 77 et s.

<sup>153</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op, cit, p. 47.

Mais qu'y a-t-il dans le Coran en matière économique et financière ? Cette matière a-t-elle une place dans le livre sacré de l'islam ?

Le Coran contient en effet des prescriptions de nature économique et financière. Dans ce domaine, il établit des principes généraux et stables relatifs à la Zakat<sup>154</sup>, à la vente, aux contrats, à certaines interdictions (*riba*, monopole, thésaurisation, *gharar* ou spéculation) et à bien d'autres thèmes. Ces principes coraniques ont été interprétés et explicités par la Sunna et les juristes musulmans. Mis à part les prescriptions prohibitives qui laissent peu de place à l'interprétation, ces prescriptions sont souples et susceptibles d'interprétations qui peuvent varier en fonction des conjonctures de temps et de lieu. Le texte coranique, écrit avec beaucoup de pertinence Abd Al Wahhab Khallaf, « fournit donc une plate-forme juridique et laisse aux dirigeants musulmans le soin d'élaborer les lois correspondant à leur époque et à l'intérêt général de la société »<sup>155</sup>.

Etant la première source fondamentale du droit musulman, le texte coranique sera explicité par la tradition prophétique qui constitue la seconde source principale de la norme islamique.

## 2)- La Sunna

Si le Coran est la première source de la législation islamique, il est loin de constituer son unique source. Les juristes musulmans ont l'habitude de recourir à la Sunna du prophète afin de compléter l'arsenal juridique musulman, car le Coran porte en lui les lignes directrices et les principes généraux, ce qui donne une place à la Sunna qui est la tradition prophétique dans le droit musulman. Autrement dit, après le Coran, la Sunna constitue la seconde source principale de la législation musulmane. Cela signifie que le législateur doit chercher dans un premier temps la norme dans le texte coranique. Si ce dernier fournit une solution, il

---

<sup>154</sup> Littéralement, le terme zakat veut dire « purification, prospérité ». Payer la zakat veut dire purifier les biens de la personne humaine, comme la prière purifie le corps et l'âme de l'homme. D'un point de vue juridique, la zakat peut être considérée comme une sorte d'impôt de solidarité auquel les musulmans sont assujettis au-delà d'un certain seuil de richesse ou de revenus imposable et selon un taux fixé par la loi religieuse. Elle n'est donc pas une contribution charitable laissée à la discrétion de chacun. Au contraire, elle est contribution obligatoire prélevée par l'Etat et distribuée par lui. Elle présente un droit pour les pauvres sur la fortune des riches ». Voir à cet égard, Ali Issa, Islam et Droit constitutionnel en Egypte, en Syrie et au Maroc : étude comparée, Thèse de droit, Université de Lorraine, 2015, p. 20.

<sup>155</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op, cit, p. 48.

l'applique immédiatement. Dans l'hypothèse inverse, la solution doit être recherchée dans la Sunna du Prophète.

A l'origine, le mot Sunna veut dire « tradition », « conduite » ou « comportement ». Ibn Mandour<sup>156</sup> a dit que la Sunna c'est l'équivalent de la Sira (la voie) bonne soit-elle ou mauvaise »<sup>157</sup>. En droit musulman, la Sunna « désigne toutes les paroles que le Prophète (BSDL) a dites, tous les actes qu'il a accomplis, ainsi que tous les actes et dire d'autrui qu'il a acceptés ou approuvés »<sup>158</sup>. D'après Mohamed Khaled, « Sur le plan juridique *stricto sensu*, la Sunna : c'est la conduite permanente du Prophète, qui consiste soit dans un dire « qawl », soit dans un acte « fi'l », soit dans un silence « sukût », silence à la suite d'une connaissance prise de la chose objet du silence, et que l'on qualifie aussi de « taqrîr ». Ainsi la Sunna comporte trois éléments, à savoir : un dire, un acte ou un silence »<sup>159</sup>.

Concernant sa valeur juridique, la Sunna authentifiée, c'est-à-dire la tradition prophétique qui ne fait l'objet d'aucun doute, a la même autorité que la révélation coranique. Coran et Sunna se situent ainsi sur le même plan quant à leur autorité légale. Quels sont les fondements de l'autorité juridique de la Sunna ? Autrement dit, quelles sont les preuves qui établissent la force juridique de la Sunna ? En effet, ces preuves sont nombreuses. Il y a tout d'abord le Coran. En réalité, la révélation coranique établit nettement l'autorité de la Sunna lorsqu'elle ordonne dans plusieurs versets à la communauté islamique d'obéir au Prophète. Le Coran fait de l'obéissance au Prophète l'équivalent de l'obéissance à Dieu<sup>160</sup>. En outre, en cas de litiges, les musulmans doivent se référer à Dieu puis à son Prophète<sup>161</sup>. Ensuite, le Prophète lui-même a appelé les musulmans à se conformer à sa conduite à côté du texte coranique. Dans cette optique, lors de son dernier discours d'Arafat, le Prophète a dit : « Fidèles, prêtez attention à ce que je vous ai dit, car je ne vous verrai peut-être plus. Je vous ai laissé deux choses. Si vous y tenez, vous ne vous égarerez jamais après moi. Ce sont le Livre de Dieu et la Sunna de son Prophète ». Enfin, l'autorité légale de la Sunna repose sur l'Ijma, c'est-à-dire sur le consensus de la communauté islamique.

---

<sup>156</sup> Spécialiste traditionnel de la langue arabe. Il est l'auteur d'un célèbre dictionnaire arabe Lissan Al Arab.

<sup>157</sup> Ibn mandour, *lissane Al'arabe*, p,13/225

<sup>158</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op, cit, p. 52.

<sup>159</sup> Mohamed Khaled, *Les « Ouçuls » (étude du droit musulman classique) (Etude des trois sources à titre principal : le Qoran, La Sunna, l'Igmâ')*, Thèse de droit, Université de Paris, 1957, p. 73.

<sup>160</sup> Voir notamment la Sourate Al Omran, verset 32 ; Sourate Al Nissa', versets 80, 59, 83.

<sup>161</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Hashr (L'Exode), verset 7.

L'étude de la Sunna a contribué à l'émergence d'une science immense que les savants appellent communément *A'ilm al-hadith* ou la science du hadith. Cette science est basée sur la recherche de l'authenticité d'un hadith à travers un travail sur la chaîne de transmission (Sanad ou Isnad) en remontant jusqu'au premier transmetteur (rawi) qui l'a reçu du prophète. Le fait de remonter jusqu'en haut de la chaîne de transmission est dicté par l'exigence de vérifier la véridicité du hadith et si les rapporteurs sont des personnes fiables détenteurs de qualités morales et de caractéristiques de piété. En outre, la chaîne de transmission doit être liée comme « un tel rapporteur nous a raconté, d'après un tel qui le tenait d'un tel, lequel l'avait reçu d'un tel... Ainsi de suite ». De là, les spécialistes de hadith opèrent un autre travail sur le texte proprement appelé *Al-matn*, c'est-à-dire le récit. La grande partie de la science du hadith a mis sous sa critique la chaîne des transmissions dans les deux volets : l'Isnad et le Matn (le texte). On doit signaler dans ce sens que le premier fait l'objet d'un examen pointilleux alors que le deuxième prêtera beaucoup moins à cette intervention<sup>162</sup>. Les savants de hadith ont l'habitude de distinguer différentes catégories de hadith selon le degré d'authenticité :

- Un hadith sahih ou parfait est celui dont l'authenticité est établie avec certitude. Al-Bokhari et Moslim avaient collecté les hadiths authentiques « sahiha » dans les deux sahihs.<sup>163</sup>
- Hadith Hassan ou bon est celui dont la provenance est très connue et rapporté par des transmetteurs notoires. Le recueil de Al tarmidi « *Sunane Al tarmidi* » est l'ouvrage crucial pour ce type de hadiths.
- Le hadith « Da'if » faible est celui qui mérite moins de confiance.

Il est évident que la Sunna est une base de référence dans la législation musulmane ce qui incite à poser la question sur son rapport avec le Coran ainsi que les fonctions qu'elle pourra assumer. Les théologiens musulmans ont pris le soin d'observer quatre fonctions pour la Sunna<sup>164</sup> :

- La Sunna peut dans un premier cas expliciter ce que globalement le Coran a mentionné. Dans ce cas, la Sunna vient expliciter les significations que Dieu veut donner à ses commandements. Si les devoirs et les obligations sont énoncés de manière globale dans le

---

<sup>162</sup> François-Paul Blanc, *Le droit musulman*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2007, p, 13

<sup>163</sup> Sahih al-bokhari et sahih Moslim.

<sup>164</sup> Abdelkarim Zaidane, *Introduction à l'étude de la législation musulmane*, 1<sup>ère</sup> édi. Rissala nachiroun, 2006, p.173

Coran, la Sunna est venue en expliciter les modalités et les moments d'accomplissement. On pourra citer à titre d'exemple plusieurs cas où la Sunna explicite le Coran. C'est le cas par exemple des hadiths concernant la Zakat (l'aumône légale), la vente, l'usure, les contrats, le gage, l'échange, la succession, etc.

- Confirmer ce qui est cité dans le Coran : dans ce sens la Sunna vient pour insister sur le respect d'une prescription coranique ou un commandement de Dieu. C'est le cas de ce hadith « Soyez bons avec vos femmes ! Elles sont sous votre garde et Allah vous les a confiées ». Ce hadith est de nature à confirmer ce que le Coran accorde à la femme avec des termes explicites<sup>165</sup>.

- Limiter l'étendue absolue d'un jugement coranique ou spécifier sa portée générale. Dans ce cas, le Coran pose un jugement absolu et puis la Sunna précise son exception.

- Emettre de nouveaux jugements ou Ahkam pour des questions que le Coran n'a pas mentionnées. C'est le cas de la Sunna qui a instauré une part de l'héritage à la grand-mère et à la fille dont le montant est fixé à un seizième. Aussi, on peut citer l'interdiction d'épouser la mère qui l'a allaité, ainsi que ses sœurs de lait.

Est-ce que les musulmans doivent suivre le Prophète dans tous ses actes et comportements ? En d'autres termes, l'ensemble de la Sunna a-t-elle une portée législative contraignante à l'égard de la communauté islamique ? Les spécialistes du droit musulman soulignent que la conduite prophétique s'impose impérativement à la communauté islamique lorsque cette conduite a pour objet de clarifier des questions religieuses. Notons que si le Prophète agit en tant qu'être ordinaire et non en tant que messenger de Dieu, ses actes et comportements « n'ont pas de portée législative, sauf là où une preuve indique qu'il a accompli tel acte de telle manière afin de montrer l'exemple aux Musulmans »<sup>166</sup>.

A l'instar du Coran, le fondement juridique de la Sunna repose sur la volonté de Dieu. Néanmoins, dans la mesure où il exprime la parole révélée de Dieu, le texte coranique se situe au sommet de la hiérarchie des sources normatives. Cela signifie qu'il faut chercher la norme applicable d'abord dans le Coran et ensuite dans la Sunna. Si aucune solution n'a été trouvée

---

<sup>165</sup> On pourra citer ici le verset 1 sourate les femmes qui dit « Ô hommes ! Craignez votre Seigneur qui vous a créés d'un seul être, et a créé de celui-ci son épouse, et qui de ces deux-là a fait répandre (sur la terre) beaucoup d'hommes et de femmes. Craignez Allah au nom duquel vous vous implorez les uns les autres, et craignez de rompre les liens du sang. Certes Allah vous observe parfaitement ».

<sup>166</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman ('ilm ousou'ul al-Fiqh)*, op. cit., p. 64.

dans ces deux sources fondamentales, on doit investir les autres sources de la loi islamique. Ces sources ont un caractère secondaire.

## **B)- Les sources secondaires**

En effet, l'apparition des nouvelles sources de la législation musulmane remonte à la période postérieure à la mort du Prophète. A vrai dire, la mort du Prophète marque la fin de la révélation divine et de cette relation privilégiée entre ciel et terre. Le développement d'un effort intellectuel d'interprétation (ijtihād)<sup>167</sup> issu de la rencontre de la révélation divine et de la réalité sociale mouvante conduit à l'émergence des sources rationnelles. En faisant appel à ces nouvelles sources, les juristes musulmans tentent de trouver des solutions aux questions non prévues par le Coran et la Sunna. Par cette voie, ils essaient également de trancher les nouveaux problèmes qui résultent de la mutation des circonstances économiques et sociales. A ce titre, il y a lieu de distinguer entre les sources supplémentaires les plus importantes qui sont l'ijma' (consensus) et le Qiyas (analogie) (1), et les autres sources supplémentaires dont l'importance est moindre qui sont l'istihsan, de la maslaha et de l'urf (2).

### **1)- Les sources supplémentaires les plus importantes**

En réalité, deux sources ont joué un rôle important dans l'élaboration et l'évolution de la loi islamique. Elles ont une autorité généralement reconnue. Il s'agit de l'ijma' (a) et du Qiyas (b).

---

<sup>167</sup> « L'ijtihād est défini comme la totalité de l'effort effectué par un juriste afin de déduire, avec un degré de probabilité, les règles de la shari'a à partir des indications détaillées dans les sources. Certains oulémas ont défini l'ijtihād comme l'utilisation par un juriste de toutes ses facultés soit à déduire les règles de la shari'a de leurs sources, soit à mettre ces règles en pratique et à les appliquer à des questions précises. L'ijtihād consiste essentiellement en une déduction (istinbāt) qui représente une probabilité (zann), et ne concerne donc pas l'extraction d'une règle d'un texte explicite ». Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, 2002, p. 318.

### a)- *L'ijma' (consensus)*

Troisième source de la loi islamique, l'ijma' ou l'accord de la communauté islamique a joué un rôle fondamental dans la formation et le développement du droit musulman. Selon un fameux hadith prophétique, « Ma communauté ne tombera jamais d'accord sur une erreur »<sup>168</sup>. Sur la base de ce hadith, l'ijma' apparaît comme l'expression ou la manifestation de la volonté de Dieu. En Islam, le chef de l'Etat ou le Calife n'exprime pas la volonté divine, celle volonté découle de la communauté islamique dans son ensemble. Dans le cadre dessiné par le Coran et la Sunna, c'est la communauté islamique seule qui a le droit de légiférer. Comme l'indique Sanhoury, cette idée « renferme l'essentiel de l'esprit démocratique [...]. Quoi de plus démocratique que d'affirmer que la volonté de la Nation est l'expression de la volonté même de Dieu ? »<sup>169</sup>. Apparue pour la première fois à l'époque des quatre premières Califes, cette première source non divine de la législation musulmane a joué un rôle très important dans l'histoire juridique islamique. D'après Goldziher, l'ijma' constituait « la clef de l'évolution historique de l'Islam au point de vue politique, dogmatique et juridique »<sup>170</sup>. Par le biais de cette source nouvelle, de nombreuses questions fondamentales ont pu trouver leurs solutions, comme la question du Califat par exemple.

Le mot ijma' trouve sa racine dans le vocable *j-m-'a*, qui veut dire « addition », « rassemblement », ou « compilation ». Selon les docteurs musulmans, « l'ijma' est l'accord des savants (*moujtahidoun*) de la communauté musulmane d'une époque déterminée sur une solution juridique ». Dès lors, « lorsqu'un cas juridique se présente à une époque donnée, et que tous les *moujtahid* s'accordent pour prononcer un même avis le concernant, leur accord est appelé ijma' (consensus). Le jugement résultant de ce consensus acquiert le statut de loi religieuse »<sup>171</sup>.

En tant que source normative, l'ijma' tire son autorité du Coran et de la Sunna. En menaçant ceux qui s'opposent au Prophète, Dieu dit : « Quiconque se sépare du Messager, après avoir eu pleine connaissance de la bonne direction, et suit une voie autre que celle des croyants, celui-là Nous l'abandonnerons dans la voie qu'il aura choisie et le précipiterons

---

<sup>168</sup> Hadith rapporté par Al tarmazi, 2167.

<sup>169</sup> Sanhoury, *Le Califat*, Thèse de droit, Université de Lyon, 1926, pp. 6-7.

<sup>170</sup> Ignac Goldziher, *Le Dogme et la Loi de l'Islam : histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane*, traduit par Arin Felix, Geuthner, Paris, 1920, p. 45.

<sup>171</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman ('ilm ousou'ul al-Fiqh)*, op. cit., p. 67.

dans la Géhenne. Quel triste devenir ! »<sup>172</sup>. Quant à la Sunna, trois hadiths fondent l'autorité juridique de l'ijma'. Le premier hadith dit : « Ma communauté ne tombera jamais d'accord sur une erreur »<sup>173</sup>. Le deuxième hadith affirme : « Certes, Dieu ne permet pas que ma communauté soit unanimement favorable à une hérésie ». Le troisième hadith annonce : « Ce que les Musulmans jugent bon, Dieu le juge bon aussi »<sup>174</sup>.

Les jurisconsultes musulmans opèrent une distinction essentielle entre l'ijma' explicite et l'ijma' implicite. L'ijma' explicite, comme son nom l'indique, se réalise lorsque tous les Oulémas d'une époque déterminée tombent d'accord de façon explicite sur une question de droit. Les savants peuvent exprimer leur accord soit par un acte, soit par une parole. Selon la majorité de la doctrine islamique, ce type d'ijma' a une autorité religieuse entière. L'ijma' implicite ou tacite, quant à lui, se réalise lorsque certains savants d'une époque déterminée ont donné leur accord explicite sur un point de droit déterminé, alors que les autres jurisconsultes ne se sont pas prononcés ni pour, ni contre l'avis des premiers. En effet, la doctrine accorde une autorité juridique moindre à ce genre d'ijma' dans la mesure où le silence de certains Oulémas au sujet de la question ainsi posée ne vaut pas nécessairement approbation. Cet ijma' exprime en réalité le point de vue de quelques savants. De plus, un consensus explicite peut à tout moment venir l'infirmier ou le confirmer<sup>175</sup>.

Il est à noter qu'il n'est pas facile d'activer le mécanisme de l'ijma' en raison de l'absence d'une autorité qualifiée pour rechercher l'accord des moujtahids.

#### ***b)- Al Qiyas (raisonnement analogique)***

Le Qiyas ou raisonnement analogique est la deuxième source complémentaire du droit islamique. Si sur le plan linguistique on entend par Al Qiyas « l'évaluation d'une chose d'après la valeur de son équivalent ». Il est aussi le synonyme d'égalisation, c'est-à-dire évaluer une chose d'après son équivalent. Dans la langue arabe, le mot Al Qiyas vient du verbe « qassa » qui signifie mesurer ou comparer<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa' (Les Femmes), verset 115.

<sup>173</sup> Hadith rapporté par Al tarmazi, 2167.

<sup>174</sup> Hadith rapporté par l'Imam Ahmad, Am Mousnad, n°1, 379.

<sup>175</sup> Abdelkarim Zaidane, *Alwajiz fi ousoul al fiqh*, Moa'ssat kortouba, 1976, p. 179 et s.

<sup>176</sup> Al Razi, *Moukhtar al sihah*, 1986, article Qiyas.

Dans la définition donnée par les savants musulmans, « Al Qiyas est le fait de rattacher une affaire pour laquelle il n'existe pas de jugement (Hukm) dans les sources précédemment citées - le Coran, Sunna, al'ijma' - à une affaire pour laquelle existe un texte pour son jugement, parce que ces deux affaires sont égales quant à la 'illa ou la cause qui a motivé le Hukm (Jugement) »<sup>177</sup>. Il existe d'autres définitions données par des juristes éminents comme Al-taftazani qui dit que c'est « l'extension d'un jugement du cas d'origine au cas dérivé en raison d'un motif commun qui ne peut être appréhendé par la langue simple »<sup>178</sup>. Pour Alghazali, « le Qiyas est le report d'un cas connu à un autre inconnu en ce qui concerne l'affirmation ou l'infirmité d'un Hukm ou jugement en vertu d'une cause qui leur est commune et qui affirme ou annule un Hukm ou une qualification les concernant »<sup>179</sup>.

Il est évident que, selon ces définitions, qu'Al Qiyas est une méthode par laquelle un juriste s'appuie sur une règle d'un cas d'origine, posée par un texte, verset, hadith ou solution de l'ijma', afin d'appliquer la même règle à un cas dérivé non compris dans ses termes en raison de la constatation d'une même ratio legis dans les deux cas. De ce fait, quatre piliers incitent le moujtahid à appliquer Al Qiyas pour établir un Hukm ou jugement sur un cas, faute de source qui lui soit propre.

Cette méthode repose sur quatre piliers. En premier lieu, il y a le cas d'origine ou principal. Il s'agit d'une situation, d'un acte, d'un comportement, ou d'un événement à propos desquels le texte religieux prévoit une disposition expresse. Les docteurs musulmans qualifient ce cas de la « référence d'Al Qiyas ». En second lieu, il y a ce qu'on appelle le cas subsidiaire ou dérivé. Par là, on entend une situation, un acte, un comportement ou un événement au sujet desquels il n'existe pas de prescription religieuse. Ce cas nouveau s'appelle l'objet d'Al Qiyas, dans la mesure où la norme applicable au cas d'origine a vocation à lui s'appliquer. En troisième lieu, il y a la prescription religieuse qui régit le cas d'origine. L'application de cette prescription s'étend au cas nouveau non prévu par le texte (cas subsidiaire). Enfin, il y a la Al-illa ou la raison d'être. Il s'agit du critère qui fonde la norme applicable au cas d'origine. C'est la présence de ce même critère dans le cas subsidiaire qui permet d'y étendre la prescription valable pour le cas principal<sup>180</sup>. Autrement dit, le terme arabe Al-illa signifie la raison d'être du jugement qui s'applique au cas principal.

---

<sup>177</sup> Al-Sarakhsi, *Usûl al-Sarakhsi*, 2/118

<sup>178</sup> Al-taftazani, *Charh al-Talwîh 'alâ al-Tawdîh* 2/52.

<sup>179</sup> Abi-hamid Alghazali, *Al Mustasfâ*, 2/228

<sup>180</sup> Banque islamique du développement, *La philosophie de la Charia islamique et la portée de sa contribution à la science juridique contemporaine*, 2<sup>ème</sup> édi. Série de conférence n°19, 2000, pp. 47-48.

C'est la caractéristique intrinsèque de la chose ou de l'acte qui justifie son statut juridique ou religieux. Si cette caractéristique se trouve aussi dans le cas subsidiaire, cela justifie qu'on accorde au cas subsidiaire le même statut qu'au cas principal. Par exemple, le vin provoque l'ivresse, de ce fait il est illicite ; par analogie, toute boisson enivrante est illicite<sup>181</sup>.

Dans le choix de textes, les juristes posent un certain nombre de conditions pour que la déduction analogique soit valable. En premier lieu, il est inconcevable de fonder une déduction analogique sur une règle fondée sur une autre déduction analogique. Il est beaucoup mieux de se référer au texte qui est la référence législative dans le Coran, la Sunna, ou l'ijma'. En second lieu, Al Qiyas ne peut en aucun cas modifier un jugement ou une loi formulée expressément ou tacitement par un texte. En troisième lieu, la règle déduite suite à la démarche d'Al Qiyas ne doit pas être comprise à la lumière du texte de la loi objet du raisonnement analogique. Enfin, le juriste ne doit pas se référer à un ordre particulier de faits. Il est impossible d'étendre, par analogie, tous les versets qui concernent uniquement le Prophète sur toute la communauté<sup>182</sup>.

On peut citer un exemple qui illustre cette méthode d'élaboration des règles par analogie. C'est le cas de nécessité posé par ce verset qui dit « Nous n'imposons à une âme que selon sa capacité »<sup>183</sup>. A la lumière de ce verset on peut dire qu'à l'impossible nul n'est tenu. C'est-à-dire que celui qui par exemple, est contraint par nécessité de consommer des aliments interdits (viande de porc ou viande non halal<sup>184</sup>), ne sera pas coupable s'il risque de mourir de faim. Par analogie, les juristes peuvent déduire qu'à chaque fois que l'état de nécessité est présent, il n'y a pas de culpabilité à enfreindre la règle posée. Plusieurs actes illicites seront tenus comme licites en application de cette règle. La raison ou « Al-illa » d'une règle juridique est le facteur qui nous enseigne que cette règle posée par un texte peut être appliquée à un cas non envisagé dans ses termes. Dans ce sens Al Chafi'i dit : « dans chaque statut légal de Dieu ou de son Envoyé existe toujours une indication, soit en lui-même, soit dans un autre, montrant que ce statut a été décrété pour une raison ou pour une autre. Si un nouveau cas se présente, à propos duquel il n'existe pas de donnée scripturaire explicite, on

---

<sup>181</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op, cit, p. 87 et s.

<sup>182</sup> Sur l'analogie en droit musulman, voir Abdel Karim Zedan, Introduction à l'étude de la Charia (en arabe), Moassast al rissala, 2006, p. 188 et s ; François-Paul Blanc, *Le droit musulman*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2007, p. 21 et s.

<sup>183</sup> Sourate Al-an'am (les bestiaux), verset 152.

<sup>184</sup> Il est interdit de manger la viande de porc ainsi que les viandes d'animaux non égorgés rituellement.

portera le même jugement que celui porté dans un cas précédent, dont la raison est similaire»<sup>185</sup>.

Les juristes font souvent référence à la Sunna du prophète, à un hadith de Mouad Ibn Jabal <sup>186</sup>qui rapporte qu'avant de l'envoyer au Yémen, le Messenger d'Allah lui demanda, « si une affaire vous est soumise, comment procéderez-vous pour décréter un jugement ? Il répondit : Je jugerai d'après le Livre de Dieu. Le Prophète lui dit : Et si vous ne trouvez pas dans le livre de Dieu ? Il répondit : Selon la Sunna du Messenger de Dieu. Il lui demanda : Et si vous ne trouvez pas dans la Sunna du Messenger de Dieu ni dans son livre, Il répondit : je procéderai par l'ijtihād pour me faire une opinion, et je n'épargnerai point mes efforts à cette fin (c'est-à-dire : je déploierai tous mes efforts pour l'étude approfondie et pratiquer le Qiyas pour les cas similaires). Le Messenger d'Allah a alors tapé légèrement la poitrine de Mouad en lui disant : Louange à Allah qui a guidé le messenger du Messenger d'Allah vers ce qui plaît à Allah et à Son Messenger »<sup>187</sup>.

Durant sa vie, le prophète a pratiqué al Qiyas à plusieurs reprises. On raconte ainsi qu'un homme de Khath'am a demandé au prophète s'il était louable de faire le pèlerinage au nom de son père qui a été mort sans effectuer le pilier du pèlerinage. Le Messenger lui demanda : êtes-vous l'aîné de ses enfants ? Il répondit : Oui. Le Prophète lui demanda : Si votre père avait contracté une dette, l'auriez-vous payée pour lui, et cela l'aurait-il déchargé ? Il répondit : Oui. Alors le Prophète lui dit : Allez donc au pèlerinage au nom de votre père ». Il est à noter aussi que les juristes compétents n'ont pas tardé à former un consensus autour d'al- Qiyas comme une des sources de la Charia islamique et l'un de ses fondements<sup>188</sup>.

La mise en application d'al Qiyas est un travail confié au mujtahid qui est tenu de respecter des règles guidant son choix. Ces règles sont relatives aussi bien à la raison proprement dite qu'au texte lui-même. Ce rôle normatif du Qiyas sera complété par d'autres sources complémentaires dont l'importance n'est pas comparable à celle des sources évoquées plus haut.

---

<sup>185</sup> AL Chafii, *La Rissala, fondement du droit musulman*, traduit de l'arabe par Lakhdar souami, Actes Sud, 1997, p,344.

<sup>186</sup> Compagnon du Prophète, Mouad Ibn Jabal a été nommé par le Prophète comme juge au Yémen.

<sup>187</sup> Rapporté par at-Tirmidhî et Abû Dâoùd, voir aussi A'lâm ul-muwaqqi'în, tome, 1, p, 49-50.

<sup>188</sup> Banque islamique du développement, *La philosophie de la Charia islamique et la portée de sa contribution à la science juridique contemporaine*, op. cit., p. 50.

## 2)- Les sources complémentaires les moins importantes

A côté de l'ijma' et du al Qiyas, il existe d'autres sources de règles qui ne font pas l'unanimité des jurisconsultes. Il s'agit de l'istihsan (choix préférentiel) (a), de la maslaha (intérêt général) (b), de l'urf (coutume ou usages de la société) (c), et sadd al-dhara'i (d).

### a)-L'istihsan (choix préférentiel)

Signifiant étymologiquement la préférence, *l'istihsan* en droit musulman « désigne un procédé juridique qui consiste, sur la base d'une analyse rationnelle, soit à abandonner un résultat évident du raisonnement analogique (Qiyas) en faveur d'un résultat moins évident, mais plus approprié au contexte, soit à faire exception à une prescription générale »<sup>189</sup>. Dans cette optique, deux types *d'istihsan* peuvent être distingués. Le premier consiste à choisir entre deux Qiyas (raisonnement analogique) l'un évident, l'autre latent, de manière à donner la priorité au second sur le premier<sup>190</sup>. Dans cette optique, l'istihsan apparaît comme le critère de validité du Qiyas dans la mesure où il intervient pour donner la priorité au Qiyas qui réalise l'intérêt le plus conforme aux usages<sup>191</sup>. Le second tient au choix entre une prescription religieuse générale et une prescription religieuse exceptionnelle. Dans ce cas, le moujtahid donne la priorité au texte spécifique sur le texte général. En droit musulman, la vente des marchandises inexistantes est interdite, sous quelque forme que ce soit. Mais par le recours à l'istihsan, la vente à tempérament (*Salam* et l'*Istisnaa*) est autorisée en dépit de l'inexistence de l'objet du contrat au moment de sa conclusion. Cette solution se justifie par le fait que les gens ont besoin de ce mode de transaction surtout à l'époque actuelle<sup>192</sup>.

Force est de noter que la valeur juridique de *l'istihsan* n'est pas admise par l'unanimité de la doctrine musulmane. Les Imams Ahmad, Abo Hanifa et Malik ont reconnu la validité de *l'istihsan* en tant que source de droit. L'autorité légale de ce procédé est surtout reconnue par la doctrine Hanafite. En effet, pour les docteurs de cette école juridique, *l'istihsan* apparaît comme un choix entre deux analogies contradictoires. Il s'agit d'une option en faveur d'une

---

<sup>189</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op. cit., p. 113.

<sup>190</sup> Al-Sarakhsi, *Usûl al-Sarakhsi*, 2/427.

<sup>191</sup> Ali Alghardagi, *Introduction à l'économie islamique. Etude analytique et comparative avec l'économie positive à la lumière du Coran, de la Sunna et des finalités de la Charia*, 2<sup>ème</sup> éd. vol 2, tome 1, Dar al bashai'r al islamiyya, 2013, p. 189.

<sup>192</sup> Banque islamique du développement, *La philosophie de la Charia islamique et la portée de sa contribution à la science juridique contemporaine*, op. cit., p. 59.

règle exceptionnelle. Cette option trouve sa justification dans l'intérêt public ou particulier. Les partisans de l'istihsan fondent aussi sa légitimité sur des arguments scripturaires. Dans ce sens, ils citent surtout les versets suivants : « Qui écoutent Mes paroles et se conforment à ce qu'elles contiennent de meilleur »<sup>193</sup> ; « Suivez ce que votre Seigneur vous a révélé de plus beau »<sup>194</sup>. On trouve également comme fondement de cette source le hadith : « Ce que les Musulmans jugent bon, Dieu le juge bon aussi »<sup>195</sup>. De son côté, Al Chafi'i considère l'istihsan comme une interprétation subjective des sources divines<sup>196</sup>. C'est pourquoi il est inacceptable comme source du droit musulman. Al Chafi'i dit dans ce sens que « Celui qui se permet de pratiquer l'istihssan, s'arroge le droit de légiférer »<sup>197</sup>.

### ***b)- Al Masalih Al mursala***

Dérivé de la racine « slh », le mot arabe maslaha veut dire la paix, l'utilité, l'intérêt, le bienfait<sup>198</sup>. D'après les jurisconsultes musulmans, ce vocable désigne plus spécialement l'intérêt général « indéterminé » ou « libre », c'est-à-dire « sur lequel le Législateur ne se prononce pas et dont aucun texte n'indique s'il doit ou non être pris en compte »<sup>199</sup>. La maslaha se justifie religieusement par le fait que la Charia a été instituée pour réaliser les intérêts des gens et réprimer le mal. Comme l'indique Ibn al Qayim, « La Charia, dans sa constitution, se fonde sur la sagesse et les intérêts des hommes ici-bas et dans l'au-delà. Elle est toute Justice, Intérêts et Sagesse. Tout ce qui s'écarte de l'équité pour l'injustice, de la Miséricorde pour son opposé, de l'intérêt pour le préjudice, de la sagesse pour la déraison, n'est pas de la Charia, même si ces questions y ont été imputées par interprétation (ta'wîl). La Charia est l'incarnation de la Justice d'Allah et de Sa Miséricorde pour Ses Créatures »<sup>200</sup>. A côté de la maslaha al mursala, les juristes distinguent deux types de masalih : masalih moutabara (intérêts considérés) et masalih mouklat (intérêts invalides). Les masalih moutabara sont les intérêts reconnus par les sources primaires et l'ijma' comme la protection de la vie, de la raison, du bien, de la religion, de l'honneur. Les masalih mouklat concernent

---

<sup>193</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Zomar, verset 18.

<sup>194</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Zomar, verset 55.

<sup>195</sup> Hadith rapporté par l'Imam Ahmad, Am Mousnad, n°1, 379.

<sup>196</sup> Taher Mahmoud, « Al istihsan : ses types et sa valeur », Pakistan Journal of Islamic Research, vol 10, 2012, p. 177.

<sup>197</sup> AL Chafii, *La Rissala, fondement du droit musulman*, traduit de l'arabe par Lakhdar souami, Actes Sud, 1997

<sup>198</sup> Al Shatibi, *Al moufakat*, 2/37.

<sup>199</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op, cit, p. 119.

<sup>200</sup> Ibn al-Qayyim, *Al-Turuq al-hukmiya*, p.14.

les intérêts de certaines catégories de personnes. Ils sont nuisibles à la société comme les intérêts de ceux qui pratiquent l'usure<sup>201</sup>.

En réalité, le concept de maslaha ou de bien commun suppose la recherche de ce qui est socialement utile et le rejet de ce qui est nuisible. Cette idée a trouvé une large place en droit musulman, notamment dans les enseignements de la doctrine Malékite. En même temps, elle a été très largement appliquée dans la vie pratique des sociétés islamiques et cela à travers les différentes étapes historiques. Dans cette optique, « c'est bien au nom de la maslaha que les premiers musulmans bâtirent des prisons, frappèrent de la monnaie, laissèrent les terres conquises aux mains des paysans qui les cultivaient en les soumettant à l'impôt foncier (*khiraj*). C'est également en se fondant sur l'idée de maslaha que des innovations purent être introduites dans le monde musulman contemporain. Ce fut le cas du contrat d'assurance (Takaful), pourtant condamné à cause de son caractère aléatoire. Cela permit également de présenter le régime parlementaire comme une institution islamique »<sup>202</sup>.

La maslaha morsala permet de prendre en considération tous les intérêts individuels et collectifs, nationaux et internationaux, même s'ils ne sont prévus par aucun texte religieux. Elle englobe les nouveaux intérêts de la communauté tant qu'ils s'inscrivent dans le cadre de la Charia.

### **c)- Le 'urf (coutume ou usage)**

Etymologiquement, le terme 'urf veut dire « ce qui a été reconnu comme tel par le bon sens et reçoit l'assentiment des humains pour sa commodité »<sup>203</sup>. En s'inscrivant dans les traditions et pratiques qui trouvent leur signification dans l'univers social, la notion de 'urf renvoie ainsi à ce qui est reconnu par les êtres humains ou bien ce qu'ils suivent. Cela peut être une pratique comportementale, gestuelle ou orale. Certes, le 'urf ou la coutume occupe une place théorique minorée dans les ouvrages classiques de Fiqh. Mais son rôle pratique dans la vie juridique islamique ou en tant que source de la règle de droit est en réalité importante<sup>204</sup>. A ce titre, l'école Malékite notamment a accordé une large place à la coutume

---

<sup>201</sup> Ali Alghardagi, *Introduction à l'économie islamique*, op. cit., p. 181.

<sup>202</sup> Yadh Ben Achour, « Islam et Constitution », *Revue tunisienne de droit*, 1974, p. 93.

<sup>203</sup> Ibn Manzur, *Lisân al-'arab*, (La langue des Arabes), Dar Sadir, Beyrouth, tome IX, p. 239.

<sup>204</sup> Sur la place de la coutume dans les sources normatives de la loi islamique, voir notamment Mohsen Ismail, « Les normes juridiques en islam : le 'urf comme source de législation », in Franck Fregosi (sous la direction

comme source de droit. En effet, l'imam Malik, fondateur de l'école Malékite, recourait fréquemment à la pratique des Médinois pour fonder ses opinions juridiques.

Généralement, les savants musulmans opèrent une distinction fondamentale au sein de la coutume. A cet égard, ils distinguent entre la bonne coutume et la mauvaise coutume. La première catégorie, c'est-à-dire les bonnes usages, désigne les pratiques et habitudes conformes aux règles et principes de la loi islamique. En d'autres termes, les bonnes coutumes consistent dans les usages qui n'autorisent pas un acte illicite du point de vue de la Charia et qui n'interdisent pas une obligation religieuse. Pouvant constituer une source de la règle juridique islamique, ces coutumes peuvent être respectées aussi bien par le législateur lors de l'élaboration des lois, que par le juge lors de l'application de celles-ci.

Par contre, la seconde catégorie de coutumes désigne les usages qui comportent une contradiction avec les préceptes de la Charia. De ce fait, elles doivent logiquement être écartées. En effet, « si les gens ont l'habitude de pratiquer l'usure, ou de conclure des contrats aléatoires, qu'ils sachent que cette habitude ne donne pas validité à leurs pratiques. Ainsi, le droit positif ne tient pas compte des coutumes qui vont à l'encontre de la Constitution ou de l'ordre public »<sup>205</sup>.

La validité de l'urf en tant que source de droit musulman repose sur le Coran. Dans cette perspective, Dieu dit : « Accepte ce qu'on t'offre de superflu, commande ce qui est convenable »<sup>206</sup>. Selon Abo Zahra, « la preuve de la validité du 'urf est la parole du Prophète : ce que les musulmans considèrent comme bon, l'est également pour Dieu »<sup>207</sup>. La mise en œuvre de la bonne coutume obéit à certaines conditions : la continuité de la coutume, son existence depuis longue date, sa conformité aux textes religieux. Par ailleurs, les jurisconsultes ont établi une grande norme jurisprudentielle : « ce qui est connu par coutume est le même que ce qui est établi par une condition »<sup>208</sup>. En d'autres termes, les bonnes coutumes doivent être prises en considération lors de l'élaboration et de l'application des lois.

En effet, les coutumes font partie de la vie quotidienne des gens et répondent à leurs besoins. Tant qu'elles ne s'opposent pas à un précepte religieux, il n'y a pas de mal à les

---

de), *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et monde arabe*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 53 et s.

<sup>205</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op. cit., p. 129.

<sup>206</sup> Le Noble Coran, sourate al Araf, verset 199.

<sup>207</sup> Abo Zahra, *Fondements du fiqh*, Dar alfikr, Le Caire, 1958, p. 273.

<sup>208</sup> Banque islamique du développement, *La philosophie de la Charia islamique et la portée de sa contribution à la science juridique contemporaine*, op. cit., p. 85.

conserver. Ainsi, les juristes considèrent que les bonnes coutumes ont force de loi. L'usage a joué un rôle important dans l'élaboration du droit musulman. Ainsi l'école juridique Malékite fonde souvent ses avis doctrinaux sur la pratique des Médinois (les habitants de Médine). En outre, il existe des divergences d'avis au sein de la doctrine hanafite : Abou Hanifa (fondateur de l'école juridique Hanafite) et ses élèves adoptaient parfois des opinions différentes. Cette situation s'explique principalement par la différence de leurs traditions et usages respectifs. Enfin, Al Chafi'i a effectué certaines modifications sur sa doctrine adoptée en Irak à la suite de son installation en Egypte. Ce fait tient également à la différence des coutumes entre les deux pays<sup>209</sup>.

A l'heure actuelle, la coutume peut jouer un rôle très important dans la rénovation du droit musulman en matière économique et financière. En effet, les savants musulmans peuvent se référer aux coutumes et pratiques financières existantes dans les autres systèmes juridiques. Ils prennent ce qui est conforme aux principes et finalités de la Charia et délaissent ce qui contredit ses principes fondamentaux en révisant ce qui nécessite une révision. Cela permet l'ouverture de la porte de l'ijtihad et de bénéficier des expériences menées dans d'autres espaces culturels<sup>210</sup>.

#### ***d)- Sadd al-dhara'i' (Fermeture des voies à l'interdit)***

Dans la langue arabe, Al dhari'a (au pluriel dhara'i') est le moyen employé pour arriver à une chose parfaitement différente. Du point de vue juridique, al dhari'a désigne le moyen utilisé pour parvenir à une chose interdite par la Charia. Ibn al Arabi souligne que la dhari'a est « Toute action, apparemment permise, utilisée pour parvenir à ce qui est prohibé »<sup>211</sup>. De son côté, Ibn Taymiyya l'a défini comme étant « Le moyen et la voie [pratiquée] pour parvenir à une chose »<sup>212</sup>. Par Sadd al dhara'i', on entend l'interdiction d'utiliser ces moyens. C'est bloquer le chemin à l'interdit religieux. Ce principe revêt une

---

<sup>209</sup> Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, op, cit, p. 128.

<sup>210</sup> Ce point sera approfondi dans la seconde partie.

<sup>211</sup> Ibn al Arabi, *Ahkam al quran*, 2/798.

<sup>212</sup> Ibn Taymiyya, *Al fatawa*, 6/172.

grande importance en droit musulman dans la mesure où il vise à protéger la communauté islamique contre l'illicite et l'inciter à se conformer au dessein divin et à faire le bien<sup>213</sup>.

L'autorité de Sadd al dhara'i' n'est pas reconnue par tous les docteurs. Si les Imams Malik et Ibn Hanbal l'ont reconnu, les Imams Abo Hanifa et Al Chafi'i ont refusé leur validité en tant que source de droit<sup>214</sup>. Cette opinion est aussi celle des Zahirites (les adeptes de l'école littéraliste)<sup>215</sup>. Cette question a soulevé une grande controverse dans la doctrine. L'examen de ce débat n'est pas notre sujet.

Sadd al dhara'i' trouve son fondement dans le Coran et la Sunna. Dieu dit à ce sujet « N'injuriez pas ceux qu'ils invoquent en dehors d'Allah, car, par agressivité, ils injurieraient Allah dans leur ignorance »<sup>216</sup>. Dans ce verset, Dieu interdit aux musulmans de blasphémer les divinités des mécréants pour que cela ne soit pas un prétexte (dhari'a) pour injurier Allah. De son côté, le Prophète a affirmé que le licite et l'illicite sont bien clairs et entre eux il y a des choses peu claires. S'éloigner de ces choses ambiguës, c'est protéger sa religion<sup>217</sup>.

L'interdiction du dari'a a des degrés. La première catégorie concerne les dari'a qui sont clairement interdits par les textes. C'est le cas par exemple des actes préliminaires de la fornication. Les Oulémas sont unanimement d'accord pour les interdire. La deuxième catégorie englobe les moyens aboutissant de manière certaine à la mafsada (préjudice). Les savants sont également d'accord pour leur interdiction. La troisième catégorie est inhérente aux moyens qui aboutissent rarement au mal. C'est le cas par exemple de l'agriculture de raisin. On ne peut pas empêcher cette agriculture au motif qu'elle peut aboutir au commerce des boissons alcooliques. La quatrième catégorie concerne les moyens pour lesquels il y a une incertitude sur leur caractère préjudiciel comme bay'i al inna<sup>218</sup>. La majorité de la doctrine a interdit cette vente, alors que les Chaféites l'ont autorisé<sup>219</sup>. Force est de constater

---

<sup>213</sup> Banque islamique du développement, *La philosophie de la Charia islamique et la portée de sa contribution à la science juridique contemporaine*, op. cit., p. 85.

<sup>214</sup> Al Shawkani, *Irshad al fouhouh*, p. 246.

<sup>215</sup> Mustafa Chalabi, *Fondements du fiqh*, 1/316.

<sup>216</sup> Le Noble Coran, Sourate al- An'am (Les Bestiaux), verset 108.

<sup>217</sup> Hadith rapporté par al Boukhari, 2531.

<sup>218</sup> bay'i al inna consiste à vendre à terme une chose et racheter cette même chose immédiatement mais à un prix réduit.

<sup>219</sup> Al Amdi, *Alihkam fi assoul alahkam*, 4/111.

qu'il ne faut pas élargir le champ de *Sadd al-dhara'i'* ; l'interdiction doit se limiter aux moyens aboutissant certainement à l'interdit (illicite)<sup>220</sup>.

## **§2- Le contrat comme fondement de la finance islamique**

Le contrat constitue la base de l'industrie financière islamique. Il occupe une place importante dans les activités et les opérations de ce secteur. En effet, il est très difficile de comprendre les mécanismes et la logique du fonctionnement des institutions financières islamiques sans saisir préalablement cette notion fondamentale de la vie juridique islamique qu'est le contrat. C'est pourquoi, il nous a paru nécessaire d'étudier, brièvement bien entendu, la notion de contrat en droit musulman ainsi que ses principes fondamentaux.

### **A)- La conception islamique du contrat**

Étymologiquement, le mot arabe « *akd* » (contrat) peut être employé dans le sens de liaison, de ligotage. Le verbe « *Akada* » signifie nouer, attacher, son contraire étant détacher ou dénouer<sup>221</sup>. Lorsqu'il s'agit d'un pacte ou d'un serment, le terme « *akd* » peut avoir le sens de la « confirmation »<sup>222</sup>. On peut trouver ce sens dans le verset coranique : « Et ceux envers qui, de vos propres mains, vous vous êtes engagées, donnez leur donc leur part »<sup>223</sup>. Il peut avoir également le sens de l'engagement. Dans cette optique, Dieu dit : « Ô les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements »<sup>224</sup>.

Juridiquement, la notion de contrat revêt deux sens : un sens général et un sens spécifique. Au sens général, elle désigne tout engagement ferme pris soit unilatéralement (divorce, legs, serment, etc.), soit bilatéralement, c'est-à-dire d'un commun accord entre deux parties (vente, location, etc.). Au sens spécifique, le contrat apparaît comme la rencontre

---

<sup>220</sup> Ali Alghardagi, *Introduction à l'économie islamique*, op. cit., p. 192.

<sup>221</sup> Ahmad Afioni, *Al Msbah al mounir*, 421/2, *Al maktaba al ilmiya*, Beyrouth.

<sup>222</sup> Mohamed Younes, « Le contrat en législation islamique. Ses fondements et ses conditions », In *Banque islamique de développement, Les sciences de la Chari'a pour les économistes, Actes de séminaire, Jiddah, 2001*, p. 172.

<sup>223</sup> Le Noble Coran, Sourate *Al Nissa* (Les Femmes), verset 33.

<sup>224</sup> Le Noble Coran, *Al Mai'da* (Table), verset 1.

d'une offre et d'une acceptation qui crée des effets dans l'objet de l'accord<sup>225</sup>. De cette définition, il résulte deux choses :

- Le contrat est basé sur la liberté de la volonté ou l'autonomie de la volonté ;
- Le contrat se singularise parmi les actes juridiques par le fait qu'il repose sur la rencontre de deux volontés et non sur une seule volonté<sup>226</sup>.

Le Mejlle ottoman, premier Code civil musulman, définit le contrat dans son article 103 comme étant l'engagement des parties à faire quelque chose. Il est la rencontre d'une offre et d'une acceptation<sup>227</sup>.

Il n'y a pas de théorie générale islamique des contrats, mais des règles s'appliquant à des contrats spécifiques de participation, de vente, de location, etc. Dans le Coran lui-même des versets précisent ce qu'il convient de faire lors de certaines opérations : « Oh, les croyants ! Lorsque vous contractez une dette à terme, consignez-la par écrit et qu'un rédacteur requis par vous en enregistre les clauses avec fidélité. Un scribe n'a pas le droit de se dérober à cette obligation, mais il doit s'en acquitter comme Dieu le lui a enseigné. Qu'il note donc ce que lui dicte le débiteur qui doit avoir à l'esprit la crainte du Seigneur et ne doit rien dissimuler de la dette [...]. Choisissez deux témoins parmi vous de sexe masculin ou, à défaut, un homme et deux femmes parmi les personnes présentant les garanties requises d'honorabilité, en sorte que si l'une oublie un détail, l'autre sera là pour le lui rappeler. »<sup>228</sup>.

Le respect des contrats est également une obligation impérative : « Oh, les croyants, remplissez les engagements »<sup>229</sup>. Dans cette perspective, le Prophète dit : « point de religion pour celui qui ne tient pas ses engagements ». L'ensemble des textes du Coran et de la Sunna constitue le droit divin de l'islam. Le développement des échanges socio-économiques a donc conduit à des interrogations : peut-on introduire de nouveaux types de contrats ? Les contrats sont-ils présumés licites ou illicites ? Ces questions ont fait débat au sein de la doctrine musulmane. L'immense majorité des auteurs soutient que le principe en matière contractuelle est la permission et la validité : « tout ce qui n'est pas défendu est autorisé ». En l'absence de règle divine explicite interdisant telle ou telle opération, tout contrat doit être considéré

---

<sup>225</sup> Mohammad Kadri Pacha, *Mourshid al hairan*, 1891, Article 262.

<sup>226</sup> Sur la conception musulmane du contrat, voir Chafik Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, Paris, 2005.

<sup>227</sup> Ali Haidar, *dorar al hokam fi sharh majalt al ahkam*, 1/91, article 103, Dar al koutb alilmiyya, Beyrouth.

<sup>228</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Bakara (La Vache), verset 282 et 283.

<sup>229</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Ma'ida (Table), verset 1.

comme valide et licite du point de vue de la religion. Telle est la position d'Ibn Taymiyya, l'un des plus grands jurisconsultes de l'école Hanbalite<sup>230</sup>. Actuellement, on peut considérer que le principe généralement admis est : « Tout ce qui n'est pas défendu est autorisé ».

Pour que le contrat soit valide en droit musulman, plusieurs conditions doivent être respectées :

- La formulation : elle est la façon d'exprimer l'offre (Ijab) et l'acceptation (Kaboul). Elle exprime le consentement des deux parties pour passer un contrat dans le respect de leur volonté mutuelle. C'est là la règle fondamentale du contrat en droit islamique. L'offre et l'acceptation peuvent se manifester selon différentes formes : expression orale, expression par les faits, par écrit, par silence significatif. Pour être légale, la formulation doit remplir un certain nombre de conditions : précision dans les objectifs, concordance de l'offre et de l'acceptation, la rencontre de ces deux éléments dans un même endroit et en même temps<sup>231</sup>. Force est de constater que le contrat islamique se caractérise par l'absence de formalisme et cela même pour des actes de ventes impliquant transfert de propriété. A cet égard, Sarkhassi, juriste Hanafite du XI<sup>ème</sup> siècle, considère que par la seule vertu du contrat, la propriété est transférée du vendeur à l'acheteur<sup>232</sup>. Les juristes soulignent que l'expression verbale de la volonté doit se faire de manière ferme, c'est-à-dire inconditionnelle et par l'emploi du temps passé ; on ne peut pas utiliser le futur et quand le présent est utilisé, il doit exprimer clairement l'intention<sup>233</sup>. A la différence des autres écoles islamiques, l'école Hanafite estime que le contrat repose sur la seule règle offre-acceptation. Pour elle, l'objet et les parties contractantes ne constituent pas des fondements mais seulement des conditions nécessaires au contrat<sup>234</sup>.
- Les parties contractantes : Ce sont les personnes qui expriment l'offre et l'acceptation. Elles doivent avoir la capacité de contracter, c'est-à-dire qu'elles doivent être adultes et saines mentalement au moment de la conclusion du contrat. Un mineur ou un fou

---

<sup>230</sup> Ibn Taymiyya, *Al Fatwa*, 3 : 474.

<sup>231</sup> Mohamed Younes, « Le contrat en législation islamique. Ses fondements et ses conditions », In Banque islamique de développement, Les sciences de la Chari'a pour les économistes, Actes de séminaire, Jiddah, 2001, p. 176 et s.

<sup>232</sup> Sarkhassi, *Al Mabsout, Kitab Al Okoud*.

<sup>233</sup> Mohamed Abdedaïme, *La finance islamique au Maroc : quelles perspectives*, Mémoire de Master, Université de Tanger, 2011, p. 27.

<sup>234</sup> Al Khatib Al Shirbin, *Mokni al mohtag*, vol 5, pp. 2-7.

par exemple ne peut pas conclure un contrat lui-même. C'est son tuteur légal qui agit à sa place (*walayya*)<sup>235</sup>.

- L'objet du contrat : Il s'agit de la matière sur laquelle porte le contrat. Il comporte des entités physiques (maison, voiture, livre etc.) et des utilités ou des services (location, honoraires, avantages d'une chose comme une maison par exemple). il doit être licite (*halal*), exister au moment du contrat, et être la propriété du vendeur<sup>236</sup>. La capacité de livrer le bien au moment de l'exécution du contrat doit exister. L'objet doit être aussi précisé et connu des parties, en indiquant par exemple son espèce, sa qualité, sa quantité etc.<sup>237</sup>

Le contrat islamique se caractérise par son unité. Il s'agit d'un acte unique dans la mesure où le contrat ne peut englober deux objets en même temps. Cette unité se manifeste aussi par le fait que le contrat doit se réaliser en une seule séance de temps. Il y a également une unité au niveau du lieu : la conclusion du contrat doit se faire dans un même endroit. Cependant, on accepte la convention par courrier ; en ce cas, la validité de l'acte est conditionnée par la notification à l'initiateur de l'acceptation de l'autre partie<sup>238</sup>.

En définitive, les juristes musulmans modernes ont tenté depuis le début du XXème siècle de systématiser une théorie islamique du contrat en se référant au corpus du droit islamique classique. Comme l'indique Mohamed Younes, « la théorie du contrat, en législation islamique, est une théorie globale, recouvrant tous les détails possibles. Elle est caractérisée par sa précision, son objectivité, sa souplesse et sa richesse qui font d'elle une théorie universelle, valable en tout temps et en tout lieu »<sup>239</sup>.

## **B)- Analyse spécifique du contrat de finance islamique**

Les produits (instruments, montages) des institutions financières islamiques sont des contrats. Ces contrats se caractérisent par leur précision et par le fait qu'ils s'inscrivent dans le

---

<sup>235</sup> Mohamed Younes, « Le contrat en législation islamique. Ses fondements et ses conditions », art. pré., p. 188.

<sup>236</sup> Il peut être détenu par une autre personne, la livraison est dès lors différée. Elle peut être effectuée par la personne qui détient le bien.

<sup>237</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, Revue Banque Editions, Paris, 2009, p. 43.

<sup>238</sup> François Guéranger, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, 2009, p. 50.

<sup>239</sup> Mohamed Younes, « Le contrat en législation islamique. Ses fondements et ses conditions », art. pré., p. 207.

cadre des règles et principes de la Charia<sup>240</sup>. Pour mieux comprendre les contrats et opérations financières islamiques, il importe de comprendre préalablement les fondements de la législation islamique, ses finalités ainsi que les principes régissant le contrat. Les contrats de finance islamique reposent sur des piliers qui leur donnent une approche humaniste : le consentement, le libre choix, la stabilité des transactions, la prévention des conflits<sup>241</sup>. Ils se fondent également sur la justice, l'équité et la répartition équitable des droits et des obligations entre les parties contractantes. L'équilibre du contrat est un principe primordial en droit financier islamique. Cela postule la distribution équitable des profits et des pertes entre les parties<sup>242</sup>.

Les contrats de finance islamique apparaissent comme le résultat ou le produit de la rénovation du droit financier islamique (*Fiqh al moamalât*), de la pensée juridico-économique islamique. Amorcé dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, ce processus d'innovation vise à élaborer des principes fondamentaux cohérents et des solutions pratiques efficaces aux problèmes économiques locaux et internationaux à travers le recours aux sources islamiques et aux finalités de la Charia. Dans ce cadre, les savants musulmans s'efforcent de mettre en place des théories générales pour régir les questions pratiques. Cet effort de conceptualisation et de modernisation a pour objectif de sauvegarder les intérêts de l'individu et de la société et de les protéger contre le mal, puisque le *maslaha* (intérêt) est considéré comme un fondement du droit musulman. Cet effort se poursuit actuellement pour proposer de nouveaux produits et instruments qui puissent répondre aux besoins de la société dans le cadre des principes et finalités de la Charia.

En effet, les contrats de finance islamique doivent respecter des règles chariatiques qui leur donnent la validité et la singularité. A la différence des contrats de finance conventionnelle, le droit des contrats financiers islamique interdit de conclure un contrat de crédit sauf si l'emprunteur en a besoin et estime qu'il peut bien s'y acquitter. Cette règle se justifie par le fait que la Charia exige l'acquittement des dettes et met les musulmans en garde contre le non-paiement ou le retard dans le paiement de la dette et des obligations pécuniaires de manière générale. Dans ce cadre, le Prophète a affirmé que celui qui emprunte de l'argent

---

<sup>240</sup> Monzer Khohf, *Les fondamentaux de la finance islamique* (en arabe), Académie internationale de la recherche en droit musulman, Malaisie, 2011, p. 20.

<sup>241</sup> Mohamad Shbir, *Les règles fondamentales et les principes de Fiqh* (en arabe), Dar Al fourkan, Aman, 2000, p. 181.

<sup>242</sup> Mahmoud Irshid, *Les transactions et les opérations financières islamiques* (en arabe), Dar Al nafai's, Aman, 2001, p. 31.

tout en ayant l'intention de rembourser, Dieu remboursera sa dette. Celui qui souscrit une dette sans avoir la volonté de la rembourser, Dieu détruira sa vie et ses biens<sup>243</sup>.

Pour que le contrat financier islamique soit valide, il existe plusieurs conditions à respecter :

La formulation avec laquelle se réalise le contrat. Elle est l'expression de la volonté des deux parties. Pour être légale, la formulation doit remplir un certain nombre de conditions : précision dans les objectifs et dans les terminologies. Ce point revêt une importance particulière pour éviter la confusion et les erreurs terminologiques qui auront des conséquences considérables (par exemple l'utilisation du mot profit au lieu de celui d'intérêt, le mot *mourabaha* au lieu de crédit). Il faut donc être extrêmement précis au niveau formel. D'autres conditions existent : la concordance de l'offre et de l'acceptation, la rencontre de ces deux éléments dans un même endroit et en même temps, le prix doit être bien fixé lors de la conclusion du contrat, faute de quoi le contrat est considéré comme invalide. Il faut aussi éviter les contrats déguisés dans toutes ses formes<sup>244</sup>.

Les contractants sont le financeur (celui qui finance) et l'emprunteur. Ils doivent être consentants, capable de contracter, adultes et sains mentalement au moment de la conclusion du contrat. A cet égard, deux points méritent d'être soulignés : d'une part, la Charia islamique en matière de capacité ne fait aucune discrimination sur la base de la religion, du sexe, de la couleur, de la race ou de l'origine géographique. Elle établit une égalité absolue dans ce domaine. D'autre part, à la majorité civile<sup>245</sup> tous les gens possèdent une autorité entière sur leurs biens dans le cadre de la Charia. Il s'agit d'une règle islamique fondamentale qui permet aux contractants d'exprimer librement leur consentement<sup>246</sup>.

L'objet du contrat (vente, location, participation etc.) doit être licite, exister au moment du contrat, faire partie de la propriété du vendeur et livrable. A cet égard, le Prophète a dit : « Ne vendez pas ce qui ne vous appartient pas »<sup>247</sup>. Il a interdit de vendre des denrées

---

<sup>243</sup> Rapporté par al Boukhari, Fath al bari fi sharh sahih al boukhari, 53/5, n°2387.

<sup>244</sup> Youssef Al Shoubeli, *Cours des contrats de finance islamique* (en arabe), Faculté d'économie, Arabie Saoudite, 2012.

<sup>245</sup> De manière générale, l'âge de la majorité civile coïncide avec la puberté, à condition que la personne soit sainte d'esprit et douée de discernement. Notons qu'en droit musulman, la puberté est réputée atteinte à 12 ans, au minimum, et à 15 ans, au maximum. A l'âge de 7 ans, le mineur doué de discernement bénéficie d'une capacité limitée. Voir à cet égard, Abdel Karim Zedan, Introduction à l'étude de la Charia (en arabe), op, cit, p. 296 et s ; Louis Milliot et François-Paul Blanc, Introduction à l'étude du droit musulman, op, cit, p. 221 et s.

<sup>246</sup> Monzer Khohf, *Les fondamentaux de la finance islamique*, op. cit., p. 21.

<sup>247</sup> Hadith rapporté par l'Imam Ahmad, 3/402.

avant d'être détenues (*hiyaza*) par les propriétaires<sup>248</sup>. En droit musulman, la détention de la chose peut être soit réelle soit juridique comme la remise des clés ou l'identification de la marchandise. En outre, l'objet du contrat doit être aussi précisé et connu des parties<sup>249</sup>. Dans cette optique, il existe des exigences à respecter pour que les contrats de financement islamique soient efficaces. La première exigence se résume de la manière suivante : *pas de rémunération sans risque*, c'est-à-dire pas de profit sans risque de perte. Cette règle fondamentale trouve sa genèse dans la confirmation du Prophète : « *all kharaj fi aldaman* »<sup>250</sup>. Cela veut dire que le profit est la contrepartie du risque assumé ; il doit être impérativement lié aux résultats de l'opération à financer<sup>251</sup>. En cas de profit chaque associé touche une part de celui-ci conforme à sa contribution à l'opération entreprise. En cas de perte, chacun d'eux perd soit son argent soit son travail, selon la nature de sa participation. Il est interdit que le profit soit déterminé à l'avance comme l'intérêt dans les contrats de crédit tel qu'il est pratiqué actuellement dans les institutions financières conventionnelles. Il convient aussi de noter que les contrats de financement islamique doivent reposer sur des produits et services réels et jamais uniquement sur l'argent.

Par ailleurs, le prix doit être clairement précisé au moment de la conclusion du contrat. Si le prix est différé, il ne doit pas varier avec le changement des prix du marché. Il ne faut pas aussi augmenter le prix sur la base du temps puisque toute augmentation du prix dans une dette différée est constitutive du *riba* et donc illicite. En outre, l'or et l'argent ne doivent en aucun cas constituer l'objet d'une vente à terme, car ces biens doivent faire l'objet d'une opération en mains propres, c'est-à-dire que l'échange doit être immédiat et non différé<sup>252</sup>.

Les contrats de financement islamique se caractérisent par leur équilibre, leur dimension religieuse et morale et leur réalisme. En effet, le contrat financier islamique repose sur le grand principe de l'équilibre ou l'équivalence. L'objectif d'un tel principe est d'assurer une égalité parfaite entre les parties. L'assise éthique du contrat financier islamique suppose que tout ce qui est nuisible à l'homme et à la société est illicite et donc insusceptible d'être un objet d'échange. Il ne peut pas être considéré comme un bien en droit musulman. Alors que tout ce qui est utile à l'homme et à la société est licite et donc susceptible de faire l'objet d'un commerce. La dimension religieuse explique que le contrat financier islamique s'intègre dans

---

<sup>248</sup> L'Imam Mousslim, Hadith n° 1525.

<sup>249</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 43.

<sup>250</sup> Hadith rapporté par Al Tarmathi, 3/573, n° 1285.

<sup>251</sup> Département de l'économie islamique, *Guide de l'économie islamique. Principes et pratique* (en arabe), Université du Koweït, p. 49.

<sup>252</sup> Youssef Al Shoubeli, *Cours des contrats de finance islamique*, op. cit.

un ensemble religieux qui lui fixe son cadre d'opération et d'évolution. Cela signifie que tous les contrats de financement islamique doivent respecter les principes et règles de la Charia. Tout contrat violant ces règles et principes est frappé de nullité comme par exemple les contrats relatifs aux boissons alcooliques, au porc etc. Quant au réalisme, cela veut dire que le contrat de financement islamique doit impérativement reposer sur un actif tangible et réel (marchandise ou travail). Ce qui permet à la finance islamique de participer au développement de l'économie réelle par la mise en place des activités productives. Cela démarque la finance islamique de la finance conventionnelle qui autorise beaucoup d'opérations détachées de l'économie réelle.

Les contrats de financement islamique peuvent être divisés en plusieurs catégories. Au regard de la nature du contrat et de la relation établie entre les deux parties, on peut distinguer trois types de contrats : contrats *mouawadat* (synallagmatiques), *moucharakat* (participatifs) et *tabarouat* (donations). Le contrat *mouawadat* dans l'optique financière islamique repose sur l'échange d'une chose par une autre. Il concerne plusieurs types de vente : *baya' ajel* (vente à terme), *baya' salam*, *istisna* et *ijara* (location). Ce dernier est considéré en droit islamique comme une vente des utilités ou services. Le financement basé sur al *mouawadat* est une opération productive parce que ce contrat ajoute une nouvelle valeur qui n'existe pas déjà. Le contrat *moucharakat*, quant à lui, est une association de deux ou plusieurs parties : l'un fournit le capital et l'autre le travail ou l'expertise en vue d'entreprendre un projet et de réaliser des profits. C'est le cas des contrats *moucharakat et moudaraba* dans la finance islamique. A la différence du contrat *mouawadat*, la conclusion d'un contrat *moucharakat* n'a pas de valeur en soi, c'est-à-dire que la simple association capital-travail n'est pas productive d'une richesse. Tout dépend de l'issue du projet entrepris. S'agissant du contrat *tabarouat* (donations), il repose sur une seule volonté qui crée l'obligation et le droit. Ce type de financement ne vise pas à réaliser des profits. C'est l'exemple des contrats de financement non lucratif tels que *hiba*, *sadaka* etc. Ce financement se caractérise par le fait qu'il ne génère pas de profit matériel pour le financeur. Mais le profit est de nature purement religieuse et morale<sup>253</sup>.

Si on considère les caractéristiques du contrat, on peut distinguer entre les contrats fondés sur l'idée d'*al amana* et les contrats basés sur la notion de *mosawama* (contrat de négociation). Les contrats *amana* se divisent en deux catégories : les contrats fondés sur le

---

<sup>253</sup>Monzer Khohf, *Les fondamentaux de la finance islamique* (en arabe), Académie internationale de la recherche en droit musulman, Malaisie, 2011, p. 27.

*sedk* (vérité, clarté) et les contrats basés sur *al thika* (confiance). Les contrats *sedk* reposent sur le sens de la vérité et l'exactitude de la parole. Ils sont appelés *biyou' amana* dont le plus important est la vente *mourabaha*. Celle-ci se base sur la clarification du coût de la marchandise (objet du contrat) et du profit recherché. Concernant les contrats *al thika*, ils reposent sur l'idée de la confiance. Ce type de contrat consiste dans le fait que le propriétaire mette son bien à la disposition d'une autre personne pour l'administrer, l'exploiter ou l'utiliser à des fins de financement. C'est le cas des contrats *ijara* puisqu'ils consistent à mettre un bien à la disposition du locataire qui conserve le bien en tant que dépôt<sup>254</sup>.

S'agissant des contrats *mosawama*, ils sont des contrats basés sur la négociation. Les parties négocient entre elles les clauses du contrat dans le cadre de la Charia. Tous les contrats de financement islamique sont classés dans cette catégorie parce qu'ils reposent sur la liberté de négociation des parties. C'est grâce à cette liberté de négociation que les parties parviennent à leur accord<sup>255</sup>.

Finalement, il est intéressant de souligner que dans un contexte de diversification et de complexification des transactions financières contemporaines, les contrats de financement islamique peuvent prendre des formes multiples. Tantôt on a affaire à un contrat unique et tantôt nous sommes en présence d'un montage contractuel complexe qui combine plusieurs contrats. Et tout cela doit se faire dans le cadre de la Charia. Entre l'unité et la diversité contractuelle, les institutions financières islamiques essayent de répondre aux besoins actuels et de réaliser ces objectifs<sup>256</sup>.

## **Section 2- Manifestations de la singularité de la finance islamique**

La singularité de la finance islamique se manifeste à travers les éléments suivants : les principes directeurs positifs et négatifs (§1), la mise en place d'une doctrine économique et sociale spécifique (§2), ses objectifs (§3), son efficacité (§4), et le contrôle de conformité par rapport à la Charia (§5).

---

<sup>254</sup> Ibid. p. 32.

<sup>255</sup> Ibid, p. 34.

<sup>256</sup> Hamed Mirah, *Les nouveaux contrats de financement dans la finance islamique* (en arabe), 1<sup>ère</sup> éd. Dar al maiman, Al Riyad, 2011, p. 43.

## **§1- Les principes de la finance islamique**

La finance islamique repose sur des principes fondamentaux. Ceux-ci peuvent être divisés en deux catégories : principes positifs (**A**) et principes négatifs (**B**). De manière générale, les principes positifs s'intéressent à l'existence humaine et tentent de concrétiser les grandes finalités de la Charia. Les principes négatifs quant à eux posent des interdictions précises.

### **A)- Les principes positifs**

Le fondement de la Charia est de promouvoir le bien-être de l'Homme aussi bien dans l'Ici-bas que dans l'Au-delà. Ce bien-être se réalise à travers la protection de la vie, de la propriété, de la raison, de la procréation, de l'intégrité de la religion et de la justice. Toute chose qui s'écarte de ces objectifs n'a rien à faire avec la Charia. Tout ce qui est de nature à assurer la sauvegarde de ces finalités sert l'intérêt public et est désirable.

Dans l'optique financière, la Charia établit un ensemble de principes que l'on pourrait qualifier de « positifs » qui tendent à concrétiser ses objectifs. A ce titre, on peut distinguer entre trois principes : l'éthique commerciale (**1**), le partage des profits et des pertes (**2**), l'adossement à un actif réel (**3**).

#### **1)- L'éthique dans les rapports commerciaux**

A la différence de la finance conventionnelle, la finance islamique se caractérise par la relation insécable qu'elle entend instaurer entre les valeurs spirituelles et les valeurs économiques. En islam, il n'y a pas dissociation entre monde économique et monde religieux. Religion et économie sont strictement liées<sup>257</sup>. L'objectif fondamental de la finance islamique n'est pas de réaliser le profit matériel, mais de promouvoir un esprit éthique et humaniste de la vie économique et financière. La morale apparaît comme le moteur du système économique

---

<sup>257</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, RB Edition, 2012, p. 24.

islamique ; elle se situe au cœur de ce système<sup>258</sup>. Cette centralité de la morale dans l'économie islamique se justifie par le fait que l'islam est une religion essentiellement fondée sur la morale ; c'est un message fondamentalement éthique. Son but est de compléter les bonnes mœurs. Cette dimension hautement moraliste de l'islam se retrouve dans toutes les sphères de l'activité humaine<sup>259</sup>.

L'islam a accordé une place importante à la morale sur le plan individuel. Dans ce cadre, il ordonne la véracité, la sincérité, la tolérance, le bon agir comportemental. Simultanément, il interdit le dol, la trahison, la fraude, la monopolisation et d'autres comportements immoraux. Ces ordres et prohibitions ont pour objectif de renforcer le sens de moralité et de responsabilité chez l'Homme et de faire de lui un être pieux et utile à la société à travers la création d'une relation forte entre lui et son Créateur. Dans ce cadre, le Prophète a affirmé dans un hadith : « Je suis envoyé pour compléter les bonnes mœurs »<sup>260</sup>. Il a concrétisé ce principe général à travers plusieurs hadiths : « N'est pas de ma communauté celui qui pratique la tricherie »<sup>261</sup> ; « Dieu est miséricordieux envers celui qui est tolérant dans sa vente, dans son achat et dans l'accomplissement de ses obligations »<sup>262</sup> ; « Le commerçant honnête sera le jour du jugement parmi les Prophètes, les pieux et les martyrs »<sup>263</sup>. Dans un autre hadith, le Prophète met l'accent sur les conséquences de ces principes éthiques dans les relations économiques : « Si les parties au contrat sont honnêtes dans leur relation contractuelle, Dieu met la Baraka (bénédiction) dans leur acte. S'ils ne le sont pas, point de bénédiction dans leur opération »<sup>264</sup>. A côté de ces principes et valeurs, il y a aussi la valeur de l'*Amana* (protection du dépôt, respect de l'engagement, sincérité, fidélité, honnêteté) qui doit se retrouver dans toutes les relations humaines. Elle constitue l'une des caractéristiques des croyants. En parlant des croyants, Dieu dit : « Ceux qui respectent les dépôts à eux confiés, ainsi que leurs engagements »<sup>265</sup>. De son côté, le Prophète a confirmé : « Dieu est avec ceux qui respectent leur engagement. Dès qu'il y a une violation de celui-ci, la protection

---

<sup>258</sup> Mohammad al Moubarak, *L'économie : principes et règles générales* (en arabe), 2<sup>ème</sup> éd., Dar al Fakr, 1974, p. 157.

<sup>259</sup> Youssef al Karadwi, *Le rôle des valeurs et de la morale dans l'économie islamique* (en arabe), Le Caire, Dar Wahba, 1995, p.57.

<sup>260</sup> Hadith rapporté par l'Imam Ahmad dans son Moussnad, Hadith n°8729.

<sup>261</sup> Hadith rapporté par al Tarmazi, n°1315.

<sup>262</sup> Hadith rapporté par al Boukhari, n°2076.

<sup>263</sup> Hadith rapporté par al Tarmazi, n°1209

<sup>264</sup> Hadith rapporté par Boukhari, n°2079.

<sup>265</sup> Le Noble Coran, Sourate Les Croyants, verset 8.

divine disparaîtra immédiatement »<sup>266</sup>. De ce concept fondamental d'al Amana, découle le principe d'équité dans les rapports commerciaux. Celui-ci consiste pour le commerçant notamment à contrôler rigoureusement les produits offerts, qu'il s'agisse de leur quantité, de leur qualité ou de leur poids<sup>267</sup> : « Donnez une juste mesure, quand vous mesurez ; pesez avec la balance la plus exacte »<sup>268</sup> ; « Donnez la bonne mesure et le juste poids. Ne fraudez pas les hommes dans leurs avoirs et ne répandez pas les crimes et la corruption »<sup>269</sup>.

La dimension éthique et morale de la finance islamique se traduit également par la place centrale qu'elle accorde à l'Homme. Celui-ci se situe au cœur du message islamique qui lui donne justice, liberté et protection abstraction faite de son origine, de sa religion et de sa conviction<sup>270</sup>. Ce principe a bien été appliqué par les Califes bien guidés. Voilà l'exemple d'Omar, le deuxième Calife<sup>271</sup>, décide de consacrer une subvention prélevée sur le budget public (Bayet al mal) à un vieux Juif qui se trouvait dans le besoin en lui disant : « On ne vous a pas rendu justice en vous imposant la *jaziya*<sup>272</sup> durant votre jeunesse et en vous laissant dans le besoin durant votre vieillissement »<sup>273</sup>. Force est de constater que cette position du Calife Omar n'a pas été contestée par les Compagnons et a été appliquée par les Califes ultérieurs, ce qui montre bien qu'il s'agit d'un principe fondamental reconnu sur le plan pratique et théorique<sup>274</sup>.

En outre, le caractère éthique de la finance islamique se manifeste par sa conformité aux principes et règles de la Charia. C'est une finance encadrée par la loi divine dans toutes ses activités. Elle s'appuie sur la justice et l'interdiction de la nuisance : pas de mal (*la darara wala dirar*), ainsi que le déclarait un hadith prophétique. La protection de l'Homme, de l'environnement et des animaux constitue une préoccupation fondamentale de cette finance. Celle-ci vise à servir la société et à sauvegarder ses valeurs. Elle repose sur la productivité,

---

<sup>266</sup> Hadith rapporté par Abou Daoud, n°3383.

<sup>267</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, Bruxelles, Editions Larcier, 2011, p. 61.

<sup>268</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Israa, verset 35.

<sup>269</sup> Le Noble Coran, Sourate Houd, verset, 85.

<sup>270</sup> Ali Al Gordaghi, *Introduction à l'économie islamique. Etude comparative avec l'économie positive à la lumière du Coran, de la Sunna et des finalités de la Charia (en arabe)*, Tome 2, volume 1, 2<sup>ème</sup> éd., Beyrouth, Dar al bashaair, 2013, p. 147.

<sup>271</sup> Le Calife Omar a exercé le pouvoir entre l'an 13 et l'an 23 de l'hégire.

<sup>272</sup> La *jaziya* est un impôt annuel collecté sur les hommes pubères non-musulmans (*dimmis*). Il est à noter que certaines catégories de non-musulmans en étaient exemptées : il s'agissait des femmes, des enfants, des personnes âgées, des infirmes, des esclaves, des moines, des anachorètes, des déments.

<sup>273</sup> Abi Obeid Al Kassem Ben Slam, *Le Livre des biens (Kitab al Amwal)*, authentifié par Mohammad Khalil Holass, Beyrouth, Dar al kotob al illmiyya, 1986, p. 57.

<sup>274</sup> Youssef Karadwi, « Le rôle de la Zakat dans le règlement des problèmes économiques », in *L'économie islamique*, Université du Roi Abdel Aziz, 1400 H, p. 258.

l'utilité et la bienfaisance envers les gens. Dieu dit : « Parmi ce que Dieu t'a accordé, recherche la demeure dernière, sans oublier la part qui t'est donnée en ce monde. Sois bon comme Dieu est bon pour toi. Ne sème pas le désordre sur la terre. Dieu n'aime pas les fauteurs de désordres ! »<sup>275</sup>. L'objectif même de la finance islamique est d'appliquer le message prophétique en répandant le bien sur terre. Dieu confirme cette vérité en s'adressant au Prophète : « Nous ne t'avons envoyé que comme une miséricorde pour le monde entier »<sup>276</sup>.

Par ailleurs, la modération et la recherche du juste milieu constitue la pierre angulaire de la finance islamique. Elle tente de trouver le point d'équilibre entre l'individu et la société, entre l'intérêt des pauvres et l'intérêt des riches, entre le matérialisme et la spiritualité, entre l'idéalisme et le réalisme, entre la stabilité et l'évolution, entre la modernité et la tradition, entre les exigences de ce monde-ci et celles de l'Au-delà. Cette quête d'équilibre trouve, en effet, son origine dans le livre sacré de l'islam. Le Coran dit à cet égard : « Nous avons fait de vous une communauté du juste milieu pour que vous soyez témoins envers les hommes »<sup>277</sup>.

## 2)- Le partage des pertes et profits (PPP)

Le principe de partage des pertes et des profits est un pilier fondamental de l'industrie financière islamique. Il contribue à singulariser le système financier islamique puisque l'on ne trouve pas de tels principes dans la finance classique. En effet, ce principe, *Al-ghounm bi al-ghourm*, trouve ses racines profondes dans la conception morale islamique qui tend à créer un ordre social basé sur la justice et l'égalité en droits et en devoirs<sup>278</sup>. Au surplus, en islam, pour qu'on puisse avoir un profit, il faut contribuer effectivement à un projet *réel* et accepter les risques y sont liés. Autrement dit, ce principe se justifie par le fait que la finance islamique est toute entière fondée sur la règle de la productivité et non sur celle de prêt. Cela conduit à la répartition de la responsabilité, du risque et des profits d'un projet entre les associés. Il met fin aussi à la corruption, à la spéculation, aux différents risques liés à la finance usuraire<sup>279</sup>.

---

<sup>275</sup> Le Noble Coran, Sourate al Kassas, verset 77.

<sup>276</sup> Le Noble Coran, Sourate Les Prophètes, verset 107.

<sup>277</sup> Le Noble Coran, Sourate La Vache, verset 143.

<sup>278</sup> Chihab Mohammed Himeur et Nedra Abdelmoumen, *La finance islamique face au droit français*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp.43-44.

<sup>279</sup> Abdel Hamid al Baali, *Après la dissolution du régime économique capitaliste* (en arabe), Le Koweït, Association Al Islah al ijtimaai, p. 83.

Concrètement, ce principe a pour objectif la réalisation des opérations contractuelles de manière à empêcher l'exploitation de l'une des parties par l'autre.

Si la Charia interdit la pratique de la *riba*, elle autorise celle du prêt. Mais, étant donné que les institutions financières islamiques ne sont pas des organisations caritatives, il faut donc trouver un système de rémunération alternatif à celui basé sur l'intérêt<sup>280</sup>. On va trouver cette solution dans le principe participatif qui consiste à partager les profits et les pertes entre les parties engagées dans une opération de financement. L'interdiction de l'intérêt et le système de partage des profits et des pertes sont donc indissociables<sup>281</sup>. Conforme aux valeurs de la Charia, la règle des trois (P) semble correspondre à la nature de la relation entre entrepreneur et investisseur. Dans un tel système, l'institution financière islamique prête de l'argent à une entreprise qui devient partenaire, de même le déposant peut être considéré comme un actionnaire de l'institution financière. Celle-ci n'agit pas en tant que simple prêteur, dont les profits sont déterminés à l'avance. Elle participe activement au bon déroulement du projet qu'elle finance, et cela à travers les conseils et l'assistance dans les prises de décisions. C'est pourquoi, ce système est appelé « finance participative »<sup>282</sup>. Théoriquement, le risque n'est pas unilatéral ; au contraire, il est partagé par les associés tout au long du processus financier. Ceci permet de démarquer la finance islamique de la finance conventionnelle qui repose sur l'unilatéralité du risque<sup>283</sup>.

A noter qu'il existe une différence importante entre le partage des profits et celui des pertes. Les profits sont répartis selon trois modalités : soit ils sont fixés à l'avance par le contrat, soit ils dépendent de la prise de risque par chacune des parties, soit ils font l'objet d'une négociation entre les parties. Alors que les pertes sont déterminées en fonction de la contribution de chaque partie au projet entrepris<sup>284</sup>.

Le principe de partage des pertes et des profits est à la base de plusieurs techniques de financements islamiques comme par exemple le *Moucharaka* et le *Moudaraba*. Nous y reviendrons plus loin.

---

<sup>280</sup> Kaouther Jouaber-Snoussi, *La finance islamique*, Paris, La Découverte, 2012, p.8.

<sup>281</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p.8.

<sup>282</sup> Anas El-Melki, « Le Principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques islamiques : Illustration modélisée des contrats de financement participatif *Moudharaba* Et *Moucharaka* », *Global Journal of Management and Business Research*, Vol. 11, novembre 2011, p.1.

<sup>283</sup> Dhafer Saidane, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Paris, Revue Banque Editions, 2009, p. 72.

<sup>284</sup> Monzer Khohf, *Les fondamentaux de la finance islamique* (en arabe), Académie internationale de la recherche en droit musulman, Malaisie, 2011, p. 64.

### 3)- L'adossement à un actif réel

Dans son ouvrage, *Théorie de la monnaie et de la banque : l'essence de la monnaie*, Schumpeter indique que tous les faits économiques peuvent être décrits en termes de bien et de services. La monnaie est perçue comme un simple expédient technique dont le rôle ou la fonction est de faciliter les échanges et les transactions<sup>285</sup>. L'Islam depuis sa naissance a une conception particulière de l'argent. En effet, dans l'islam, l'argent n'a pas de valeur intrinsèque. En conséquence, il ne peut faire l'objet d'une transaction ; c'est seulement un moyen d'échange, un outil de mesure et une réserve de valeurs. Dans cette perspective, Ibn Taimiyya rappelle que la fonction de la monnaie est d'être une mesure des biens grâce à laquelle on peut connaître la quantité et la valeur des biens. La monnaie n'a pas de valeur en elle-même<sup>286</sup>. Le but de l'argent est de faciliter le commerce et les transactions<sup>287</sup>. L'argent ne peut pas créer de l'argent. Aucun contrat n'est légitime s'il permet à l'argent de créer l'argent car c'est le *riba*<sup>288</sup>. Comme le précisent Iqbal et Mirakhor, « l'argent n'est qu'un capital potentiel et ne deviendra réel qu'après son association avec une autre ressource, à savoir le travail et l'effort, afin d'entreprendre une activité productive »<sup>289</sup>.

Ainsi, dans le système islamique toute opération financière doit impérativement reposer sur un actif tangible et réel. Cela va garantir l'existence d'un bien réel et clairement identifié faisant l'objet de la transaction, ce qui va assurer finalement sa traçabilité<sup>290</sup>. Ce principe permet également à la finance islamique de participer au développement de l'économie réelle par la mise en place des activités productives dans tous les domaines de la vie. Cette conception de l'argent comporte d'autres avantages : elle renforce l'efficacité économique à travers la promotion de la productivité, ce qui explique d'ailleurs la stabilité des institutions financières islamiques par rapport aux institutions de la finance conventionnelle.

---

<sup>285</sup> Joseph Aloys Schumpeter, *Théorie de la monnaie et de la banque : l'essence de la monnaie*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.10.

<sup>286</sup> Ibn Taimiyya, *Al Fatawa*, vol.20, p.472.

<sup>287</sup> Fatima Zahra Alioui, « La finance islamique, des fondements au système », *Management Intercultural*, Vol. XVII, N°1, 2015, p. 7.

<sup>288</sup> Chihab Mohammed Himeur et Nedra Abdelmoumen, *La finance islamique face au droit français*, op. cit., p.47.

<sup>289</sup> Zamir Iqbal et Abbas Mirakhor, *An introduction to Islamic finance. Theory and Practice*, Singapour, Wiley Finance, 2007, p.9.

<sup>290</sup> Kaouther Jouaber-Snoussi, *La finance islamique*, op. cit., p. 9.

## B)- Les principes négatifs

Ceux-ci consistent en des prohibitions religieuses qui visent à réaliser les buts de la loi islamique. Ces principes contribuent assurément à singulariser le système financier islamique par rapport au système conventionnel. A cet égard, on peut citer les principes suivants : la prohibition de *Riba* (1), de *gharar* (2), la thésaurisation (3), et l'interdiction des activités illicites (4).

### 1)- La prohibition de *Riba* (prêt à intérêt)

Ce principe constitue le pilier fondamental de la finance islamique<sup>291</sup>. C'est essentiellement grâce à cette notion que la finance islamique assure sa démarcation de la finance conventionnelle. Étymologiquement, le mot arabe *riba* trouve son origine dans le terme « *yarbou* » qui veut dire au sens large : augmentation, croissance, gain<sup>292</sup>.

Certains auteurs ont tenté de définir le concept de *riba*. Dans cette perspective, le juriste musulman Al-Jazari soutient que « Al *riba* est une *ziyadate*<sup>293</sup> ou une augmentation de l'un des biens échangés sans qu'il y ait compensation de cette augmentation »<sup>294</sup>. Layla El Hatimi donne la définition suivante du terme *riba* : « Le terme *riba* signifie une majoration qui ne donne pas lieu à une contrepartie dans les contrats bilatéraux. Le « *riba* » dit coranique, préislamique ou explicite, est précisément celui qui s'applique à la dette ou au prêt. Il s'agit d'un intérêt perçu à terme avec un taux établi comme condition préalable ou fixé au moment de l'échéance pour différer le remboursement »<sup>295</sup>. Geneviève Causse-Borquet définit la *riba* de la manière suivante : « La *Riba* est tout intérêt stipulé contractuellement, calculé préalablement sur la base du capital initial prêté et du

---

<sup>291</sup> Sur cette question, voir Victor Berger-Vachon, « Le ribâ », in Normes et valeurs dans l'islam contemporain, Payot, 1966.

<sup>292</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2015, p.266.

<sup>293</sup> *Ziyadat* vient du verbe *zada* qui veut dire augmenter soit la valeur soit le volume de la chose.

<sup>294</sup> Algaziry Abdulrahman, *La doctrine des quatre écoles sunnites* (en arabe), beyrouth, dar ihya al-turath al-`arabiya, 1963.

<sup>295</sup> Layla El Hatimi, *Les substituts du prêt à intérêt dans les banques islamiques*, Thèse de droit, Université de Perpignan, 2007, p.92.

temps, convenu sans aucune relation avec les résultats éventuels de l'écoulement de l'opération financée »<sup>296</sup>.

Cette interdiction est en réalité le résultat ou la conséquence logique ou naturelle de la conception islamique de l'argent. Comme nous l'avons vu précédemment, l'argent en islam n'a pas de valeur en soi ; il est, en lui-même improductif. Par conséquent, l'argent ne peut pas produire de l'argent ; il ne peut pas générer des revenus du fait de l'écoulement du temps.

La prohibition coranique de la pratique de *riba* s'est faite graduellement. L'usage de l'intérêt a fait l'objet de plusieurs versets coraniques avant d'aboutir à son interdiction complète. Dans un premier temps, le discours coranique a établi une comparaison entre les bienfaits de la Zakat (aumône légale) et les malheurs de la *riba*. Dans ce contexte, la *riba* est seulement indésirable ; il s'agit donc d'un ordre divin indirect : « L'argent que vous prêtez à usure dans l'espoir de vous enrichir au détriment des biens de vos semblables ne vous ne sera d'aucun profit auprès de votre Seigneur ; mais l'argent que vous donnez en aumône (Zakat), pour être agréables à Dieu, sera pour vous porté à plusieurs fois sa valeur »<sup>297</sup>. Dans un deuxième temps, le Coran fait référence à l'interdiction de la *riba* dans les religions antérieures. Il évoque les malheureux Juifs qui ont pratiqué la *riba* malgré l'interdiction de Moïse : « [...] C'est aussi à cause de la pratique de l'usure, bien qu'elle leur ait été interdite, et de leur habitude de s'accaparer injustement des biens d'autrui, que Nous avons préparé pour ceux d'entre eux qui sont infidèles de terribles tourments »<sup>298</sup>. On remarque qu'il n'y a pas encore d'interdiction directe.

La troisième étape sera celle de l'interdiction claire, directe et impérative. Dieu dit à cet égard : « Ô vous qui croyez ! Ne pratiquez pas l'usure pour multiplier sans cesse vos profits ! Craignez Dieu si vous voulez assurer le salut de votre âme ! »<sup>299</sup>.

Dans son étape finale, le discours coranique condamne définitivement la *riba* et déclare plusieurs châtiments dont le plus sévère est la guerre annoncée par Dieu et son Messager contre les usuriers : « Ceux qui pratiquent l'usure se présenteront, le Jour de la Résurrection, comme des aliénés possédés par le démon et ce, pour avoir affirmé que l'usure est une forme de vente, alors que Dieu a permis la vente et a interdit l'usure. Celui qui, instruit par cet avertissement, aura renoncé à cette pratique pourra conserver ses acquis usuraires

---

<sup>296</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p.26.

<sup>297</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Rome (Les Romains), verset 39.

<sup>298</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa (Les Femmes), verset 161.

<sup>299</sup> Le Noble Coran, Sourate La Famille d'Imran, verset 130.

antérieurs et son cas relèvera du Seigneur ; mais les récidivistes seront voués au Feu éternel »<sup>300</sup> ; « Dieu réduira à néant le profit usuraire et fera fructifier le mérite des aumônes. Dieu n'aime pas tout impie endurci et tout pécheur »<sup>301</sup> ; « Ô vous qui croyez ! Craignez votre seigneur et renoncez à tout reliquat d'intérêt usuraire, si vous êtes des croyants sincères ! Et si vous ne le faites pas, attendez –vous à une guerre de la part de Dieu et de son Prophète. Mais si vous vous repentez, vos capitaux vous resteront acquis [...]. Si votre débiteur est dans la gêne, accordez-lui un délai jusqu'à ce qu'il soit en mesure de se libérer de sa dette [...] »<sup>302</sup>.

Outre les textes coraniques, la Sunna condamne la pratique de *riba*. Plusieurs hadiths se prononcent clairement contre cette pratique. Selon Ibn Massoud, le Prophète a informé les musulmans que « Dieu a maudit celui qui se nourrit d'usure, celui qui l'offre, celui qui en témoigne et celui qui en établit le contrat »<sup>303</sup>. Selon un autre hadith, le Prophète a ordonné aux musulmans d'éviter les grands pêchés qui conduisent à l'enfer. Parmi ceux-ci on trouve la *riba*<sup>304</sup>. Dans une autre tradition, le Prophète insiste sur la nécessité d'une égalité entre les parties : « Vendez or pour or, argent pour argent, grain pour grain, orge pour orge, dattes pour dattes, sel pour sel, espèce pour espèce, quantité pour quantité, de la main à la main ; et s'il y a différence de qualité, vendez comme il vous plaira, mais de la main à la main »<sup>305</sup>.

En droit islamique, il existe deux catégories de *riba* : « *riba annassia* » qui consiste en l'augmentation du prix en contrepartie d'un ajournement du paiement ; « *riba al fadal* » qui est le surplus ajouté lors d'opérations commerciales d'achat-ventes<sup>306</sup>. Actuellement, les juristes musulmans ont opéré un changement terminologique dans ce domaine, en distinguant entre « *riba adouyoun* » (intérêt usuraire des dettes) et « *riba al bouyou* » (intérêt de ventes)<sup>307</sup>.

La prohibition de la *riba* se justifie dans une large mesure par ses nombreux inconvénients. En effet, la *riba* est un moyen de s'enrichir au détriment des personnes qui sont dans le besoin. Il s'agit donc d'un système immoral qui remet en cause la solidarité sociale et la fraternité entre les membres de la société. En outre, ce système conduit à des

---

<sup>300</sup> Le Noble Coran, Sourate La Vache, verset 275.

<sup>301</sup> Le Noble Coran, Sourate La Vache, verset 276.

<sup>302</sup> Le Noble Coran, Sourate La Vache, versets 279 et 280.

<sup>303</sup> Hadith rapporté par Mousslim, hadith n°1598.

<sup>304</sup> Hadith rapporté par Al Boukhari, n°2765.

<sup>305</sup> Hadith rapporté par Mousslim, n°1584.

<sup>306</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p.32.

<sup>307</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 268.

dysfonctionnements économiques. Il entraîne une dichotomie entre économie réelle et économie monétaire, au point que la première devient en quelque sorte dépendante de la seconde. Cela conduit à la création de produits financiers sans aucun lien avec une opération économique réelle créatrice de richesse. Avec ce système, on assiste au développement d'une économie improductive, ce qui conduira à l'augmentation des problèmes sociaux comme le chômage par exemple. Autre inconvénient : la *riba* favorise l'inflation car les intérêts sont des charges qui entraînent l'augmentation du prix de vente.

## 2)- L'interdiction de *gharar* ou de risque excessif ou aléa

A côté de la prohibition de la *riba*, l'interdiction du *gharar* apparaît aussi comme une caractéristique principale de la finance islamique. Mais à la différence de la *riba*, la définition de la notion de *gharar* s'avère difficile. Les linguistes arabes définissent le mot « *gharar* » par celui de « *khatar* » qui veut dire littéralement la crainte ou la peur d'une mauvaise conséquence<sup>308</sup>. Actuellement, ce terme est généralement traduit par aléa, incertitude, risque, hasard, voire tromperie.

A l'origine, les docteurs classiques ont étudié le *gharar* dans le cadre du contrat de vente. Les transactions qui comprennent un élément d'incertitude quant à l'objet de la vente, au prix ou au délai de livraison de la chose sont constitutives du *gharar*. En réalité, peu d'auteurs ont réussi à donner une définition précise du *gharar*. Pour certains, il y a un *gharar* lorsque l'objet de la vente n'existe pas au moment de la conclusion du contrat puisque le vendeur n'est pas en mesure de livrer et l'acheteur ne peut pas contracter en toute connaissance de cause. Nous sommes en face d'une incertitude notoire constitutive du *gharar*. Telle est l'opinion soutenue par Ibn Qayyim Al Jawziyya. Cet auteur considère que l'existence de l'objet supprime le *gharar*<sup>309</sup>. Cette définition semble assez réductrice car la non-existence de l'objet n'est pas seule constitutive du *gharar*. D'autres auteurs ont adopté une conception plus large du *gharar*. En effet, il y a un *gharar* quand l'objet de la vente est indéterminé ou plus exactement inconnu (*majhul*) par les contractants<sup>310</sup>. Ibn Ruchd considère que le *gharar* est constitué « lorsque le vendeur subit une lésion ou *ghubn* (perte) résultant de

---

<sup>308</sup> Malek Abou Hamdan, *Produits dérivés et risques de marché et « gharar »: recherche d'une alternative islamique*, Thèse en Science de gestion, Université de Paris II, 2013, p. 166.

<sup>309</sup> Ibn Qayyim Al Jawziyya, *Illam al muwaqq'in*, Tome I, Beyrouth, 1970, p. 357 à 361.

<sup>310</sup> Nayla Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995, p.58.

son ignorance, *jahl*, du prix de l'objet ou encore de son manque de connaissance de critères indispensables, relatifs au contrat ou à son objet »<sup>311</sup>.

Pour Sanhoury, l'objet doit présenter les conditions suivantes : l'existence de l'objet doit être réelle ; il doit être disponible ; la détermination des critères relatifs à la quantité, au prix et au délai de livraison doit être fixée. Pour lui, c'est à la fois l'ignorance et l'incertitude relatives à certaines caractéristiques de l'objet qui sont constitutives du *gharar*<sup>312</sup>. Dans le même ordre d'idées, Mustafa Al-Zarqa définit le *gharar* comme étant « la vente d'objets dont l'existence et les caractéristiques ne sont pas certaines à cause de leur nature qui assimile leur vente aux jeux de hasard »<sup>313</sup>.

La prohibition du *gharar* trouve son fondement dans le livre sacré et la Tradition prophétique. En effet, le Coran ne mentionne pas explicitement le *gharar* mais son interdiction découle de certains versets relatifs au jeu ou à la spéculation (*Maysir ou Qimar*). C'est ainsi que le verset 219 de la Sourate al Bakara (la Vache) interdit les jeux de hasard : « Ils t'interrogent également sur le vin et le jeu de hasard. Réponds-leur : dans l'un comme dans l'autre, il y a un grave pêché et quelques avantages pour les hommes ». Dans un autre verset, le Coran dit : « Ô vous qui croyez ! Les boissons alcoolisées, les jeux de hasard, les bétyles et les flèches divinatoires ne sont autre chose qu'une souillure diabolique »<sup>314</sup>. On constate que l'interdiction dans ce verset est beaucoup plus claire que dans le premier verset. Les jurisconsultes citent parfois le verset relatif à l'interdiction de *Akl al-Mal bil-Batel* « dévoration des biens des autres illicitement (ou en vain) » : « Ô vous qui croyez ! Ne vous dépossédez pas les uns les autres de vos biens par des procédés malhonnêtes ! Que vos échanges soient fondés sur des transactions librement consenties »<sup>315</sup>.

La Sunna, quant à elle, condamne aussi le *gharar*. Abu Hurayra a dit : « Le Prophète a défendu d'aller au-devant des caravanes et il a interdit au citoyen de vendre au Bédouin ». Selon Abdallah Ibin Omar, le Prophète a dit : « Que l'un de vous ne vende pas pour supplanter son frère qui se trouve déjà sur le marché. N'allez pas au-devant des marchandises, mais attendez qu'on les ait déchargées sur les marchés ». Nous allions, ajoute Omar, au-

---

<sup>311</sup> Cité par Chihab Mohammed Himeur et Nedra Abdelmoumen, *La finance islamique face au droit français*, op. cit., p. 30.

<sup>312</sup> Sanhoury, *Les sources du droit dans la loi islamique* (en arabe), Tome 3, p. 49.

<sup>313</sup> Cité par Amine Mokhefi, « Les banques islamiques : fondements théoriques », *Majlat al wahat*, N°12, 2011, p. 6.

<sup>314</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Maa'ida (Table), verset 90.

<sup>315</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa' (Les Femmes), verset 29.

devant des caravanes pour y acheter des denrées. Le Prophète nous interdit de les revendre avant que la caravane eût atteint le marché aux grains »<sup>316</sup>.

Ces hadiths montrent que toute transaction fondée sur une spéculation et par laquelle une des parties pourrait exploiter l'ignorance de l'autre pour réaliser un profit illicite est interdite. Le but est de protéger la partie faible contre la partie forte. Cette exigence a poussé les juristes à prohiber toute transaction comprenant une incertitude, un risque, ou une spéculation<sup>317</sup>.

Force est de constater qu'il existe des exceptions au principe d'interdiction du *gharar*. Celles-ci se justifient par le caractère modeste et non exorbitant (*yassir*) du *gharar* ou de l'incertitude. A cet égard, on peut citer l'exemple du contrat *istissna* et du contrat dans lequel la date de livraison/paiement n'est pas fixée mais où il est certain d'y arriver (livraison à la prochaine récolte). A l'heure actuelle, le développement du commerce et de l'industrie rend parfois difficile l'application de ce principe notamment dans les contrats relatifs à de grands projets de construction.

### 3)- L'interdiction de la thésaurisation

Dans un verset coranique, on peut lire ceci : « De même, à ceux qui thésaurisent l'or et l'argent et ne le dépensent pas dans le sentier de Dieu, eh bien, annonce-leur un châtement douloureux [...]. Goûtez donc de ce que vous thésaurisez ! »<sup>318</sup>. Ce verset fait clairement référence à l'obligation de faire fructifier son bien pour l'intérêt général. Autrement dit, l'interdiction de la thésaurisation vise à réaliser la finalité de la Charia qui consiste en la circulation du bien entre le plus grand nombre de personnes d'une façon équitable. Cela contribue à purifier le bien comme la prière assure la purification de l'âme.

---

<sup>316</sup> Sahih Al Boukhari, p. 35.

<sup>317</sup> Nayla Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit., p. 56.

<sup>318</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Tawba (Le repentir), versets 34 et 35.

#### **4)- L'interdiction des activités et produits illicites (haram)**

Le système financier islamique s'appuie non seulement sur la prohibition de la *riba* et de la spéculation, mais également sur un principe de responsabilité sociale. Ainsi il est interdit, sous quelque forme que ce soit, de financer certaines activités et produits du fait de leur non-conformité aux principes éthiques et religieux de l'islam<sup>319</sup>. Ces secteurs sont ceux de l'alcool, de la viande de porc, des armes, des jeux illicites (casino).

Finalement, il convient de noter que d'autres interdictions existent. C'est le cas des contrats comportant une condition suspensive ou des contrats doubles (vente et prêt dans un seul contrat par exemple), ou encore du rachat à une personne d'un bien qu'on lui a précédemment vendu. Ces interdictions visent soit à éviter les litiges éventuels dans des contrats complexes, soit à garantir le respect strict de la prohibition de la *riba* et du *gharar*.

## **§2- L'apparition d'une doctrine économique et sociale islamique**

Comme les autres phénomènes de la vie islamique, le phénomène économique et financier s'inscrit, en islam, dans une philosophie qui lui est propre. L'appréhension de cette philosophie s'avère nécessaire si l'on veut comprendre au mieux la finance islamique dans ses techniques et mécanismes de fonctionnement. En effet, la philosophie économique et sociale islamique repose à la fois sur des piliers (**A**) et des finalités (**B**) qui lui donnent sa particularité.

### **A)- Les piliers de la philosophie économique et sociale islamique**

La doctrine économique et sociale islamique trouve ses sources d'inspiration dans la révélation divine (Coran et Sunna) et l'œuvre interprétative des juristes (ijtihād). À l'instar des autres théories économiques et sociales, la théorie islamique vise à créer une société juste basée sur la satisfaction des besoins humains fondamentaux, l'utilisation optimale des ressources et le partage équitable des richesses. Elle essaye de prévenir les problèmes économiques et de les résoudre dans le cadre des principes moraux et religieux de

---

<sup>319</sup> Kaouther Jouaber-Snoussi, *La finance islamique*, op. cit., p. 9.

l'islam<sup>320</sup>. Cette doctrine est fondée sur des paradigmes qui lui donnent sa singularité et dont le but primordial est de réaliser le bien-être humain universel.

Dans la conception islamique, l'Homme est le calife ou le lieutenant de Dieu sur terre. En tant qu'être de raison et de volonté, il est chargé par Dieu de construire la terre et d'assurer l'harmonie et le bonheur à toutes ses créatures. En s'adressant aux anges, Dieu dit : « Je vais installer un représentant [khalifat] sur la Terre »<sup>321</sup>. Dans d'autres versets, on peut lire ceci : « C'est Lui qui vous a formés de la terre et qui vous y a établis »<sup>322</sup> ; « C'est lui qui a fait de vous Ses vicaires sur la Terre »<sup>323</sup>. Il en résulte que la propriété absolue appartient à Dieu seul ; l'homme n'est pas le propriétaire réel du bien dont il dispose. Le véritable propriétaire c'est Dieu qui a confié à l'homme la responsabilité de l'utilisation du bien de façon *juste* et pour le bonheur de tous. Cela signifie que l'homme, vicaire de Dieu sur terre, doit gérer ses biens conformément aux préceptes de la Charia parce qu'il sera questionné par Dieu de la manière dont il acquiert et utilise ces biens<sup>324</sup>.

Cette vision islamique de la propriété se démarque nettement de la conception marxiste et capitaliste qui accorde la propriété absolue à l'homme entendu au sens collectif ou individuel. Force est de constater que le caractère non exclusif de la propriété ne constitue pas une négation de la liberté et de la responsabilité individuelle. Il conduit tout simplement à une forme plutôt sociale de la propriété qui vise à fonder une société juste et solidaire. Cette notion de société juste et équitable a des conséquences juridiques importantes. En effet, pour qu'un contrat soit valide, il faut que toute asymétrie et tout échange inégal soient écartés. Toutes les activités économiques obéissent au principe de l'équité qui les gouverne dans toutes leurs applications. C'est pourquoi, l'équité apparaît comme un des principes fondamentaux de la théorie économique islamique<sup>325</sup>. Il est à la base de la solidarité sociale.

La solidarité et la justice sociale occupent une place éminente dans la théorie économique islamique. Il s'agit d'une valeur privilégiée de la religion musulmane. Les passages coraniques incitant à la solidarité sociale sont nombreux. Dieu dit : « Soyez plutôt

---

<sup>320</sup> Monzar Al Kahf, *L'économie islamique* (en arabe), Dar Al ilm, 1979, p.20.

<sup>321</sup> Le Noble Coran, Sourate al Bakara (La Vache), verset 30.

<sup>322</sup> Le Noble Coran, Sourate Houd, verset 61.

<sup>323</sup> Le Noble Coran, Sourate Fatir (Le Créateur), verset 39.

<sup>324</sup> Mohammad Umer Chapra, *Qu'est-ce que l'économie islamique ?*, Institut islamique de recherches et de formation banque islamique de développement, Djeddah, 1996, p. 29.

<sup>325</sup> Ali Al Gordaghi, *Introduction à l'économie islamique. Etude comparative avec l'économie positive à la lumière du Coran, de la Sunna et des finalités de la Charia* (en arabe), Tome 2, volume 1, 2<sup>ème</sup> éd., Beyrouth, Dar al bashaair, 2013, p. 135.

solidaires dans la charité et la piété et non dans le péché et l'agression »<sup>326</sup>. Selon Al Kortubi, ce verset est un ordre adressé à tous les hommes pour qu'ils collaborent entre eux pour le bien<sup>327</sup>. De son côté, Al Mawardi estime que le terme piété exprime la satisfaction de Dieu, alors que le terme charité incarne la satisfaction des gens. Celui qui réunit ces deux qualités sera dans le bonheur<sup>328</sup>. Dans un autre verset, on lit : « Adorez Dieu, sans rien Lui associer ! Soyez bons envers vos parents, vos proches, les orphelins, les pauvres, les voisins qu'ils soient de votre sang ou éloignés, ainsi que vos compagnons de tous les jours, les voyageurs de passage et les esclaves que vous possédez »<sup>329</sup> ; « Donne à ton proche ce qui lui est dû, ainsi qu'au pauvre et au voyageur »<sup>330</sup>. Son objectif est d'assurer une distribution équitable de la richesse au sein de la société et de réduire l'écart entre ses membres. Notons que cette dimension ne se limite pas aux besoins matériels malgré leur importance, mais elle concerne aussi les besoins immatériels, spirituels et intellectuels. Elle a vocation à couvrir tous les droits fondamentaux des individus et des groupes au sein de la société. En outre, elle ne concerne pas seulement les musulmans. Elle profite à tous les hommes quelle que soit leur appartenance religieuse et ethnique. Dans cette perspective, le Coran affirme : « Dieu ne vous défend pas d'être bons et équitables envers ceux qui ne vous attaquent pas à cause de votre religion et qui ne vous expulsent pas de vos foyers. Dieu aime ceux qui sont équitables »<sup>331</sup>.

La mise en œuvre pratique du principe de la justice et de la solidarité sociale passe notamment à travers la Zakat. Troisième pilier de l'islam, la Zakat est un *devoir religieux* sur la fortune des riches au profit des pauvres. Dieu dit à cet égard, « Accomplissez régulièrement la prière et acquittez-vous de la Zakat »<sup>332</sup>. Ce verset montre bien qu'il y a coordination entre le spirituel et le temporel : verser la Zakat est considéré comme un acte d'adoration de Dieu au même titre que la prière. Autrement dit, si la prière purifie l'âme du croyant, la Zakat purifie ses biens.

La doctrine économique islamique s'appuie sur un autre paradigme : la liberté économique encadrée. Les gens sont libres dans le choix de leurs activités économiques, leurs contrats. Mais cette liberté n'est pas absolue et elle doit s'opérer dans le cadre défini par la Charia. Il s'agit d'une liberté finalisée dans la mesure où elle vise à réaliser le bien et à

<sup>326</sup> Le Noble Coran, sourate Al Ma'ida (La Table), verset 2.

<sup>327</sup> Al Kortubi, *Jama' li ahkam al kouran*, 46/6, p. 47.

<sup>328</sup> Al Mawardi, *Adab alduniyya wa aldin*, p. 196.

<sup>329</sup> Le Noble Coran, sourate An Nissa' (Les Femmes), verset 36.

<sup>330</sup> Le Noble Coran, sourate Al Isra' (Le Voyage nocturne), verset 26.

<sup>331</sup> Le Noble Coran, sourate Al Mumtahina (L'Épreuve), verset 8.

<sup>332</sup> Le Noble Coran, sourate Al Bakara, verset 110.

interdire le mal. C'est cette finalité qui justifie les limites portées à la liberté économique par la loi islamique. L'objectif de telles limites est de protéger la liberté elle-même, en l'empêchant de se transformer en outil d'oppression et d'exploitation<sup>333</sup>.

Par ailleurs, l'éthique du travail revêt une importance toute particulière dans la pensée islamique. C'est à la fois une obligation et une responsabilité. Le travail apparaît fondamentalement comme le moteur de toute évolution économique et sociale. Du point de vue islamique, le travail est considéré comme une valeur religieuse suprême, comme un « acte » d'adoration, au même titre que la prière et l'aumône. Travailler licitement pour assurer son bien-être et celui de sa famille, c'est nécessairement se rapprocher de Dieu. Dans ce cadre, Dieu dit : « Que l'homme ne récoltera que les fruits des efforts qu'il aura lui-même déployé et qui seront appréciés à leur juste valeur »<sup>334</sup> ; « Dis-leur : travaillez ! Dieu appréciera vos œuvres, ainsi que les prophètes et les croyants »<sup>335</sup>. Ces textes montrent bien la place privilégiée qu'occupe le travail dans la morale islamique. Il constitue l'essence de l'être humain et la clé de son destin. C'est également une réprobation de l'attitude passive de celui qui ne travaille pas sans motif légitime.

En somme, la philosophie islamique considère l'argent comme un moyen sans valeur en soi. Il ne peut pas faire l'objet d'une transaction commerciale. Tout doit être fondé sur la productivité. Cela va interdire le profit basé sur la *riba*, comme nous le verrons plus loin.

## **B)- Les finalités de la Charia**

L'itinéraire humain est une recherche permanente des certitudes tant spirituelles que matérielles, car l'homme a besoin d'espérer, de croire, de se rassurer ou d'être rassuré. Dans les sociétés sécularisées, ce sont les constructions idéologiques qui ont essayé de répondre à cette quête inquiétante d'un refuge pour l'esprit humain. Dans la pensée islamique, ce sont les finalités de la Charia qui répondent à ces besoins en vue de réaliser le bien-être humain universel aussi bien dans l'ici-bas que dans l'Au-delà. En effet, les finalités ou les *maqassid*

---

<sup>333</sup> Youssef Ibrahim Youssef, « La liberté économique en islam » (en arabe), Périodique de la faculté de la Charia et des études islamiques, Université de Qatar, N°8, 1990, p. 148.

<sup>334</sup> Le Noble Coran, sourate Al Najm (Etoile), verset 39 et 40.

<sup>335</sup> Le Noble Coran, sourate Al Tawba (Le Repentir), verset 105.

de la Charia représentent le but essentiel pour lequel la religion a été révélée. Se conformant à la nature de l'homme, elles visent à protéger ses droits fondamentaux sans distinction aucune.

L'Imam Al-Ghazali<sup>336</sup> (505 H/1111 J.C) a défini les finalités de la Charia en précisant que : « Le but de la Charia est la promotion du bien-être des gens, qui consiste à préserver leur foi (din), leur âme (nafs), leur intellect (al-aql), leur progéniture (nasl) et leurs biens (mal). Tout ce qui garantit la préservation de ces cinq intérêts est souhaitable, et tout ce qui leur nuit est un mal qu'il faut chasser »<sup>337</sup>. Dans cette définition, l'auteur met l'accent sur la préservation de cinq finalités : la religion, la vie, la raison, la postérité et les biens. Cette typologie des finalités proposée par Al Ghazali sera approuvée trois siècles plus tard par l'Imam Al Chatibi (790/1388)<sup>338</sup>. Ce dernier n'a pas donné une définition précise des finalités, mais il a tenté d'en établir une classification détaillée<sup>339</sup>. Dans cette perspective, il a distingué entre trois catégories : les nécessités (*darouriyat*), les utilités (*hajat*) et les raffinements (*tahsinat*).

Les nécessités apportent une réponse aux besoins de base de l'individu sans lesquels dominant le désordre et l'anarchie. Il s'agit des cinq grandes finalités préconisées par Al Ghazali. Les utilités, quant à elles, permettent de satisfaire des besoins dont l'importance est inférieure à celle des nécessités. Elles complètent en réalité la première catégorie. Il s'agit des besoins sans lesquels la vie de l'individu ne sera pas troublée. Leur objectif est de faciliter les conditions de vie. Concernant les raffinements, ils servent essentiellement à augmenter l'agrément de l'existence. Ils ne jouent qu'un rôle subalterne, accessoire<sup>340</sup>.

Notons qu'il existe d'autres définitions de la notion de finalités de la Charia. A cet égard, Bin Achour précise : « les finalités générales de la Charia sont les significations et les sagesses du législateur inhérentes dans toutes les situations de la législation ou dans sa majorité »<sup>341</sup>. Pour Al Rayssouni, penseur contemporain, les finalités de la Charia sont « les objectifs pour lesquels la Charia a été établie, en vue de les réaliser, afin d'assurer l'intérêt des personnes »<sup>342</sup>.

---

<sup>336</sup> Un éminent juriste du 5<sup>ème</sup> siècle de l'Hégire.

<sup>337</sup> Al-Ghazali, *Al Mustasfa*, Vol 1, 1937, pp. 139-140.

<sup>338</sup> Al Chatibi, *Al Mofakat*, vol 1, p. 38.

<sup>339</sup> Hamadi al Obeidi, *Al Chatibi et les finalités de la Charia* (en arabe), 1<sup>ère</sup> éd. Beyrouth, Dar Kotaiba, 1992, p. 119.

<sup>340</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, Bruxelles, Editions Larcier, 2011, pp. 55-56.

<sup>341</sup> Tahir Bin Achour, *Les finalités de la Charia*, 1<sup>ère</sup> éd. Editions scientifiques Al Basa'ir, 1998, p. 171.

<sup>342</sup> Ahmad Al Rayssouni, *La théorie des finalités chez l'imam Al Chatibi*, 2<sup>ème</sup> éd. Dara Al alamiyya, 1992, p. 7.

Toutefois, la liste et les catégories des finalités ne sont pas exhaustives. Au contraire, elles évoluent avec le temps, la société et la nature de l'activité. Il y a d'autres finalités citées dans les textes sacrés ou déduits de ces textes par les jurisconsultes. C'est le cas des finalités en matière de transaction qui nous intéressent plus particulièrement ici. La religion musulmane a une vision positive de la richesse et du bien. L'enrichissement par le travail et l'effort licite est considéré comme un bienfait de Dieu, ainsi le Prophète dit : « Il n'y a rien de mauvais dans la richesse pour celui qui craint Allah »<sup>343</sup>. Si l'Islam encourage le travail, le commerce et le profit, il ne sacralise pas le bien et ne fait pas de lui la fin de l'existence. Au contraire, il lui donne sa juste valeur et le considère comme un moyen au service de l'homme et de la société et non pas l'inverse. Cela signifie que le bien n'est pas une fin en soi.

Dans le domaine des biens, on compte plusieurs finalités qui concourent tous à réguler les transactions des personnes en vue de leur assurer le bien-être général. La protection du bien constitue le but principal de la Charia dans ce cadre. De cette finalité globale découlent d'autres finalités plus particulières. On peut citer à cet égard : la préservation du bien contre la nuisance et la destruction illégale. Le Prophète a établi un principe fondamental : pas de mal (*la darara wala dirar*)<sup>344</sup>. Le droit musulman sanctionne toute violation portée au bien d'autrui. Il réprime strictement les actes illicites comme le vol, l'endommagement et la fraude. Ces actes sont sanctionnés aussi bien sur le plan religieux (péché) que sur le plan juridique (indemnisation et sanction pénale). L'Islam insiste également sur la nécessité de la circulation du bien entre le plus grand nombre de personnes. Cela empêche que la richesse soit concentrée entre les mains des riches. Dieu dit : « afin que ce butin ne soit partagé entre les seuls riches parmi vous »<sup>345</sup>. Pour atteindre cet objectif, l'Islam propose un programme à plusieurs facettes : encourager le commerce, atténuer le formalisme en matière de transactions commerciales en vue d'enlever les obstacles à la circulation des biens<sup>346</sup>, l'interdiction de la thésaurisation et de la riba, la mise en place d'un système d'aide sociale à travers la Zakat, les aumônes et les Wakfs.

La clarté représente une des finalités de la Charia en matière de biens. Elle consiste à avoir les biens de manière légitime, ce qui évite le conflit et assure la sécurité juridique. Ce

---

<sup>343</sup> Hadith rapporté par Ibn Majah (2141), l'imam Ahmad 5/272.

<sup>344</sup> Hadith rapporté par l'imam Ahmad dans son Moussnad, 326/5.

<sup>345</sup> Le Noble Coran, sourate Al Hashir (L'Exode), verset 7.

<sup>346</sup> Le Noble Coran affirme dans ce cadre : « N'omettez pas de mettre par écrit tout acte de prêt [...], à moins qu'il s'agisse d'une simple opération commerciale à vue, que vous réglez sur -le- champ, et auquel cas vous pouvez vous dispenser de la consigner par écrit ». Sourate Al Bakara, verset 282.

principe a des répercussions importantes dans le domaine des contrats. En effet, pour qu'il soit valide, le contrat doit déterminer de manière claire et nette les droits et les obligations des parties. Cette question a été organisée de manière détaillée dans le plus long verset du Coran<sup>347</sup>. Ceci témoigne de l'importance de la clarté dans la conception islamique des transactions.

A ces finalités vient s'ajouter celle de justice. Celle-ci consiste à acquérir et à transmettre la propriété des biens de manière équitable et dépourvue de toute injustice. Elle suppose aussi l'utilisation du bien conformément aux principes éthiques et religieux de l'islam. Dans les relations commerciales, les deux parties doivent répondre à cette exigence. Grâce à cela, la partie faible au contrat est mieux protégée, tout en respectant les droits de l'autre partie. En outre, la finalité de justice dans la matière financière proprement dit implique deux conditions : la répartition équitable des risques de l'opération, d'une part, et la répartition équitable des profits et des bénéfices de l'autre<sup>348</sup>. En effet, « le principe de ces opérations à titre onéreux est l'égalité entre les deux parties. Si l'une d'elles entraîne de l'aléa ou du *riba*, le contrat contient donc une injustice »<sup>349</sup>.

Cela étant dit, ces finalités de la Charia constituent l'arrière fond doctrinal des principes fondamentaux de la finance islamique.

### **§3. Objectifs de la finance islamique**

La finance islamique repose sur des valeurs et principes édictés par la révélation coranique. Elle tend à créer une société juste et équitable à travers la réalisation de deux types d'objectifs : les objectifs d'ordre général (**A**) et les objectifs d'ordre spécial (**B**).

---

<sup>347</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Bakara, verset 282.

<sup>348</sup> Pour plus de détails sur ce sujet voir, Moyedine Adnan Hajjar, « Regards sur le financement islamique d'après les finalités de la Charia », *Les Cahiers de la Finance islamique*, N°9, 2015, p. 15 ; Ez al din Ibn Zariba, *Les finalités de la Charia en matière économique* (en arabe), 1<sup>ère</sup> éd. Dar Al Nfa'ss, Aman, 2010, p. 107 et s ; Umer Chapra, *La vision islamique du développement à la lumière de Maqassid Al-Charia*, Institut islamique de recherches et de formation banque islamique de développement, Djeddah, sans date, p. 24.

<sup>349</sup> Ibn Taimyya, *Al Fatwa*, vol. 29, p. 107.

## A)- Objectifs généraux

L'objectif principal de la finance islamique ne peut pas être différent de celui de la religion musulmane elle-même et de ses finalités. Elle vise à réaliser la miséricorde pour l'humanité toute entière, comme le confirme le Coran : « Ô Muhammad ! Nous ne t'avons envoyé que comme miséricorde pour l'Univers »<sup>350</sup>, à assurer la justice et le bien-être humain universel. En vue de réaliser cet objectif, la finance islamique exige que tous les secteurs de la société fonctionnent conformément à l'impératif d'équité et de fraternité.

Dans cette optique, les objectifs généraux de la finance islamique peuvent être résumés de la manière suivante :

- La création d'une économie islamique indépendante à travers la mise en place d'un système financier propre et crédible qui reflète la spécificité culturelle du monde musulman. Cela permet également de renforcer l'indépendance de ce monde sur le plan politique, social et éducatif. Comme l'indique à juste titre André Martens, la finance islamique a donné aux pays musulmans la possibilité de « se démarquer de l'époque coloniale du XIXème siècle et de la première moitié du XXème, période durant laquelle domina, dans les pays concernés, le système [financier] occidental »<sup>351</sup>. Elle contribue à consolider l'unité économique du monde musulman à travers la collaboration entre les institutions financières qui sont implantées dans les différents pays musulmans.
- Faire face au système fondé sur la *riba*, qui est considérée en islam comme un grand péché, et les autres interdictions qui nuisent au principe d'équité.
- Réaliser la justice socio-économique à travers le développement des principes et mécanismes de la finance islamique (partage des pertes et des profits, interdiction du *gharar*, de la thésaurisation etc.).
- Réaliser le bonheur de l'individu par la satisfaction de ses besoins fondamentaux matériels et immatériels de manière juste et légitime.
- Résoudre les problèmes économiques et sociaux à travers la planification, le développement des énergies et des ressources humaines, l'exploitation des sources naturelles et économiques de manière qui permette de créer de la richesse et d'en

---

<sup>350</sup> Le Noble Coran, sourate Al Anbiya' (Les Prophètes), verset 107.

<sup>351</sup> André Martens, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », L'Actualité économique, vo. 77, n°4, décembre 2001, p. 479.

assurer sa distribution équitable entre les membres de la société. Les efforts doivent notamment tenir compte des nécessités et des besoins fondamentaux de l'individu et de la société<sup>352</sup>.

- Mettre l'ensemble des opérations économiques et financières (épargne, crédit, financement, consommation, échange etc.) dans un cadre conforme aux principes éthiques et finalités de la Charia<sup>353</sup>.
- Attirer les fonds inactifs et les orienter vers des projets d'investissement productifs et conformes à la morale islamique. En effet, avant l'apparition des institutions financières islamique, la plupart des musulmans préféraient garder leurs fonds inactifs pour ne pas les déposer dans des établissements financiers fondés sur des principes incompatibles avec leur moralité. Cette situation a conduit à l'existence des fonds improductifs et inutiles à l'économie et à la société<sup>354</sup>.

## **B)- Les objectifs spéciaux**

Les objectifs spéciaux varient en fonction du contexte social et de l'environnement normatif dans lequel la finance islamique fonctionne. Dans les systèmes intégralement islamisés, la finance islamique se tourne vers des objectifs essentiellement économiques, c'est-à-dire vers des objectifs consistant en la réalisation du profit à travers la collecte des fonds et le développement de la clientèle. En revanche, dans un système mixte, le but est de faire face à la concurrence de la finance conventionnelle en donnant une meilleure image de ses produits. En d'autres termes, elle tente de garantir sa survie dans un cadre légal et réglementaire défavorable. Dans ce cadre, les objectifs spéciaux revêtent trois dimensions : une dimension sociale, développementale et une dimension d'investissement. Ils sont de deux catégories : économiques (1) et non économiques (2).

---

<sup>352</sup> Saleh Ali, *Les institutions financières islamiques et leur rôle dans le développement économique et sociale*, 3<sup>ème</sup> éd. Dar al nwadr, p. 106.

<sup>353</sup> Mohamad Al Zouheili, *Les banques islamiques*, op. cit., p. 106.

<sup>354</sup> Mahmoud Babli, *Les banques islamiques, une nécessité impérative* (en arabe), 1<sup>ère</sup> éd, Beyrouth, Al maktab al islami, 1989, p. 191.

## 1)- Les objectifs économiques

En tant qu'institutions financières assumant la fonction d'intermédiation fondée sur le principe participatif, les établissements de la finance islamique ont des objectifs économiques multiples. D'abord, ils ont une mission de financement, puisqu'ils financent les différents secteurs économiques. Au cœur du système financier islamique, le financement est incontournable dans le développement des activités et des produits financiers islamiques. En effet, depuis le développement de la finance islamique, de nombreux projets ont été financés selon les mécanismes et les techniques de l'industrie financière islamique. Ces projets sont généralement de gros projets de construction d'infrastructure (autoroutes, centrales électriques, stations d'épuration d'eau, etc.)<sup>355</sup>.

Ensuite, ils reçoivent les dépôts et les font fructifier à travers les investissements afin de réaliser des profits qui puissent servir l'ensemble de la société. A cet égard, la banque islamique, institution fondamentale de l'architecture financière islamique, mène toutes les activités bancaires, à l'exception de l'opération à base d'intérêt<sup>356</sup>. L'importance de cet objectif tient au fait qu'il met en application pratique le principe islamique de la circulation des biens et de leur investissement. D'où l'importance de ce dernier dans les institutions financières islamiques dont le but est de réaliser le profit et de renforcer la compétitivité de la finance islamique sur le marché financier international. Force est de constater que l'investissement est considéré comme une obligation du point de vue islamique, car le principe en islam est la fructification des biens et l'interdiction de la thésaurisation. Si l'investissement est une obligation, les formes concrètes de sa mise en œuvre sont laissées à l'appréciation des hommes et varient selon l'époque et la société<sup>357</sup>. En outre, la finance islamique a pour objectif d'éviter l'inflation à travers la promotion d'un modèle participatif de financement et le maintien de l'équilibre monétaire. Enfin, en vue de suivre l'esprit du temps et d'être un moteur de promotion socio-économique, les institutions financières islamiques œuvrent à mettre en place de nouveaux montages de financement leur permettant d'être

---

<sup>355</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., pp. 81-82.

<sup>356</sup> Kaouther Jouaber-Snoussi, *La finance islamique*, op. cit., p. 28.

<sup>357</sup> Abdel Hamid Al Baali, *Les outils de financement et d'investissement dans les institutions financières islamiques*, op. cit., p. 47.

attractives sur le marché financier. Pour atteindre cet objectif, elles développent des services conformes aux besoins de tous les membres de la société<sup>358</sup>.

## 2)- Les objectifs non-économiques

Pour mieux comprendre la finance islamique et ses mécanismes de fonctionnement, il importe d'appréhender ses deux volets : le volet économique étudié précédemment et le volet non économique ou non lucratif. En effet, ces deux aspects concourent à forger l'édifice financier islamique en lui donnant son homogénéité et sa cohérence. Grâce aux règles régissant les activités économiques et non-économiques de la finance islamique, celle-ci devient un ordre structuré apte à réaliser les finalités de la Charia.

La dimension non lucrative de la finance islamique apparaît à travers plusieurs institutions et activités : la Zakat, le wakf (fondations pieuses), le *kard hassan* (prêt sans intérêt), les donations et les autres œuvres de charité. L'étude approfondie de telles institutions sort du cadre de notre recherche. On se limitera ici à étudier sommairement la place et l'importance de ces institutions dans le système financier islamique.

Si les activités purement économiques représentent le cœur et la priorité de la finance, l'économie ne peut pas se maintenir et se développer sur la seule base de ces activités. Pour assurer leur survie et leur prospérité, l'économie et la finance ont besoin des activités non-économiques. Celles-ci contribuent à la redistribution équitable de la richesse de manière à éviter la concentration du capital entre les mains d'une petite minorité avec toutes les conséquences que cela peut provoquer au niveau de la paix sociale. Cela permet également de réduire l'écart entre les riches et les pauvres<sup>359</sup>. En d'autres termes, les activités non-économiques participent assurément à la moralisation du système financier en l'inscrivant dans un cadre conceptuel qui lui donne essence et sens. Elles lui permettent de se détacher du matérialisme pur et dur. Dans cette perspective, la Zakat et les autres œuvres de charité (prêt sans intérêt, dons...) contribuent à réduire la pauvreté dans la société et par conséquent à ruiner les racines de la *riba*. En effet, tenter de supprimer la pratique de la *riba* sans que cela

---

<sup>358</sup> Abdelkarim Kandous, *L'ingénierie financière islamique : entre théorie et pratique* (en arabe), 1<sup>ère</sup> éd. Mo'ssat al rissalah, 2008, p. 117.

<sup>359</sup> Sami Souelm, *Introduction aux fondements de la finance islamique* (en arabe), 1<sup>ère</sup> éd. Markaz Nma', Beyrouth, 2013, p. 46.

soit accompagné d'une activation réelle des institutions non-lucratives conduit à la déviation de la finance islamique sur le plan théorique et pratique.

A la différence des autres systèmes économiques, le système islamique a une vision claire du lucratif et du non-lucratif. Il dessine avec précision les contours de chaque activité. Par exemple, le crédit ou prêt est une activité non lucrative ; il ne peut en aucun cas se transformer en activité lucrative sinon ce sera de la *riba*. De plus, pour compléter cette structure économique éthique, l'islam ordonne la Zakat et recommande vivement les autres œuvres de bienfaisance<sup>360</sup>. Celles-ci méritent une grande récompense par Dieu aussi bien dans ce monde que l'autre monde. En ce sens, le Prophète a affirmé : « Le croyant est dans l'ombre de son don (*sadaka*) le jour du jugement dernier »<sup>361</sup> ; « Celui qui a fait une *kard hassan* (prêt sans intérêt) est considéré comme si il a donné la moitié de ce *kard* » ; « Si le créancier accorde à son débiteur un délai supplémentaire afin qu'il puisse s'acquitter de sa dette, chaque jour supplémentaire correspond à un don (*sadaka*) »<sup>362</sup>.

En réalité, les institutions non lucratives sont à la base du système financier islamique. Une fois cette base troublée, la finance islamique sera dans l'impossibilité d'atteindre les objectifs pour lesquelles elle a été conçue. En outre, l'absence de ces activités vide la finance islamique de son contenu et aboutit à de nombreux dysfonctionnements théoriques et pratiques en le démarquant de ses principes initiaux.

L'importance des institutions financières islamiques dans le domaine non-lucratif réside dans les faits suivants :

- La réalisation de l'équilibre à travers le financement des projets dans tous les secteurs (santé, école, culture, social...). Ce qui va permettre de créer de nouveaux emplois et donc de baisser le chômage des jeunes<sup>363</sup> ;
- L'établissement d'un système économique libre et juste basé sur l'équilibre entre l'activité lucrative et l'activité non-lucrative à travers la diversification des services en vue de réaliser les finalités de la Charia<sup>364</sup> ;

---

<sup>360</sup> Sami Souelm, « Le devoir absent » (en arabe), <http://www.suwailem.net/NewsDetails/THE-OBLIGATORY-MISSING-20>

<sup>361</sup> Rapporté par l'imam Ahmad dans son Moussnad et authentifié par Al Albani.

<sup>362</sup> Hadith authentifié par Al Albani dans le Sahih, 86.

<sup>363</sup> Aouf Al Kfrawi, *Recherches dans l'économie islamique*, Mo'assat al thakafa al jamiyya, Alexandrie, 2000, p. 288.

- Le développement des ressources humaines puisque celles-ci sont considérées comme la source première de création de la richesse et du revenu. En islam, le capital seul ne peut pas produire de la richesse ; il faut l'association du travail et de l'effort, c'est-à-dire l'élément humain. La réalisation de cet objectif passe à travers la formation et la valorisation de la compétence et de l'expérience afin d'arriver à un niveau impeccable dans l'accomplissement des missions de finance islamique<sup>365</sup>.

#### §4. Efficacité de la finance islamique

Celle-ci s'explique dans une large mesure par les caractéristiques intrinsèques de la finance islamique ainsi que par ses modes de fonctionnement. En effet, la finance islamique repose sur une règle juridique fondamentale selon laquelle le profit ne peut être généré que par la propriété ou le travail. Cela signifie que ces deux facteurs sont à la base des revenus. Cette règle suppose que celui qui possède une chose possède aussi toute augmentation dans cette chose<sup>366</sup>. Cause légitime et objective, la propriété et sa continuité apparaissent comme la base de la rentabilité dans tous les contrats de financement islamique. C'est en ce sens que la finance islamique est qualifiée de « finance fondée sur les fonds »<sup>367</sup>. Cela différencie la finance islamique des autres types de financement basés sur l'exploitation. L'inscription de la finance islamique dans des activités économiques réelles a pour conséquence de réduire et contrôler la dette et d'orienter la finance vers la création de la valeur ajoutée et donc vers la croissance économique<sup>368</sup>. C'est ainsi que grâce au principe de partage des risques qui évite la vente des dettes, la pratique usuraire et encourage les opérations liées à l'économie réelle, que la finance islamique renforce son efficacité.

Par ailleurs, l'efficacité de la finance islamique tient à la nature du contrat puisque ce dernier est fondé sur l'échange des prestations réelles des parties. En effet, les prestations des parties sont différentes les unes des autres. Prenons l'exemple du contrat de vente en le

---

<sup>364</sup> Wahba Al Zouheili, *Les transactions financières islamiques contemporaines*, Dar Al fikr, Damas, p. 517.

<sup>365</sup> Abdelkarim Kandous, *L'ingénierie financière islamique : entre théorie et pratique* (en arabe), op. cit., p. 119.

<sup>366</sup> Nabil Boufleh et Abdallah Harssi, « La finance islamique comme méthode pour faire face aux défis de la crise financière mondiale », Conférence internationale sur la crise du système financier et l'alternative de la finance islamique, Université d'Abdel Alkader des sciences islamiques, 2009.

<sup>367</sup> Mounzer Khohf, *Les fondamentaux de la finance islamique*, op. cit., p. 59.

<sup>368</sup> Saleh Salhi, *L'efficacité financière des instruments d'investissement et de financement islamique. Introduction comparative avec la finance conventionnelle* (en arabe), Conférence sur la crise économique et financière mondiale, Université Farhat Abbas, Algérie, 2009.

comparant à celui de prêt tel qu'il est conçu dans la finance conventionnelle. A la différence de la vente, le prêt ne produit pas une valeur ajoutée en raison de l'identification des prestations contractuelles. Le but du prêt est de trouver une liquidité pour l'emprunteur. C'est pourquoi ce dernier a besoin d'un autre contrat pour répondre à ces besoins. Cela montre bien que le prêt n'est qu'un moyen de vente et que le financement vise à faciliter les échanges économiques. Par contre, la Charia exige la coïncidence entre le financement et l'échange et la production dans un contrat unique en vue de réaliser l'intérêt des deux parties (*salam, Istisnaa, ijara, mourabaha...*), ce qui donne aux opérations de finance islamique une plus grande efficacité<sup>369</sup>.

Etant fondée sur l'équation du financement et de l'échange et de la production, la finance islamique apparaît non seulement efficace, mais aussi capable de s'adapter à l'esprit du temps en proposant des produits et des instruments nouveaux et diversifiés. Cette efficacité ne se limite pas à la période de formation du contrat. Mais elle s'étend à la période post-contractuelle. En effet, à la différence de la finance classique, la finance islamique n'accepte pas les intérêts moratoires. En ce cas, le créancier n'a aucun intérêt que son débiteur tarde dans le règlement de sa dette, ce qui lui incite à recouvrer au plus vite possible son dû en vue d'un nouvel investissement en application du principe de circulation des biens. Cela se démarque nettement de la finance conventionnelle dans laquelle le créancier à tout intérêt que son débiteur ne règle pas dans le délai prévu.

Il en résulte que l'efficacité de la finance islamique réside dans l'élargissement du champ de la vente (en droit musulman le principe est la licéité de la vente), l'interdiction du prêt à intérêt. En droit musulman, le seul prêt légitime est le prêt sans intérêt dans le domaine non-économique (*kard hassan*). Cet élargissement du champ de la vente conduit à l'augmentation de la productivité et de la richesse, ce qui n'est pas le cas avec le prêt à intérêt<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Sami Souelm, *Introduction aux fondements de la finance islamique* (en arabe), p. 102.

<sup>370</sup> Ibid. pp. 102-108.

## §5. Le contrôle de conformité à la Charia

Le contrôle chariatique représente l'un des piliers fondamentaux de l'industrie financière islamique. Il est à la finance islamique ce qu'est l'esprit au corps humain. L'introduction de ce contrôle contribue fortement à singulariser la finance islamique et reflète son identité propre et le degré de sa conformité aux principes et règles de la Charia. Il s'agit d'un organe obligatoire puisqu'une banque ne peut pas faire partie de l'Association Internationale des Banques Islamiques si elle ne dispose pas d'un comité de la Charia. Dans ce cadre, nous allons étudier la configuration du contrôle chariatique (A) avant d'aborder ses missions (B).

### A)- Configuration et forme du contrôle

Etant donné le caractère récent de la finance islamique, la configuration et la forme du contrôle chariatique varie d'un pays à l'autre et d'une institution à l'autre. De manière générale, on peut distinguer les formes principales suivantes :

- Une structure centrale indépendante au sein de la banque centrale. Chargée de contrôler les activités et les opérations de toutes les banques islamiques, cette institution supervise les activités des comités de la Charia institués dans chaque banque islamique<sup>371</sup>. Ce modèle se trouve en Malaisie<sup>372</sup>.
- Un comité de la Charia indépendant de toutes les banques islamiques et détaché de la banque centrale<sup>373</sup>. C'est le cas du comité suprême de la *fatwa* et du contrôle chariatique de l'Union Internationale des Banques Islamiques. Celui-ci se charge de l'orientation et du conseil des comités de la *fatwa* des banques islamiques membres de l'Union<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> Mohamad Raboui, *La banque centrale dans le système bancaire islamique* (en arabe), La commission suprême pour l'application de la Charia, Aldiwan Al amiri, Le Koweït, 1993, p. 49.

<sup>372</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 125.

<sup>373</sup> Faysal Abdelaziz Farah, *Le comité de la Charia : le cadre juridique* (en arabe), Conférence Les innovations islamiques en matières de banques islamique, 1994, p. 8.

<sup>374</sup> Mahmoud Babli, *Les banques islamiques : une nécessité absolue*, op. cit., p. 271.

- Un comité de la Charia indépendant institué dans un ensemble de banques islamiques mais détaché de la banque centrale. Il en est ainsi du comité de la Charia du groupe Baraka<sup>375</sup>.
- Un comité de la Charia indépendant institué au sein d'une banque mais relié à l'Assemblée générale des actionnaires<sup>376</sup>. Il se charge du contrôle et de l'émission des *fatwas*. Ce modèle se trouve dans la banque de Fayssal islamique au Soudan<sup>377</sup>.
- Un comité de la Charia indépendant et détaché de l'Assemblée des actionnaires. Il est composé de membres chargés de la *fatwa*, de la consultation, de la vérification et du contrôle et de la poursuite. C'est le cas du comité de la *fatwa* et du contrôle chariatique du Kuwait Finance House<sup>378</sup>.
- Un conseiller uniquement chargé de la consultation<sup>379</sup> (La banque islamique jordanienne)<sup>380</sup>.
- Un contrôleur charii dans chaque administration ou section dans la banque (La banque Tadamon au Soudan)<sup>381</sup>.
- Un contrôleur charii unique à compétence générale (contrôle, consultation, vérification) pour toute la banque. C'est le cas de la banque de financement égypto-saoudienne<sup>382</sup>.

La désignation des conseillers et des membres des comités de la Charia varie d'un pays à un autre et d'une institution à une autre. De plus, les règlements de la plupart des banques islamiques ne précisent pas les modalités de désignation des membres. Mais la désignation se fait dans l'immense majorité des cas soit par une décision du conseil d'administration, soit par une décision de l'assemblée générale. Les réglementations

---

<sup>375</sup> Mohamad Al Katan, *Le contrôle chariatique dans les institutions financières islamiques* (en arabe), 1<sup>ère</sup> éd. Dar al nahda, 2004, p. 15.

<sup>376</sup> Mahmoud Abdel Bari, « Le contrôle chariatique dans les banques islamiques » (en arabe), *Revue de l'économie islamique*, N°188, décembre 1996, p. 44.

<sup>377</sup> Banque Fayssal islamique, *Fatawa du comité de la Charia*, 1982, p. 14.

<sup>378</sup> Ahmad Bouzie' Al Yassin, « Le comité de la *fatwa* : un pilier fondamental, *Majlat al nour* » (en arabe), Kuwait Finance House, N°149, 1997, p. 25.

<sup>379</sup> Anfel Boudjelal, « repenser le contrôle chariatique des opérations bancaires et financières islamiques », *Les cahiers de la finance islamique*, N° 7, 2014, p. 35

<sup>380</sup> Salah, « Jordan : The experience of the Jordan Islamic Bank, in Rodeny Wilson, *Islamic finance Market*, London, Routledge, 1990, p. 103.

<sup>381</sup> Fares Abo Moamar, *L'impact du contrôle chariatique et son indépendance des transactions des banques islamiques* (en arabe), Le banque islamique jordanienne, 1994, p. 34.

<sup>382</sup> Mohamad Al Katan, *Le contrôle chariatique dans les institutions financières islamiques*, op. cit., p. 18.

relatives aux institutions islamiques privilégient généralement cette dernière option<sup>383</sup>. Ce choix a cet avantage de garantir aux membres une plus grande indépendance dans l'exercice de leur mission, ce qui n'est pas le cas si les membres sont désignés par le conseil d'administration.

S'agissant du nombre des membres du comité de la Charia, les standards proposés par l'AAOIFI (*Accounting and Auditing Organizations for Islamic Financial Institutions*)<sup>384</sup> prévoient qu'un comité de la Charia doit être composé au moins de trois membres ; ils interdisent la présence au sein du comité d'un directeur de l'institution financière ou d'un actionnaire influent. Concrètement, les institutions financières les plus importantes ont des comités composés de 6 membres (Al Rajhi, Kuwait Finance House), voire 7 membres (Qatar Islamic Bank), la plupart ont un conseil comportant 4 membres, mais certaines grandes banques islamiques (Dar Al Maal Al Islami Trust) ont un conseil ne comportant que 3 membres<sup>385</sup>.

Les membres des comités doivent être des spécialistes de la Charia, c'est-à-dire des Oulémas. Dans cette optique, Al Baali<sup>386</sup> considère que le membre d'un comité de la Charia doit être un moujtahid. Cette qualité exige la réunion d'un certain nombre de conditions :

- bien connaître les principes fondamentaux de la Charia ;
- maîtriser la langue arabe ;
- avoir une connaissance approfondie en matière d'interprétation du Coran et de la Sunna ;
- bien maîtriser les normes et règles de la jurisprudence ;
- connaître les questions faisant l'objet d'un consensus ;
- obtenir l'approbation des autres moujtahids<sup>387</sup>.

Certains ajoutent d'autres conditions, un membre du comité de la Charia doit avoir une bonne connaissance en matière économique, financière, comptable et juridique. Ceux qui maîtrisent l'une de ces compétences à côté de la jurisprudence islamique ont la priorité

---

<sup>383</sup> Mohamed Ouldsass, « Les Comités de la Charia : historique, constitution et pouvoir », [http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/Article\\_Mohamed\\_BAchir\\_Le\\_SB\[2010\].pdf](http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/Article_Mohamed_BAchir_Le_SB[2010].pdf).

<sup>384</sup> Organisation basée au Bahreïn.

<sup>385</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 125.

<sup>386</sup> Ancien président du haut comité de supervision de la Charia et de la *fatwa* de l'Union internationale des banques islamiques.

<sup>387</sup> Abdelhamid Al Baali, *L'introduction aux banques islamiques* (en arabe), Le Caire, 1983, p. 155 et s.

pour être nommés au sein des comités<sup>388</sup>. Dans la pratique, les membres de la plupart des comités de la Charia sont des juristes ayant généralement des formations spécialisées dans la Charia dispensées dans des établissements comme Al Azhar en Egypte, Al Zaitouna en Tunisie, The Charia College and Law Faculty de l'Université du Koweït, l'Université de Damas<sup>389</sup>. Si l'émission des avis religieux suppose une connaissance approfondie des sources et règles de la loi islamique, des aptitudes en sciences modernes sont indispensables pour mener à bien les missions dévolues à ces conseils. A ce titre, le Cheikh Zakaria Seddiki<sup>390</sup> souligne que : « les personnes désirant être membre d'un [comité de la Charia] doivent, en sus de leur érudition concernant les sources et les fondements du droit musulman, maîtriser les techniques de *fatwa* et posséder des connaissances suffisantes dans le domaine de la finance conventionnelle »<sup>391</sup>. Avec le développement de la finance islamique, on exige de plus en plus la double compétence, le comité tend à intégrer en son sein des Oulémas et des experts en sciences modernes. Le profit à double compétence tend donc à devenir la règle. Cela rompt avec la pratique ancienne qui consiste à désigner les membres des comités parmi les seuls Oulémas. Cette nouvelle configuration renforce sans doute l'efficacité des comités de la Charia qui ne se limitent plus à invalider ou à rejeter les produits soumis à leur contrôle. Ils proposent des solutions nouvelles tout en orientant les institutions vers les bons choix. Cette articulation croissante entre le religieux et le financier contribue assurément à la rénovation et à l'amélioration des produits et services de la finance islamique.

## **B)- Rôle et mission de l'organe de contrôle**

Le rôle de l'organe de contrôle est de passer en revue et de superviser les activités des institutions financières islamiques pour assurer leur conformité avec les règles et principes de la Charia. Il a essentiellement un double rôle : le contrôle et l'émission des *fatwas* (avis religieux). A travers ces deux instruments, le comité de la Charia peut valider et certifier les

---

<sup>388</sup> Ajil Al Nashmi, «Le développement de la structure du contrôle de conformité et ses mécanismes », Conférence des comités de la Charia des institutions financières islamiques, Bahreïn, 2002, p. 6.

<sup>389</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 126.

<sup>390</sup> « Cheikh Zakaria Seddiki est membre de l'Union Internationale des oulémas et président de l'ACERFI qui est un comité d'Audit, de Conformité Ethique et de Recherche en Finance islamique, créée à Paris en 2008. Exerçant sous forme d'organe collégial indépendant, ACERFI est le premier Sharia Bord francophone ».

<sup>391</sup> Cité par Mohamed Ouldsass, « Les Comités de la Charia : historique, constitution et pouvoir », [http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/Article\\_Mohamed\\_BAchir\\_Le\\_SB\[2010\].pdf](http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/Article_Mohamed_BAchir_Le_SB[2010].pdf).

contrats et transactions des institutions islamiques. Pour atteindre cet objectif, il sera amené à définir le cadre de conformité avec les principes de la Charia et veille à sa mise en œuvre. Il doit aussi procéder à des vérifications des activités entreprises par les institutions, des procédures et la documentation qui les accompagnent. Il est également chargé de la publication chaque année des résultats de ses investigations. Lors du lancement de nouveaux produits, ces derniers doivent obtenir l'approbation du comité qui émettra si nécessaire une *fatwa* ou une décision<sup>392</sup>. Le comité de la Charia est donc le garant de la conformité de l'institution financière islamique aux principes de la loi islamique. Il œuvre à l'application de la loi islamique dans les transactions financières contemporaines. C'est à la fois une tâche importante et difficile qui nécessite des compétences particulières<sup>393</sup>. En même temps, il participe à la création d'un environnement de confiance auprès d'une clientèle sensible à la notion de légitimité religieuse.

D'après Geneviève Causse-Broquet, le comité de la Charia doit vérifier que les opérations et les activités sont licites mais également, conformément à la théorie économique islamique, que les institutions financières islamiques ont accompli correctement leur missions, notamment qu'elles ont respecté les contrats dans lesquels elles se sont engagées, et que les opérations sont créatrices de richesses pour le client et pour la société<sup>394</sup>.

Concernant la forme du contrôle du comité de la Charia, elle prend généralement trois formes : avant, durant et après l'exécution de l'opération. Le contrôle *a priori* consiste à transmettre par l'institution financière au comité de la Charia les projets, les opérations à entreprendre et les procédures et la documentation qui les accompagnent. Durant la période d'exécution, le comité s'assure de la conformité des opérations d'exécution à l'avis qu'il avait donné. Le contrôle *a posteriori* vise à vérifier l'ensemble des contrats et activités achevés et le degré de leur conformité aux préceptes de la Charia<sup>395</sup>.

Force est de constater que les évolutions récentes ont une influence sur le rôle et les missions dévolues aux comités de la Charia. En effet, désormais le comité assume d'autres rôles qui visent à renforcer les institutions financières islamiques à travers la mise en place d'un système de référence pour ces institutions. A cet égard, le comité prépare des études et

---

<sup>392</sup> Kaouther Jouaber-Sanoussi, *La finance islamique*, op. cit., pp. 35-36.

<sup>393</sup> Ajil Al Nashmi, «Le développement de la structure du contrôle de conformité et ses mécanismes », Conférence des comités de la Charia des institutions financières islamiques, op. cit., p. 7.

<sup>394</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 125.

<sup>395</sup> Ajil Al Nashmi, «Le développement de la structure du contrôle de conformité et ses mécanismes », Conférence des comités de la Charia des institutions financières islamiques, op. cit., p. 35 et s.

recherches, propose des stages et des formations spécialisées et organise des conférences régulières rassemblant les membres des comités en vue d'échanger et de partager leur expérience sur les sujets intéressant la finance islamique. Il procède également à la publication périodique de ses œuvres.

Dans l'exercice de sa mission de garant de la conformité des activités financières islamiques aux principes de l'islam, le comité de la Charia est confronté au problème de manque de jurisprudence en matière religieuse. C'est toute la question des règles de référence qui se pose ici. Quelles sont les règles de référence par rapport auxquelles le comité de la Charia apprécie la validité éthique et religieuse des opérations de l'institution financière islamique ? De manière générale, le comité a des difficultés à s'instaurer du fait de l'existence d'interprétations différentes. La tâche est d'autant plus compliquée qu'on se trouve parfois dans des pays où les règles chariatiques n'ont pas été formalisées, ce qui est le cas général. Dans les pays où les règles ont été codifiées, comme le Pakistan, le Soudan et l'Iran, leur respect est assuré par le conseil de la Charia. Celui-ci vérifie que ces règles ont bien été respectées. Ainsi, en Malaisie, un conseil de la Charia a été institué au niveau de la banque centrale. En effet, ce conseil a pour mission d'élaborer les règles de référence. A l'inverse, dans les autres pays comme les pays du Golfe par exemple, les comités assurent leur mission à travers plusieurs étapes : la première étape consiste à mettre en place un cadre de référence. La seconde étape réside dans l'examen de la licéité de l'opération. La dernière étape est la vérification du respect des avis formulés<sup>396</sup>.

Pour résoudre ce problème, il semble nécessaire que les comités de la Charia, dans les pays où les règles ne sont pas encore formalisées, prennent en considération les *fatwas* et décisions de l'Académie internationale du Fiqh, ainsi que les standards de l'AAOIFI. Si le recours à la jurisprudence de l'Académie se justifie par le fait qu'elle présente aujourd'hui la forme la plus élaborée et institutionnalisée de l'ijtihad collectif, sa jurisprudence est le fruit d'un effort scientifique approfondi. Cette institution comporte d'éminents juristes issus de différents pays musulmans. La référence à l'AAOIFI s'explique par le fait que cet organisme repose à la fois sur le droit musulman et les acquis modernes et que ses standards ont été reçus favorablement par l'immense majorité des Oulémas. Cela contribue à l'harmonisation des positions et à l'enclenchement d'un processus d'homogénéisation.

---

<sup>396</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 127.

S'agissant de la valeur des décisions des comités de la Charia, Mohammad Bahjat affirme que la plupart des réglementations prévoient une valeur consultative à ces décisions. Ce qui signifie qu'elles sont dépourvues d'une force obligatoire<sup>397</sup>. Mais concrètement, l'autorité morale des comités est tellement forte qu'il est inimaginable qu'une institution financière islamique puisse méconnaître une décision d'un comité de la Charia sans se risquer de compromettre son image en se lançant dans des activités déclarées illicites par une *fatwa*. En effet, le pouvoir symbolique du comité de la Charia dépasse largement le cadre formel pour investir l'ensemble du secteur. En 2008, la publication par l'un des membres des comités de la Charia d'une *fatwa* déclarant la non-conformité de certaines procédures d'émission des Sukuks a troublé le marché de ces titres « islamiques ». En 2009, une *fatwa* de l'Académie de Fiqh a provoqué une forte perturbation sur le marché de crédit à la consommation, en déclarant illicite les opérations de financements dits « *tawarrouq* organisé » pratiquées par certaines banques islamiques des pays du Golfe<sup>398</sup>. Ces exemples montrent bien que c'est le pouvoir moral qui prédomine en la matière. Ils soulignent l'importance des comités de la Charia et leur rôle dans la régulation des activités de l'institution financière islamique.

## Chapitre 2. Une finance basée sur des mécanismes islamiques singuliers

L'industrie financière islamique repose sur un certain nombre de mécanismes qui concourent à la singulariser par rapport à la finance conventionnelle. Ces mécanismes sont très variés. A cet égard, on peut distinguer trois types de mécanismes : chacun ayant son fondement propre qui lui donne une existence particulière et un régime juridique bien déterminé. Il s'agit des mécanismes fondés sur le principe participatif (**Section 1**), des mécanismes basé sur la technique de la vente (**Section 2**), et enfin des mécanismes qui s'appuie sur la location (**Section 3**).

---

<sup>397</sup> Mohammad Bahjat, « Vers des standards du contrôle de la Charia dans les banques islamiques », Revue de l'économie islamique, vol 3, N°3, 1994, p. 15.

<sup>398</sup> Mohamed Ouldsass, « Les Comités de la Charia : historique, constitution et pouvoir », [http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/Article\\_Mohamed\\_BAchir\\_Le\\_SB\[2010\].pdf](http://www.acerfi.org/user-res/fichiers/Article_Mohamed_BAchir_Le_SB[2010].pdf).

## **Section 1. Les modes de financement participatif**

A la différence de la finance conventionnelle qui repose dans sa globalité sur l'intérêt, la finance islamique s'appuie sur un tout autre principe : la participation. En effet, le principe participatif constitue un pilier majeur de cette finance. Il s'agit d'un instrument qui conditionne presque toutes les opérations financières islamiques. Il suppose le partage des profits et des pertes entre les parties au projet financé. Les modes de financement basés sur ce principe peuvent prendre deux formes principales : la *moudaraba* (§1) et la *moucharaka* (§2).

### **§1. La *moudaraba***

Principale technique participative de financement islamique, la *moudaraba* traduit dans la vie financière le grand principe islamique selon lequel l'argent n'a de valeur que s'il est associé à un effort, à un travail et à un savoir-faire. Il s'agit d'une forme d'association entre le capital financier d'une part et le travail d'autre part. Concrètement, cet instrument permet de faciliter les opérations financières entre un investisseur (qui ne possède pas la compétence nécessaire pour gérer son capital par lui-même) et un entrepreneur (professionnel ou expert qui n'a pas la capacité financière pour investir ou pour créer une entreprise). Elle est parmi les techniques de financement les plus utilisées par les institutions financières islamiques. Car elle permet non seulement de faire fructifier l'argent et de produire des profits, mais aussi d'exploiter les ressources humaines et les compétences créatives. Pour mieux comprendre la nature de cet instrument, il convient d'étudier tout d'abord son cadre juridique général (A) puis sa pratique dans les institutions financières islamiques modernes (B).

#### **A)- Le cadre juridique général de la *moudaraba***

L'étude du cadre juridique général de la *moudaraba* suppose que l'on se penche successivement sur sa définition (1), sa légitimité (2), ses conditions de validité (3).

## 1)- Définition de la *moudaraba*

Il existe deux types de définitions de la notion de *moudaraba* : une définition littérale et une définition technique ou juridique.

Littéralement, le terme « *moudaraba* » provient du mot « *daraba* » sur terre qui signifie voyager dans cette terre. Dieu dit à cet égard : « Lorsque vous êtes en déplacement, rien ne s'oppose à ce que vous abrégiez la prière »<sup>399</sup>. *Daraba* peut aussi désigner le fait de parcourir la terre en vue de pratiquer le commerce ou de rechercher des moyens de subsistance<sup>400</sup>. Ce sens se trouve comme dans le verset : « que d'autres parcourent la terre à la recherche des bienfaits de Dieu »<sup>401</sup>.

On utilise parfois le terme « *kirad* » pour exprimer le même sens que le mot « *moudaraba* ». Le terme « *kirad* » est dérivé du mot « *al qata'* » qui désigne le fait de prendre une partie de son capital par le propriétaire et de le confier à une autre personne pour faire le commerce et partager le profit réalisé selon un accord préalablement établi<sup>402</sup>. L'origine de cette distinction tient au fait que le mot *kirad* est utilisé en Irak, alors que les habitants d'Al Hijaz utilisent le concept « *kirad* » au lieu de « *moudaraba* »<sup>403</sup>. L'Imam al Nawawi a utilisé simultanément ces deux termes dans son ouvrage « *Al Manhaj* »<sup>404</sup>.

Juridiquement, les jurisconsultes musulmans ont tenté de définir la *moudaraba*. Dans cette perspective, le jurisconsulte Hanafite El Marghinani nous donne la définition suivante : « *Moudaraba* est un contrat d'association entre le capital d'une part et le travail d'autre part ». Il ajoute que « le but de cette association est de partager les bénéfices en fonction du capital fourni par l'investisseur et du travail entrepris par l'entrepreneur »<sup>405</sup>. Selon le juriste Malékite Khalil, le *kirad* est une procuration pour investir un capital tout en partageant les profits dégagés<sup>406</sup>. Par procuration, on entend le fait que l'investisseur (*rab al mal*) mandate un entrepreneur (*moudarib*) en lui donnant son capital qui peut être de l'or, de l'argent, ou d'autres moyens monétaires pour qu'il l'investisse dans un projet commercial afin de récolter des bénéfices. D'après le juriste Chaféite Al Ramli, *al kirad (moudaraba)* est l'apport d'un

<sup>399</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa' (les Femmes), verset 101, Nouvelle traduction française du sens de ses versets par Mohammed Chiadmi, Editions Tawhid, Lyon, 2007.

<sup>400</sup> Hassan Alamin, *La moudaraba chariatique et ses applications modernes* (en arabe), 2<sup>ème</sup> éd. 1993, p. 19.

<sup>401</sup> Le Noble Coran, Sourate El Muzzammil, verset 20.

<sup>402</sup> Al Kornati, *Al kawanin al fighiyya*, p. 279.

<sup>403</sup> Ibn Koudama, *Al Moughni*, vol.5, p. 135.

<sup>404</sup> Al Nawawi, *Charh al mouhazab*, vol 14, p. 358.

<sup>405</sup> El Marghinani, *El Hidayah. Charh Bidaiyat al Mouhtadi*, tome 7, p. 58.

<sup>406</sup> Al Darir, *Al Charh Al Kabir Hachiat Al Dessouqi*, p. 517.

montant pour une personne qui va l'investir dans le commerce, et les bénéfices seront partagés entre les deux parties<sup>407</sup>. La même définition se retrouve chez le Cheikh Al Khatib<sup>408</sup>. De même, le juriste Hanbalite Ibn Qudama l'a défini comme « une association du corps (effort) et de l'argent qu'on appelle également '*al kirad*' et qui signifie qu'une partie (propriétaire) donne de l'argent à l'autre partie (entrepreneur) afin de l'investir dans le commerce à condition de partager les bénéfices entre les deux parties selon un accord fixé à l'avance »<sup>409</sup>.

A la lecture de ces définitions, on constate que les différentes écoles juridiques islamiques (Madaheb) adoptent une conception très proche de la *moudaraba*. Mais une différence existe entre elles quant à la qualification juridique du contrat de *moudaraba*. En effet, les Hanafites, les Hanbalites et certains Chaféites considèrent le contrat de *moudaraba* comme une association (Charikat), alors que d'autres Chaféites et certains Malékites la considèrent comme un contrat de location (*ijara*)<sup>410</sup>.

L'interprétation la plus conforme à l'esprit de l'institution consiste à dire que la *moudaraba* est un contrat d'association puisque l'investisseur (*rab al mal*) apporte son argent et l'entrepreneur contribue par son travail, son effort et expertise, dans le but de partager entre eux les profits dégagés. En effet, les deux parties s'associent dans la répartition des gains et des pertes. Cela signifie que si le projet est fructueux, les deux parties partagent les gains dégagés. En cas de perte, elles assument également les conséquences d'une telle perte : l'investisseur perd son capital et l'entrepreneur perd son effort et son travail. De plus, comme l'indique Ibn Qaim Al Jaoziyya<sup>411</sup>, la *moudaraba* se différencie de l'*ijara* par le fait que ni le travail, ni le profit ne sont déterminés d'avance.

Actuellement, la définition communément admise consiste à dire que la *moudaraba* est un contrat d'association entre deux parties en vertu duquel l'investisseur (*rab al mal*) fournit le capital et l'entrepreneur (*rab al 'amal*) apporte son travail et son expertise en vue de faire fructifier ces fonds, dans une opération conforme à la Charia. En cas de profit, le *moudarib* est rémunéré pour son travail et son expertise, le *rab al mal* pour son apport en capital. La rémunération se fait selon la proportion fixée dans le contrat. Elle intervient après

---

<sup>407</sup> Al Ramli, *Nihayat Al Mouhtaj fi Charih Al Minhaj*, tome 3, Dar al koutb, Beyrouth, p. 220.

<sup>408</sup> Al Khatib Al Charbini, *Moughni Al Mouhtaj*.

<sup>409</sup> Ibn Qudama, *El Moughni*, tome 5, p. 109.

<sup>410</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2014, p. 98.

<sup>411</sup> Ibn Qaim Al Jaoziyya, *Alam Al Moukyin*, tome 1, p. 384.

retenue de frais de gestion par le *moudarib* et le remboursement du capital au *rab al mal*. En cas de perte, l'un perd le fruit de son travail, l'autre ses fonds, sauf s'il s'agit d'une négligence de gestion. La perte est assumée par l'entrepreneur<sup>412</sup>.

## 2)- La légitimité de la *moudaraba*

La pratique de la *moudaraba* remonte à la période préislamique. Il s'agit d'un instrument financier fréquemment utilisé par les Arabes avant la révélation islamique. En effet, le Prophète l'a pratiqué avant sa prophétie puisqu'il s'était associé à Khadija, une femme d'affaire en investissant son argent en Syrie (Bilad al Cham) et moyennant une part des bénéfices qu'il retirait des ventes<sup>413</sup>. Comme l'islam est révélé pour compléter les bonnes pratiques, il a validé et même encouragé la *moudaraba*.

En droit musulman, la *moudaraba* tire sa légitimité des sources scripturaires et de l'*ijma'*. On ne trouve pas de versets explicites relatifs à la *moudaraba*. Mais certains estiment qu'elle est implicitement mentionnée dans quelques versets. A cet égard, on cite les versets suivants : « et d'autres qui voyageront sur la terre, en quête de la grâce d'Allah »<sup>414</sup> ; « Ce n'est pas un péché que d'aller en quête de quelque grâce de votre Seigneur. Puis, quand vous déferlez depuis Arafat, invoquez Allah »<sup>415</sup> ; « Puis quand la Salat est achevée, dispersez-vous sur la terre, et recherchez de la grâce d'Allah, et invoquez beaucoup Allah afin que vous réussissiez »<sup>416</sup>. Dans son interprétation de ce verset, Al Qortobi affirme que Dieu a autorisé l'homme à parcourir la terre en vue de la recherche des moyens de subsistance et du commerce<sup>417</sup>.

S'agissant de la Sunna, la licéité de la *moudaraba* repose sur le hadith suivant : « trois actes sont bénis : une vente disposant d'un délai, al mouqarada et le mélange du blé et l'orge pour la consommation et pour la vente »<sup>418</sup>. En outre, il est bien établi, comme nous venons de le rappeler, que le Prophète a pratiqué la *moudaraba* avant sa prophétie en investissant l'argent de sa première épouse Khadija dans des opérations commerciales en Syrie (Al

---

<sup>412</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2<sup>ème</sup> éd. RB Edition, Paris, 2012, p. 51.

<sup>413</sup> Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse de droit, Université de La Rochelle, 2011, p. 112.

<sup>414</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Muzzammil, verset 20.

<sup>415</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Bakara, verset 198.

<sup>416</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Jumua, verset 10.

<sup>417</sup> Al Qortobi, *Al Jam'i la ahkam al quran*, Chapitre 18, p. 108.

<sup>418</sup> Hadith rapporté par Ibn Maja avec une autorité faible.

Cham)<sup>419</sup>. Après sa prophétie, le Prophète a approuvé cette pratique qui était répandue à cette époque en l'intégrant au corpus de la Charia<sup>420</sup>. C'est ce qu'on appelle la Sunna al *takririyya* (approbative).

La légitimité de la *mouadaraba* est fondée également sur l'ijma', c'est-à-dire sur le consensus de la communauté islamique. En effet, toutes les générations de la communauté islamique ont pratiqué la *mouadaraba* et personne ne l'a désapprouvée. Ce qui confirme la licéité de cette pratique. Selon Al Sarkhassi, la légalité de la *mouadaraba* repose sur le Coran, la Sunna et l'ijma'<sup>421</sup>. De son côté, Ibn Al Monzer affirme que les savants de l'islam étaient tous d'accord sur la licéité de la *mouadaraba*<sup>422</sup>.

A côté de ces sources religieuses, force est de constater que la légitimité de la *mouadaraba* s'appuie également sur la nécessité et l'utilité. Imaginons la situation d'une personne qui détient un capital, mais n'a pas de connaissance dans le domaine commercial, et celle qui est compétente dans ce domaine, mais n'a pas la capacité financière. Grâce à la *mouadaraba*, ces deux personnes peuvent s'associer dans un projet qui puisse être bénéfique pour les deux parties. Il apparaît clairement que ce mécanisme contribue à la complémentarité des rôles entre les membres de la société, quelle que soit leur situation. Pauvres et riches peuvent travailler ensemble pour le développement économique et le progrès social de la collectivité.

Ainsi, la raison d'être ou la licéité de la *mouadaraba* réside dans plusieurs éléments : son utilité pour les individus et la société ; sa conformité avec les règles et principes de la Charia ; son rôle dans la circulation des biens et leur fructification, la promotion de la valeur du travail et l'exploitation des énergies matérielles et intellectuelles, l'application du principe islamique de partage des profits et des pertes et la réalisation de l'équilibre et de l'équité entre les parties contractantes. Au-delà de ces considérations « positives », on peut ajouter aussi que la *mouadaraba* ne comporte pas de dommage ou d'effets négatifs pour la société.

---

<sup>419</sup> Ibn Hicham, *La vie du Prophète* (En arabe), tome 1, p. 203.

<sup>420</sup> Ez Al Din Khojah, *La mouadaraba chariatique* (al kirad), 1<sup>ère</sup> éd. 1993, p. 17.

<sup>421</sup> Al Sarkhassi, *Al Mabssout*, tome 12, p. 18.

<sup>422</sup> Cité par Al Nawawi, *Al Majmou'*, tome 14, p. 359.

### 3)- Les conditions de validité

La formation du contrat de *moudaraba* doit respecter plusieurs conditions qui concernent principalement les parties contractantes (associés) (a), le capital fourni (b), les bénéfices (c) et le travail (d).

#### a)- Les parties contractantes

Les parties contractantes sont l'investisseur (*rab al mal*) et l'entrepreneur (*rab al 'amal*) ou ce qu'on appelle le « *moudarib* ». Comme dans les autres contrats, les parties doivent remplir certaines conditions. Ce sont les mêmes que l'on a étudiées dans la partie consacrée aux conditions de validité du contrat en droit islamique. Les juristes ont exigé des deux parties la capacité pour la procuration ou le mandat. Cette exigence s'explique par le fait que la *moudaraba* en droit musulman porte la signification du mandat accordé par l'investisseur au profit de l'entrepreneur afin qu'il puisse s'en servir. Dans ce cadre, le mandant et le mandataire doivent être sains et raisonnables ; le mandat fait par un fou ou un mineur non raisonnable est invalide. Cependant, les juristes n'érigent pas la liberté et la maturité parmi les conditions de validité du mandat. Cela veut dire qu'un mandat fait par un mineur qui dispose de discernement ou par un serviteur<sup>423</sup> est valide qu'ils soient autorisés ou non<sup>424</sup>.

Au-delà des conditions de validité relatives aux parties, il convient de noter que le statut du *moudarib* peut varier en fonction de l'évolution du projet entrepris. A la réception des fonds et avant le démarrage du projet, le *moudarib* est considéré comme *Amin* (celui qui garde un dépôt) et de ce fait il est tenu de conserver les biens qui se trouvent à sa disposition. Au démarrage du projet, il aura la qualité de mandataire, parce qu'il utilise les biens d'autrui sur la base de la *wakala* (mandat). En cas de profits, le *moudarib* devient associé et cela proportionnellement à sa contribution au projet. En cas de perte, le *moudarib* est considéré

---

<sup>423</sup> La capacité de l'esclave peut être, d'une manière générale, mesurée à la moitié de celle de l'homme libre, dans tous les droits et les obligations susceptibles d'être ainsi divisés. Toutefois, il faut mettre à part le droit de posséder des biens : l'esclave, objet lui-même d'un droit de propriété, ne saurait acquérir que pour son patron et avec l'autorisation de celui-ci. Voir en ce sens, Louis Milliot et François-Paul Blanc, Introduction à l'étude du droit musulman, op, cit, p. 227 et s.

<sup>424</sup> Al Zila'i Ottman, *Tabiin al hakaik. Sharch kanz al daqai'q*, Berouth, tome 3, 1993, p. 52; Ibn Abdin, *Rad Al Moukhtar*, 4/485; Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2014, p. 98.

comme *Ajir* (salarié). S'il ne respecte pas ses obligations contractuelles, le *mouharib* devient *Ghassib* (celui qui détient de manière illégitime les biens d'autrui). Dans ce cas, il est responsable religieusement et juridiquement. La responsabilité juridique suppose qu'il est tenu de rembourser le capital<sup>425</sup>.

Concernant le bailleur de fonds (*rab al mal*), il doit être vigilant et avoir un minimum de connaissance des principes de la Charia (*halal, haram*) afin d'éviter l'engagement dans des projets incompatibles avec les valeurs islamiques. Cette exigence ne concerne pas seulement les musulmans. Elle vaut aussi pour les non-musulmans.

### ***b)- Le capital***

A l'instar des parties, le capital fourni doit également respecter un certain nombre de conditions. Premièrement, il doit être connu quantitativement et qualitativement lors de la conclusion du contrat. Tous les jurisconsultes s'accordent sur ce principe. Le contrat de la *mouharaba* n'est valide que si le montant du capital est bien précisé. Cette exigence se justifie par deux raisons : En premier lieu, à la fin de l'opération envisagée le capital doit être remboursé dans son intégralité au propriétaire. En second lieu, l'indétermination du capital aboutit forcément à la méconnaissance de la valeur des gains engendrés. Or la détermination du montant du profit est une condition de validité du contrat de la *mouharaba*<sup>426</sup>.

Deuxièmement, le capital doit consister en espèces car la valeur de l'argent est généralement stable ce qui évite les conflits et l'altération. Un contrat de *mouharaba* établi avec des biens est invalide, comme le précisent les Chaféites, les Malékites et les Hanafites. Cette position tient au fait que la valeur des biens est indéterminée et basée sur la supposition, ce qui engendre en fin de compte la méconnaissance des bénéfices à partager et éventuellement le préjudice à l'une des parties<sup>427</sup>. Les Hanbalites admettent les biens à condition que leur valeur soit précisée lors de la conclusion du contrat<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> Al Kassani, *Badai' Al Sanai'*, tome 6, p. 78 ; Al Jozeri, *La doctrine des quatre écoles* (en arabe), tome 3, p. 35.

<sup>426</sup> Ibn Qudama, *El Moughni*, tome 5, p. 191; Al Nawawi, *Al Majmou'*, tome 14, p. 358. Al Kassani, *Badai' Al Sanai'*, tome 6, p. 82 ; Ez Al Din Khojah, *La mouharaba chariatique (al kirad)*, op. cit., p. 35.

<sup>427</sup> Al Nawawi, *Al Majmou'*, tome 14, p. 362; L'Imam Malek, *Al Moudawna al koubra*, tome 4, p. 47.

<sup>428</sup> Ibn Qudama, *El Moughni*, tome 5, p. 112; Ez Al Din Khojah, *La mouharaba chariatique (al kirad)*, op. cit., p. 39.

Troisièmement, le capital doit être réel et présent et non une dette. Le capital doit donc être la propriété du bailleur et livrable immédiatement. Si l'investisseur a une dette et le débiteur lui propose d'utiliser la créance dans un projet de type *moudaraba*, l'opération dans ce cas n'est pas valide. Le propriétaire de l'argent doit récupérer son argent avant d'envisager un contrat de *moudaraba*. Cette exigence permet d'éviter l'usure sous forme de bénéfices de la *moudaraba* (usure déguisée) qui pourraient résulter du retard dans le paiement de la dette<sup>429</sup>.

Quatrièmement, le capital doit être remis à l'entrepreneur (*moudarib*), afin qu'il puisse s'en servir dans les conditions fixées dans le contrat. Cette exigence se justifie par le fait que la remise du capital au *moudarib* est considérée comme une sorte d'*Amana* (dépôt) dont la validité dépend de la remise<sup>430</sup>. Cela permet de réaliser l'objectif du contrat. Ainsi toute condition limitant la remise du capital au *moudarib* est présumée nulle parce qu'elle rend le contrat inutile. Cette condition a réalisé l'accord unanime des juristes<sup>431</sup>.

### **c)- Les bénéfices**

Les bénéfices doivent être répartis entre les deux parties contractantes, l'investisseur (*rab al mal*) et l'entrepreneur (*rab al amal*). Pour se faire, la part de chacune des parties doit être déterminée dès la conclusion du contrat (par exemple la moitié, le tiers ou le quart), vu que le profit constitue l'objet principal de la *moudaraba*. La part de chaque contractant ne doit pas être déterminée par une somme fixe parce que cela risque de vider la *moudaraba* de sa substance. En effet, si on exige une somme fixe, nous ne sommes plus en présence d'un contrat de *moudaraba*, parce que la réalité de la *moudaraba* consiste en une association basée sur le partage des profits entre les contractants. Si ce n'est pas le cas, l'opération entreprise ne peut pas être qualifiée de *moudaraba*. Il est également illégitime de fixer dans le contrat une clause selon laquelle l'une des parties aura le profit dégagé dans une telle période ou dans une telle opération ou marchandise<sup>432</sup>.

---

<sup>429</sup> Al Sarkhassi, *Al Mabsout*, tome 12, p. 29 ; Al Kassani, *Badai' Al Sanai'*, tome 6, p. 83 ; Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 113.

<sup>430</sup> Al Kassani, *Badai' Al Sanai'*, tome 6, p. 84 ; Al Khatib Al Sharbini, *Moughni al Mouhtaj*, tome 2, p. 310.

<sup>431</sup> Ez Al Din Khojah, *La moudaraba chariatique (al kirad)*, op. cit., p. 47.

<sup>432</sup> Pour plus de détails voir, Al Kornati, *Al kawanin al fihiyya*, p. 280. ; L'Imam Malek, *Al Moudawna al koubra*, tome 4, p. 49 ; Abdallah Al Khoeiter, *La moudaraba dans la Charia islamique*, Mémoire, Université d'Al Riyad, 2006, p. 201. Mohamad Al Azizi, *Le jugement religieux des investissements et des services des*

#### **d)- Le travail**

Un des piliers de la *moudaraba*, le travail est nécessaire pour faire fructifier les fonds et dégager des bénéfices. Les juristes exigent certaines conditions que le travail doit remplir. Il s'agit des conditions suivantes : le travail doit porter sur une activité licite telle que le commerce, l'industrie, l'agriculture etc.<sup>433</sup> ; le travail relève du *moudarib* seul. Cela interdit au bailleur de fond de se mêler dans le travail de l'entrepreneur<sup>434</sup> ; les modalités du contrat doivent être respectées par l'entrepreneur. Ces conditions déterminent la validité du contrat de la *moudaraba*. Si l'une de ces conditions fait défaut, le contrat sera nul<sup>435</sup>.

### **B)- La place de la *moudaraba* dans la finance islamique**

A l'heure actuelle, la *moudaraba* occupe une place importante dans les mécanismes de fonctionnement des établissements financiers islamiques. Elle est devenue non seulement une source de financement, mais le moteur déclencheur de la renaissance du système financier islamique en permettant la mobilisation des ressources en vue de réaliser les objectifs de cette finance. Pour bien comprendre la pratique de la *moudaraba* dans les institutions financières islamiques (2), il convient de passer en revue sur l'évolution de la *moudaraba* (1).

#### **1)- L'évolution de la *moudaraba***

Les transformations des conditions économiques et sociales posent logiquement la question de savoir si la *moudaraba* dans sa forme classique peut seule répondre aux besoins et attentes des individus et des sociétés qui désirent pratiquer la vie économique et financière conformément aux principes et règles de la Charia islamique. Cette interrogation a suscité une

---

*banques islamiques*, Aman, 2004, p. 244 ; Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 115.

<sup>433</sup> Force est de constater que l'école Chaféite a exigé, à la différence des autres écoles juridiques, que le travail doit exclusivement porter sur le commerce. Al Khatib Al Sharbini, *Moughni al Mouhtaj*, tome 2, p. 311.

<sup>434</sup> C'est l'avis de l'école Hanafite, Malékite et Chaféite. A l'inverse, les Hanbalites autorisent le bailleur de fonds à se mêler dans le travail du *moudarib*. Dans ce cas, son intervention est considérée comme une aide non rémunérée. Ez Al Din Khojah, *La moudaraba chariatique (al kirad)*, op. cit., p. 65.

<sup>435</sup> Abdel Almoutaleb Hamdan, *La moudarab comme elle est pratiquée dans les banques islamiques*, Alexandrie, 2007, p. 201.

réflexion et un effort intellectuel remarquable des savants musulmans. A l'issue de cet effort, on assiste à l'apparition d'une nouvelle forme de *moudaraba* qui vient compléter et enrichir l'ancienne. Il s'agit de la *moudaraba* dite commune ou « collective ». A la différence de la *moudaraba* individuelle qui est composée de deux parties c'est-à-dire qui est de nature bilatérale (investisseur et entrepreneur), la *moudaraba* commune implique la présence de plusieurs acteurs ; en ce sens, elle est de nature multilatérale (déposants, institution financière islamique et entrepreneur).

En droit musulman classique, le bailleur de fonds n'a pas le droit de prendre part aux opérations<sup>436</sup>. Cette interdiction se justifie par le fait que la *moudaraba* se réalise entre une personne non compétente dans le domaine commercial et un entrepreneur qualifié ayant une bonne compétence en cette matière. Par ailleurs, la *moudaraba* classique se fonde sur une pure relation personnelle. C'est la confiance qui préside à cette relation. Dans ce contexte, il était peu envisageable que l'investisseur s'immiscât dans le domaine de compétence de son associé. Toutefois, cette interdiction a perdu aujourd'hui beaucoup de sa pertinence, ce qui va aboutir à sa levée sur la base de la doctrine Hanbalite<sup>437</sup>.

Désormais, le bailleur de fonds peut intervenir de différentes manières, notamment à travers la formulation des obligations à la charge du *moudarib* (type de marché, durée du contrat, partenaires, etc.). Si le *moudarib* ne respecte pas ses obligations, il sera tenu responsable de l'intégralité du capital. Cela aura pour conséquence d'affecter la distinction classique entre *moudaraba* dite absolue (*moutlaqa*) et *moudaraba* restrictive<sup>438</sup>. A l'époque classique, la *moudaraba* absolue ou non restrictive était le principe et la *moudaraba* restrictive l'exception. Alors qu'aujourd'hui l'ordre des choses est inversé : la limitation devient le principe et la liberté l'exception.

Force est de constater qu'il existe d'autres formes de *moudaraba* : la *moudaraba montahia bil tamlik* et *sukuk al moudaraba*<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> C'est l'opinion de la majorité de la doctrine.

<sup>437</sup> Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse de droit, Université de La Rochelle, 2011, p.114.

<sup>438</sup> La *moudaraba* absolue est une *moudaraba* non soumise à des conditions et restrictions qui pourraient limiter la liberté de l'entrepreneur dans l'agencement du projet. La *moudaraba* restrictive est une *moudaraba* soumise à un certain nombre de conditions qui limitent le champ d'action du *moudarib* (type de contrat, durée, lieu, genre de produits etc.).

<sup>439</sup> *Sukuk al moudaraba* est un outil d'investissement fondé sur la partition du capital de la *moudaraba* en unités égales enregistrées sous le nom de chaque propriétaire possédant des parts connues du capital de la *moudaraba*.

## 2)- La pratique de la *moudaraba* dans les institutions financières islamiques

Dans la pratique, tous les épargnants ne peuvent pas ou ne sont pas intéressés par la participation directe à la gestion d'un projet. Ils cherchent parfois simplement des opportunités afin d'investir leurs économies. Il peut même arriver qu'ils ne soient pas en mesure de chercher directement ces opportunités. Dans ce cas, ils pourraient solliciter les institutions financières islamiques pour investir leurs fonds notamment grâce à la technique de *moudaraba*<sup>440</sup>. Celle-ci prend actuellement plusieurs formes. La forme collective ou ce qu'on appelle la *moudaraba* commune est la forme la plus utilisée par les institutions financières islamiques modernes. Dans ce type de *moudaraba*, l'institution financière islamique peut remplir plusieurs rôles. En tant que *moudarib*, elle propose aux épargnants d'investir leurs fonds. En tant que bailleur de fonds, elle propose aux entrepreneurs d'investir le capital tout en partageant les bénéfices dégagés entre les trois parties : les déposants, l'institution financière islamique et l'entrepreneur. Les pertes sont uniquement supportées par les bailleurs de fonds<sup>441</sup>.

Comme on le remarque, la *moudaraba* commune, à la différence de la *moudaraba* traditionnelle qui est composée de deux parties, implique trois parties. Elle se caractérise par un certain nombre d'éléments :<sup>442</sup>

- La prépondérance de la dimension collective et la mise en commun des fonds consacrés au projet au fil du temps et cela à la différence de la *moudaraba* bilatérale ;
- La continuité qui permet de compenser la perte dans la première *moudaraba* en réussissant la *moudaraba* qui suit ; la distribution des bénéfices sur la base de la durée ;
- La sortie de l'un des bailleurs de fonds n'a aucune incidence sur l'existence de la *moudaraba*. Elle n'a pas pour résultat la dissolution de l'association ;

---

Grâce à ces *sukuks* (titres de propriété), chaque propriétaire peut sortir du projet en vendant ses parts dans le capital.

<sup>440</sup> Muhammad Chapra, *Vers un système monétaire juste*, Institut islamique de recherches et de formation. Banque islamique de développement, Djeddah, 1997, p. 93.

<sup>441</sup> Mohammad Chber, *Les transactions financières contemporaines* (en arabe), Dar Al Nafa'is, 2007, p. 342.

<sup>442</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 121.

- La distribution des bénéfices se fait sur la base de la durée et de l'estimation, c'est-à-dire à la fin de chaque année financière le bailleur de fonds reçoit une part conforme à sa contribution des bénéfices effectivement réalisés ;
- Le capital est assuré par le *moucharib* alors que cette garantie fait défaut dans la *moucharaba* bilatérale. La garantie dans la *moucharaba* bilatérale affecte le contrat qui sera requalifié en contrat de location.

Concernant ce dernier point, la garantie de capital consiste dans le fait que l'institution financière islamique s'engage à rendre aux détenteurs des capitaux l'intégralité de leurs fonds en cas de perte. Les juristes classiques s'accordent sur l'illicéité de la garantie du capital par le *moucharib*. Les Malékites et les Chaféites affirment la clause de garantie annule le contrat. Alors que l'Imam Abu Hanifa et les Hanbalites estiment qu'une telle clause n'annule pas le contrat. C'est seulement la clause qui doit être annulée<sup>443</sup>.

Les auteurs contemporains divergent sur ce point. On peut distinguer deux points de vue : le premier soutient l'interdiction de la clause garantissant le capital social. C'est notamment l'avis de l'Académie du Fiqh islamique en Arabie Saoudite<sup>444</sup>. Le second considère que la garantie est une pratique licite. Mais il y a une divergence au sein de cette doctrine quant au fondement de cette licéité. Certains affirment que la légalité de la garantie repose sur le « *tabarou* », qui est une sorte de donation où le donataire est un « garant » sans aucun lien avec le bailleur de fonds et qui intervient en cas de perte partielle ou totale<sup>445</sup>. D'autres fondent la légalité de la clause garantissant le capital sur la base de l'avis d'Ibn Roushd qui avait autorisé une telle pratique. C'est notamment la thèse de Sami Hamoud<sup>446</sup>. D'autres encore estiment que le fondement de la légalité de la garantie est la solidarité sociale des investisseurs. Cela passe à travers la création d'un fonds islamique coopératif basé sur le prélèvement d'une partie des bénéfices de la *moucharaba* pour faire face aux éventuelles pertes. Cette opinion est défendue par Hassan Amin<sup>447</sup>. Cette divergence doctrinale sur la légalité de la clause de garantie du capital aura des conséquences sur la pratique des

---

<sup>443</sup> Mahmoud Irchid, *Al Chamel dans les transactions et les opérations des banques islamiques* (en arabe), Dar Al Nafa'is, 2001, p. 54.

<sup>444</sup> Résolution de l'Académie du Fiqh islamique d'Arabie Saoudite N° 123 (5/13) relative à la *moucharaba* dans les institutions financières islamiques, Décembre 2001.

<sup>445</sup> C'est notamment l'opinion de Mohamad Baker Al Sadr. Voir son ouvrage, *La banque sans intérêt en Islam* (en arabe), 2<sup>ème</sup> éd. Dar Al Kitab, Beyrouth, 1973, p.32.

<sup>446</sup> Sami Hamoud, *Développer les opérations financières en conformité avec la Charia islamique* (en arabe), Al Chark, Aman, 1982, p. 444.

<sup>447</sup> Hassan Amin, *Les dépôts bancaires monétaires et leur investissement en islam*, Dar Al Chourok, Dejeddah, 1983, p. 322.

institutions financières islamiques : certaines institutions ont opté pour la légalité alors que d'autres ont opté pour l'interdiction<sup>448</sup>. En tout état de cause, cette divergence a pour effet de réduire la place de la *moudaraba* dans la pratique financière islamique moderne.

La réalisation de la *moudaraba* commune suit plusieurs étapes qui sont les suivantes :

*Première étape*, les détenteurs des capitaux présentent leurs fonds à l'institution financière islamique afin qu'elle les investisse dans des projets appropriés.

*Deuxième étape*, l'institution financière islamique commence à étudier les opportunités d'investissement disponible qui méritent d'être financées.

*Troisième étape*, l'institution met en commun les fonds versés par les clients et les met à la disposition des entrepreneurs. A partir de là, une série d'association de *moudaraba* se forme entre l'institution islamique et les entrepreneurs.

*Quatrième étape*, l'institution calcule chaque année les profits selon le transfert d'une propriété en argent liquide. En d'autres termes, l'institution indique la valeur des profits en espèce ou évalue les actifs des entreprises après déduction des frais et des dépenses concernant la *moudaraba*.

*Dernière étape*, l'institution islamique répartit les bénéfices entre les trois parties : les détenteurs des capitaux, l'institution financière elle-même et l'entrepreneur (le *moudarib*)<sup>449</sup>.

La *moudaraba* bilatérale occupe aussi une place non négligeable dans les activités financières islamiques. Il s'agit d'un contrat conclu entre l'institution financière islamique qui apporte les fonds (*rab al mal*) et un entrepreneur qui assure le travail nécessaire et apporte son expertise pour faire fructifier ces fonds (*moudarib*), dans une formation conforme à la Charia. Par exemple, un client de la banque islamique a projeté de réaliser un projet dans son entreprise d'agrandir un de ses magasins, ce qui lui permettra d'augmenter ses chiffres d'affaires. Il s'adresse à sa banque pour obtenir un financement nécessaire à la réalisation de ce projet. Il signe avec sa banque un contrat *moudaraba*. La banque sera l'investisseur (*rab al mal*), l'entrepreneur sera le *moudarib*. Pendant toute la durée de la réalisation du projet,

---

<sup>448</sup> Les institutions financières qui ont opté pour l'interdiction de la clause de garantie du capital par le *moudarib* se fondent sur le fait que la *moudaraba* repose sur Al Amana (le capital est considéré comme un dépôt entre les mains du *moudarib*) et non sur Al Daman (la garantie). Elles se réfèrent aussi sur le principe de partage des pertes et des profits : garantir le capital par le *moudarib* contredit ce principe fondamental de la finance islamique.

<sup>449</sup> Mohammad Chber, *Les transactions financières contemporaines*, op. cit., p. 343.

l'entrepreneur en est le responsable, la banque n'intervient pas dans la gestion. A l'issue du contrat, les profits sont répartis selon les modalités définies dans le contrat. En cas de perte, seule la banque les supporte<sup>450</sup>.

Il existe une troisième forme de *moudaraba* : c'est la *moudaraba montahiya bil tamalouk*. Il s'agit d'un contrat conclu entre l'institution financière islamique en tant qu'investisseur (*rab al mal*) et l'entrepreneur en tant que *moudarib* (*rab al amal*) où l'institution islamique fournit le capital pour l'entrepreneur en lui donnant la possibilité de la remplacer. Autrement dit, l'entrepreneur ou le *moudarib* a le droit d'acheter la part de l'institution financière (*rab al mal*) en une seule ou plusieurs tranches selon l'accord contractuel<sup>451</sup>. Par exemple, un client a projeté d'acheter une voiture « taxi » dont le prix est de 9000 dinars. Il s'adresse à un établissement financier islamique pour obtenir un financement nécessaire à la réalisation de ce projet. Il signe avec l'établissement un contrat *moudaraba montahiya bil tamalouk*. Ce contrat établit les conditions suivantes :

1. L'institution financière islamique a le droit à 20% des profits réalisés ;
2. L'entrepreneur ou l'agent de travail (du taxi) a le droit à 50% des profits ;
3. L'entrepreneur met dans un compte spécifique 30% des profits jusqu'à l'arrivée au montant du capital, à savoir 9 000 dinars ;
4. Une fois ce montant atteint, la voiture devient la propriété de l'entrepreneur (agent du travail)<sup>452</sup>.

Notons que cette forme de *moudaraba* est très proche de la *moucharaka montahiya bil tamalouk*, à la seule différence que le *moudarib* ne participe pas au capital fourni. C'est grâce aux profits dégagés de son travail qu'il tente d'acheter la part de l'institution financière islamique<sup>453</sup>.

La *moudaraba*, en tant que mécanisme de financement, comporte des risques. Le principal risque réside dans le fait que les éventuelles pertes sont supportées uniquement par les bailleurs de fonds ; l'entrepreneur ne supporte aucune perte financière sauf s'il y a une négligence, un dépassement de sa part. C'est la raison essentielle pour laquelle la *moudaraba* repose uniquement sur la confiance que l'institution financière islamique peut avoir quant à la

---

<sup>450</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2<sup>ème</sup> édi. Paris, 2012, pp. 51-52.

<sup>451</sup> Mohamad Alajlouni, *Les banques islamiques*, Dar Al Massira, Aman, 2009, p. 223.

<sup>452</sup> Mahmoud Irchid, *Al Chamel dans les transactions et les opérations des banques islamiques*, op. cit., p. 50.

<sup>453</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 123.

compétence et l'intégrité de l'entrepreneur. Au-delà de ce risque, il existe d'autres risques : l'expiration du contrat de la *moudaraba* avant la finalisation du projet ; le dommage des produits à cause de l'entrepreneur ; le manque de compétence ou la mauvaise gestion de l'entrepreneur ; le non-respect des clauses contractuelles par le *moudarib* ; la difficulté d'évaluation, de vérification et de suivi par l'institution islamique<sup>454</sup>.

Dans la pratique, la plupart de ces risques ont été atténués par le fait que les institutions financières islamiques ont tendance à créer des entreprises indépendantes spécialisées dans l'investissement qui pourraient réaliser les projets de *moudaraba*.

## **§2. La *moucharaka***

Comme la *moudaraba*, la *moucharaka* est également une pratique ancienne qui a été reprise par les institutions financières islamiques modernes. Autrefois il s'agissait d'un accord entre deux partenaires pour mener à bien une opération. Dans le cas présent, la *moucharaka* s'est développée à travers l'effort des savants et la volonté de s'adapter aux réalités contemporaines en prenant de nouvelles formes. Mode de financement basé sur la participation et la juste répartition des risques entre les associés, la *moucharaka* permet de faire du capital un élément de production et un moteur du progrès économique et social. Elle permet également de créer et de développer des sociétés, ainsi que le financement des opérations diverses. Dans cette perspective, l'appréhension du cadre juridique général de la *moucharaka* (A) permet de saisir sa place dans l'industrie financière islamique moderne (B).

### **A)- Le cadre juridique général de la *moucharaka***

L'analyse du cadre juridique général de la *moucharaka* suppose que l'on se penche successivement sur sa définition et ses types (1), sa légitimité (2), ses conditions de validité (3).

---

<sup>454</sup> Mohamad Alajlouni, *Les banques islamiques*, op. cit., p. 223 ; Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 53 ; Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 124.

## 1)- Définition et types de la *moucharaka*

Etymologiquement, le mot « *moucharaka* » est dérivé du verbe « *charaka* » qui signifie mélanger, associer, partager. Dans son dictionnaire « *Lisan Al Arab* », Ibn Manzur définit le concept *moucharaka* comme une association entre deux partenaires dans le capital<sup>455</sup>.

Du point de vue juridique, les écoles islamiques ont donné plusieurs définitions de la *moucharaka*. Selon l'école Hanafite, la *moucharaka* est un contrat entre plusieurs parties qui mettent en commun leurs capitaux en vue de partager les bénéfices d'une activité<sup>456</sup>. Les Malékites, quant à eux, mettent l'accent sur le droit des associés de jouir de la propriété commune<sup>457</sup>. Pour les Hanbalites, il s'agit du partage des profits et de la jouissance du patrimoine social<sup>458</sup>, alors que les Chaféites considèrent que la *moucharaka* est un ensemble de droits collectifs que possèdent deux ou plusieurs personnes sur le patrimoine de la société<sup>459</sup>. Il est vrai que le partage des pertes n'est pas souligné dans ces définitions, il n'en demeure pas moins qu'il est sous-entendu, à l'image de la volonté de s'associer. La répartition des pertes apparaît donc comme une évidence supposée par la nature même du contrat de société<sup>460</sup>.

A l'heure actuelle, la *moucharaka* peut être définie comme une sorte de société de participation pouvant prendre la forme d'une société de personnes ou de capitaux dont l'objet est de réaliser un projet ou une opération en commun et partager les bénéfices et pertes qui en découlent. A la différence de la *moudaraba*, la *moucharaka* repose sur le fait que tous les partenaires contribuent à la fois au capital et au travail, ou à la gestion.

Certains définissent la *moucharaka* comme « un contrat par lequel deux parties ou plus souscrivent au capital d'une nouvelle société pour la réalisation d'un projet spécifique, ou prennent des participations dans une société existante et participent aux profits selon les indications consignées dans le contrat et aux pertes proportionnellement à leurs apports

---

<sup>455</sup> Ibn Manzur, *Lisan Al Arab*, op. cit. concept *moucharaka*.

<sup>456</sup> Al Moussli, *Alkhtiyar litaalil almoukhtar*, pp. 297-299.

<sup>457</sup> Mohamad Abdala, *Al kwakeb al dariyya fi fiqh almalikiyya*, tome 3, Al maktaba al zhariyya, p. 175.

<sup>458</sup> Abn Qodama, *Al Moghni et Charah Al Kabir*, tome 5, p. 114 et s.

<sup>459</sup> Al Shirazi, *Al mouhazeb fi fiqh al imam al Chafii*, tome 1. Al Charikat.

<sup>460</sup> Ibrahim Cekici, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2012, p. 602.

respectifs dans le capital, sauf si la mauvaise gestion est avérée »<sup>461</sup>. La *moucharaka* n'exige pas l'égalité dans la contribution de chaque partenaire. Elle n'exige pas non plus l'égalité dans la répartition des profits et pertes dégagés entre eux.

Il existe plusieurs types de *moucharakat* en droit islamique. Traditionnellement, on distingue deux catégories de *Charikat*: *Charikat Al Mulk* (association de fait ou de propriété) et la *Charikat Al Aqd* (association contractuelle). La *Charikat Al Mulk* est une propriété commune basée sur la volonté des associés comme dans le cas de deux personnes acceptant une donation indivisible. Il peut arriver que la *Charikat Al Mulk* se constitue de manière involontaire, c'est-à-dire que sa formation n'exige pas l'offre et l'acceptation. C'est le cas de deux personnes qui héritent conjointement d'un immeuble. En réalité, ce type de *Charikat* trouve son origine dans l'indissociabilité des parts des associés et son objet n'est pas généralement lié à une activité commerciale donnée<sup>462</sup>.

La *Charikat Al Aqd* est à la base du concept de *moucharaka* telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui par les institutions financières islamiques. Il s'agit d'un contrat par lequel deux parties ou plus s'associent dans un projet d'investissement en vue de partager les bénéfices et pertes qui en résultent. Cette association postule aussi l'idée que les partenaires partagent les risques auxquels le projet est exposé<sup>463</sup>. Les juristes distinguent plusieurs types de *Charikat Al Aqd* qui sont les suivants :

- *Charikat al-abdan* (société de travail), il s'agit d'une association entre deux ou plusieurs parties dont leurs apports consistent dans l'expertise, l'effort ou le savoir-faire. Dans ce type de société, il n'y a aucune contribution au capital, d'où sa nomination de société de travail.
- *Charikat al-woujoh*, c'est une association de deux ou plusieurs personnes qui n'apportent pas de capitaux, mais sont connus pour leur honorabilité et leur moralité, ce qui leur permet de démarrer une activité économique sans mise de fonds personnelle.
- *Charikat al-mufawada*, dans ce cas, les participants contribuent à part égale au capital de la société et engagent leur responsabilité au regard des profits et pertes.

---

<sup>461</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 53. Voir également, Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 55.

<sup>462</sup> Boualem Bendjilali, « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation », in Institut islamique de recherches et de formation. Banque islamique de développement, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire de Djeddah, N°37, 1996, p.33.

<sup>463</sup> Ibid.

Chaque associé peut agir à la fois en tant que mandataire pour l'entreprise et en tant que garant (kafil) pour les autres partenaires.

- *Charikat al-inan*, il s'agit d'une association entre deux ou plusieurs personnes qui peuvent participer au capital social de manière différenciée en termes de contribution financière ou de travail. De même, chaque partenaire peut ne pas avoir la même responsabilité dans la gestion de l'entreprise. En conséquence, les bénéfices seront partagés en fonction des indications consignées dans le contrat, alors que les pertes seront réparties proportionnellement aux apports respectifs de chaque partie au capital social<sup>464</sup>.

Notons que la *Charikat al-inan* joue un rôle important dans les activités de la finance islamique moderne. Elle constitue l'un des plus importants modes de financement sur lequel seront développés de nouveaux mécanismes de financement participatifs.

## 2)- La légitimité de la *moucharaka*

La *moucharaka* trouve sa légitimité dans les trois principales sources de la loi islamique, à savoir le Coran, la Sunna et l'ijma' (consensus). Dans le Coran, les juristes se réfèrent à plusieurs versets : « Envoyez plutôt l'un de vous à la ville avec votre argent, pour qu'il cherche l'aliment le plus pur et qu'il vous en apporte de quoi vous nourrir »<sup>465</sup>. En interprétant ce verset, Al Qortobi le considère comme le fondement de la licéité de la *moucharaka* parce que l'argent dans ce verset appartient à un groupe de personnes<sup>466</sup>. Il est également cité le verset suivant : « S'ils sont plus de deux, tous alors participeront au tiers, après exécution du testament ou paiement d'une dette, sans préjudice à quiconque. Telle est l'injonction d'Allah ! Et Allah est Omniscient et Indulgent »<sup>467</sup>. Dieu a dit aussi : « Il [David] dit : il a été certes injuste en demandant de joindre ta brebis à ses brebis. Un grand nombre d'associés n'hésite pas à se léser les uns les autres, sauf ceux qui croient et accomplissent les bonnes œuvres -cependant ils sont bien rares- »<sup>468</sup>. Ce verset signifie que le Prophète David a

---

<sup>464</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 89 ; Mohammad Chber, *Les transactions financières contemporaines*, op. cit., p. 333 ; Ibrahim Cekici, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, op. cit., p. 605.

<sup>465</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Kahf (La Caverne), verset 19.

<sup>466</sup> Al Qortobi, *Al Jami' liahkam alquran*, tome 10, p. 377.

<sup>467</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa' (Les Femmes), verset 12.

<sup>468</sup> Le Noble Coran, Sourate Sad, verset 24.

bien reconnu la légalité de l'association tout en condamnant la pratique illicite et injuste entre les associés<sup>469</sup>.

La Sunna ou l'exemple prophétique constitue le deuxième fondement de la légitimité de la *moucharaka*. Dans cette perspective, le Prophète a dit que : « Dieu le Tout-Puissant dit : Je suis le troisième partenaire avec eux si l'un des deux ne trahit pas son associé. Si l'un trahit son partenaire, je quitte cette association »<sup>470</sup>. En outre, le Prophète a approuvé les contrats de société pratiqués par ses compagnons. On rapporte aussi que Saïb Ibn Abi Saïb a dit au Prophète : « Vous étiez mon partenaire dans l'époque préislamique ; vous étiez le meilleur partenaire qui ne me contrarierait pas et qui ne me repoussait pas »<sup>471</sup>.

La licéité de la *moucharaka* se fonde aussi sur l'ijma' (consensus). En effet, il est bien établi que les musulmans ont pratiqué la *moucharaka* depuis les premiers temps de l'islam jusqu'à aujourd'hui sans qu'il y ait désaveu ou dénégation<sup>472</sup>.

### 3)- Les conditions de validité de la *moucharaka*

Comme les autres contrats, le contrat de la mocharaka doit respecter un certain nombre de conditions pour qu'il soit valide. Celles-ci concernent les parties associées (**a**), le capital (**b**) et le partage des résultats de l'opération (**c**).

#### (a)- Les associés

Plusieurs considérations peuvent être vérifiées en ce qui concerne les associés :

- Les associés doivent avoir la capacité de conclure un mandat en tant que mandant ou mandataire. Ceux qui ne possèdent pas cette capacité ne sont pas autorisés à être partie au contrat de la *moucharaka*.
- Il est permis à un musulman de s'associer à un non musulman.

---

<sup>469</sup> Al Qortobi, *Al Jami' liahkam alquran*, op. cit., p. 179.

<sup>470</sup> Hadith rapporté par Abo Daoud, n°3383.

<sup>471</sup> Hadith rapporté par Ibn Majah, n°2287.

<sup>472</sup> Ibn Al Hamam, *Charh Fath Alkadir*, tome 5, p. 153.

- Chaque partenaire étant autorisé à gérer sa part du capital et celle de la société, le contrat de la *moucharaka* est basé sur la confiance qui doit régner dans les relations entre les associés.
- Chaque partenaire a le droit d'agir au nom de la société (vendre, acheter, louer etc.), à condition que cela corresponde aux intérêts légitimes de la société et à la bonne marche de ses affaires. Cependant, il lui est interdit d'aliéner le capital social au profit d'une autre personne en lui accordant des donations ou des prêts, s'il n'a pas obtenu préalablement l'autorisation des autres associés. En effet, ces principes reposent sur le fait que la *moucharaka* est basée à la fois sur *al wakala* (mandat) et *al amana* (dépôt). En tant que mandataire, l'associé a le droit d'agir pour réaliser les intérêts de la société (c'est la dimension positive). En tant qu'*amin* (gardien d'un dépôt), il se voit interdit d'agir à l'encontre des intérêts de la société (c'est la dimension négative ou prohibitive)<sup>473</sup>.

#### **(b)- Le capital**

A l'image des parties au contrat, le capital doit remplir certaines conditions :

- La part de chaque associé doit s'effectuer en monnaie et non pas en nature. Cela permet de bien déterminer le capital social et par conséquent de préciser les résultats de l'association. Cependant, les écoles Malékite et Hanbalite ont autorisé l'apport en nature à condition de déterminer sa valeur monétaire lors de la formation du contrat.
- Le capital doit être bien connu et présent au moment de la conclusion du contrat. Il est interdit par exemple que le capital soit une dette.
- La nature, le genre et le montant du capital doivent être connus lors la signature du contrat afin d'éviter les risques de conflits entre les associés lors du partage des résultats.
- Il est conseillé de ne pas diviser les contributions des associés pour permettre à chaque partenaire de gérer l'ensemble du capital social et non uniquement sa part du capital. Cela n'est pas une condition de validité du contrat de la *moucharaka*.

---

<sup>473</sup> Yasser Al Nachmi, *Les transactions financières* (en arabe), Dar al diyya', Le Koweït, 2007, p. 274 ; Boualem Bendjilali, « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation », art. pré., p. 36 et s.

- Il n'est pas obligatoire que les contributions des associés dans le capital soient égales. Il n'est pas exigé non plus l'égalité entre eux dans le travail, la responsabilité ou la gestion de l'entreprise.
- Il est interdit à un associé d'affecter d'autres fonds au capital de la société sans l'autorisation de tous les autres associés<sup>474</sup>.
- 

**(c)- Le partage des profits et pertes**

Plusieurs conditions doivent être respectées à cet égard :

- Les règles du partage des profits entre les associés doivent être clairement stipulées dans le contrat de la *moucharaka* afin d'éviter toute ambiguïté et indétermination qui risquent d'annuler le contrat. En outre, une telle précision permet d'éviter des conflits à la fin du contrat.
- La part de chaque partenaire dans le profit ne peut pas être une somme fixe. Au contraire, elle doit être un pourcentage ou une fraction du profit. Cette condition se justifie par le fait que la rémunération ne s'effectue qu'après le remboursement du capital social.
- Les parts du profit peuvent être différenciées entre les associés, même quand les apports de capital sont égaux. Tout dépend des stipulations du contrat. Il peut arriver qu'un associé travaille plus que les autres ou il possède plus d'expérience que les autres ou plus engagé dans la gestion de l'entreprise que les autres. Dans ces conditions, il est tout à fait logique que la répartition des profits entre les partenaires ne soit pas égale.
- En cas de pertes, celles-ci doivent être réparties entre les partenaires selon la part de chacun d'eux dans le capital. Mais si la négligence ou la méconnaissance des clauses contractuelles de la part de l'un des partenaires sont à l'origine de la perte, dans ce cas c'est l'associé auteur de ces violations qui doit seul supporter les dommages causés à ses associés.
- Il est interdit de stipuler dans le contrat que la rémunération de l'un des associés est basée sur une partie déterminée des opérations de la société ou sur une période

---

<sup>474</sup> Ibid ; Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p.128.

déterminée des activités de cette dernière. La part de chaque associé doit être basée sur le profit net de l'ensemble des activités de la société<sup>475</sup>.

## **B)- La place de la *moucharaka* dans la pratique financière islamique contemporaine**

La pratique contemporaine de la *moucharaka* dans les institutions financières islamiques prend deux formes : la *moucharaka thabita* (association permanente) (1) et la *moucharaka moutanghissa* (association dégressive ou association terminant par l'appropriation) (2).

### **1)- La *moucharaka thabita***

La *moucharaka thabita* ou permanente incarne aujourd'hui le modèle traditionnel du contrat d'association qui était pratiqué à l'époque classique sous la forme de *shirkat al inan*. Il s'agit d'un mode de financement où l'institution financière islamique contribue partiellement au financement d'une opération ou d'un projet donné. En vertu de cette participation, l'institution islamique devient associée à part entière dans le projet et se voit en conséquence accorder le droit de participer, à l'instar des autres associés, à la gestion, au contrôle et au partage des résultats conformément aux stipulations du contrat.

Ce mode de financement se divise en deux catégories : *moucharaka* permanente illimitée dans le temps et *moucharaka* permanente limitée dans le temps. Dans la première catégorie, c'est-à-dire dans la *moucharaka* permanente illimitée, l'institution financière islamique reste dans la société tant que celle-ci existe et fonctionne<sup>476</sup>. Autrement dit, dans ce type de *moucharaka*, l'institution financière islamique et le client sont partenaires jusqu'à la fin du contrat qui, en général, correspond à la fin du projet<sup>477</sup>. Par exemple, un client s'adresse à sa banque islamique pour s'associer avec elle en vue d'importer une marchandise et de la

---

<sup>475</sup> Mohamad Alajlouni, *Les banques islamiques*, op. cit., p. 228 ; Yasser Al Nachmi, *Les transactions financières* (en arabe), Dar al diyaa', Le Koweït, 2007, p. 277 ; Boualem Bendjilali, « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation », art. pré., p. 38 et s.

<sup>476</sup> Eliyas Abi Ahija, *Le développement des modes de financement à base participative dans les banques islamiques : le cas de la Jordanie*, Mémoire, Université d'Al Armouk, 2007, p.63.

<sup>477</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 56.

vendre ensuite dans le marché local. La société prendra fin à partir du moment où la marchandise est vendue et la distribution de ses profits est effectuée. *Dans la deuxième catégorie*, c'est-à-dire dans la *moucharaka* permanente limitée dans le temps, les droits et les obligations des partenaires sont fixes. Mais le contrat contient une clause spécifique déterminant la durée du contrat. Dans ce type de contrat, les partenaires ont fixé d'une manière formelle et explicite dans le contrat la fin de la durée de leur association. Par exemple : l'association entre une banque islamique et son client agriculteur dont le contrat s'achève après la saison de vendange<sup>478</sup>.

## 2)- La *moucharaka* moutanghissa ou dégressive

Innovation récente de l'industrie financière islamique, la *moucharaka* dégressive vise à faire face aux pratiques financières basées sur l'intérêt. Elle est appelée à répondre aux besoins de la nouvelle société en permettant aux artisans, agriculteurs, petits et moyens entrepreneur et bien d'autres de s'approprier des moyens de production. Réunis en 1991 à Djeddah en Arabie Saoudite, les juristes musulmans ont souligné que « la *moucharaka* dégressive ne se trouve pas dans le droit musulman classique puisqu'elle est un produit nouveau et hybride combinant plusieurs contrats classiques »<sup>479</sup>.

Ce type de *moucharaka* est une formule intéressante pour les institutions financières islamiques. L'un des partenaires, généralement l'institution financière islamique, passe une promesse selon laquelle elle accepte de vendre progressivement ses parts à l'autre partenaire contre une somme d'argent. Le prix est déterminé au moment de la vente par rapport au marché. L'institution islamique reprend progressivement son apport en fonction de l'état d'avancement du projet. Par conséquent, le client devient progressivement propriétaire unique du projet, la part du profit de l'institution islamique diminue alors dans la même proportion<sup>480</sup>.

Il en résulte que la *moucharaka* dégressive comporte plusieurs étapes. Dans un premier temps, l'institution financière islamique signe avec le client un contrat d'association qui ne doit contenir aucune clause relative à la vente ou à l'achat des parts. Dans un deuxième

---

<sup>478</sup> Boualem Bendjilali, « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation », art. pré., p. 44.

<sup>479</sup> Journée d'étude organisée par l'Institut de Recherche et de Formation de la Banque Islamique de Développement et par la Sudanese Estates Bank. Voir Ibrahim Cekici, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, op. cit., p. 605.

<sup>480</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 56.

temps, elle passe une promesse de vente séparée du contrat de l'association, en vertu de laquelle elle accepte de vendre ses parts à son partenaire. De manière générale, la diminution de la part de l'institution dans le capital social se fait progressivement. Mais rien n'empêche que le client paye une grande partie des versements pour finir rapidement le contrat d'association. Dans un troisième temps, un contrat de vente séparé de celui de société est conclu entre l'institution islamique et son partenaire. Dans une quatrième et dernière étape, le client rembourse la totalité de la part de l'institution financière islamique, ce qui fait de lui le seul propriétaire du projet. A partir de ce moment, l'institution sort définitivement de l'association en mettant par là même fin au contrat de la *moucharaka*<sup>481</sup>.

Il apparaît que la *moucharaka* dégressive combine trois types de contrats : l'association, la promesse de vente et la vente. L'Académie du Fiqh islamique a défini la *moucharaka* dégressive comme « une association où un partenaire promet à son associé de lui vendre ses parts totalement ou partiellement selon un contrat conclu au moment de la vente »<sup>482</sup>.

Notons que la *moucharaka* dégressive doit être régie par les règles générales relatives au contrat de société, en particulier celles régissant la *chiraka al inan*. Ce point revêt une importance tout particulière parce qu'il permet de ne pas transformer ce mode de financement en instrument classique de crédit à intérêt. Pour qu'elle soit valide, la *moucharaka* dégressive doit être basée sur une authentique volonté participative, c'est-à-dire que les partenaires doivent avoir la volonté de s'engager dans une association au sens propre du terme. Cela exige le partage entre les partenaires des profits et pertes qui découlent du projet<sup>483</sup>. En outre, l'institution financière islamique doit être le propriétaire réel de ses parts dans le capital et elle doit avoir le droit de participer à la gestion, à la supervision du projet. Il est également interdit d'inclure dans le contrat une clause exigeant le remboursement de la totalité des parts de l'institution islamique dans le capital social. Cette interdiction vise à se protéger contre le risque de tomber dans la *riba* (intérêts)<sup>484</sup>. Concernant la légalité ou la conformité islamique de ce mode de financement, le Kuwait Finance House affirme que la *moucharaka* dégressive

---

<sup>481</sup> Yasser Al Nachmi, *Les transactions financières* (en arabe), Dar al diyya', Le Koweït, 2007, p. 300 ; Mohamad Alajlouni, *Les banques islamiques*, op. cit., pp. 232-233.

<sup>482</sup> Revue de l'Académie du Fiqh islamique, 4/1411. *Moucharaka* dégressive.

<sup>483</sup> Mohammad Chber, *Les transactions financières contemporaines*, op. cit., p. 337.

<sup>484</sup> Ibid.

tire sa légitimité du principe islamique selon lequel les musulmans doivent respecter leurs engagements et leurs promesses<sup>485</sup>.

La *moucharaka* dégressive en tant que mode de financement participatif est largement utilisée par les institutions financières islamiques pour financer de nombreux projets dans l'immobilier, l'agriculture, l'habitat etc. Ce recours à la *moucharaka* s'explique par les avantages de ce mode de financement qui peuvent être résumés de la manière suivante : la *moucharaka* encourage les institutions financières islamiques à chercher les meilleurs domaines dans lesquels elles peuvent investir leur argent. Grâce à cette technique financière, le capital se rallie au travail et à l'expérience pour assurer le développement économique et social, et l'épanouissement de l'individu et de la société. La *moucharaka* contribue au renforcement de la coopération et de la solidarité économique en réalisant des projets ambitieux. Elle permet aussi de garantir l'égalité et la justice entre l'institution financière islamique et les déposants à travers la répartition équitable des profits dégagés des projets associatifs<sup>486</sup>.

La *moucharaka* dégressive peut avoir trois modes :

*En premier lieu*, le taux de participation de chaque associé dans le capital est spécifié dans le contrat d'association tout en donnant à chaque partenaire le droit de renoncer à ses parts à la fin de l'association en faveur de son associé ou d'une tierce personne. Dans ce cas de figure, il existe deux contrats séparés : contrat d'association et contrat de vente<sup>487</sup>.

*En deuxième lieu*, l'institution financière islamique recevra outre sa part dans le profit un autre pourcentage qui sera destiné au remboursement du capital de l'association versé par l'institution islamique. En somme, on aura trois parts : la part de l'institution financière islamique dans le profit qui correspond à sa contribution dans le capital social ; la part du client dans le profit qui correspond à sa contribution dans le capital social ; la part que le client avance comme remboursement de la part de l'institution islamique dans le capital<sup>488</sup>.

---

<sup>485</sup> Kuwait Finance House, *Al fatwa al chariyya* dans les affaires économiques, Dar Al Kabss, Le Koweït, 1981, p. 17.

<sup>486</sup> Ali Alsalous, *Les transactions financières contemporaines* (en arabe), Maktabt Al Falah, Le Koweït, 1996, p. 257 et s ; Mahmoud Irchid, *Al Chamel dans les transactions et les opérations des banques islamiques*, op. cit., pp. 39-40.

<sup>487</sup> Amira Machour, *L'investissement dans l'économie islamique* (en arabe), Le Caire, 1991, p. 287.

<sup>488</sup> Abdel Razak Alhiti, *Les banques islamiques entre la théorie et la pratique* (en arabe), Dar Ossama, Aman, 1998, p. 502.

*En troisième lieu*, un accord est conclu pour déterminer la part de chaque partenaire sous forme d'actions d'une valeur donnée de sorte que l'ensemble de ces actions forme la valeur générale du capital social. Les bénéfices sont partagés en fonction des actions de chaque partenaire. Chaque partenaire peut acheter quelques actions de l'institution financière islamique. De ce fait, le nombre des actions de l'institution islamique diminue de manière progressive, tandis que le nombre des actions de son associé augmente jusqu'à l'appropriation de toutes les actions. Ce qui marque la fin du contrat de la *moucharaka*<sup>489</sup>.

Concrètement, les démarches pratiques de la *moucharaka* dégressive sont les suivantes :

- Le client dépose une demande de participation auprès de son établissement financier dans laquelle il précise la nature du projet, sa rentabilité et tous les documents relatifs à ce projet ;
- L'institution financière islamique procède à l'examen du projet et des documents fournis par le client ;
- Si l'institution accepte la participation au projet, plusieurs éléments doivent être clarifiés : la contribution financière de l'institution ainsi que ses conditions et ses modalités de paiement ; la définition des garanties comme par exemple un gage au profit de l'institution ; la rédaction et la signature du contrat ; la création d'un compte spécifique pour l'association ; la répartition des profits se fait selon l'accord contractuel alors que celle des pertes s'effectue en fonction de la contribution de chaque partenaire. Il convient de noter que la signature du contrat de la *moucharaka* par les deux parties et le dépôt de leurs parts dans l'association marque le point de départ de la *moucharaka*.
- L'institution financière islamique admet de renoncer partiellement ou totalement à ses parts dans le capital social au profit de son partenaire. Les modalités de ce renoncement ont été exposées plus haut.

---

<sup>489</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p.134.

- Le contrat de la *moucharaka* s'achève après le remboursement par le client des parts de l'institution islamique dans le capital de la société. A partir de ce moment, le client devient le propriétaire unique et définitif de la société<sup>490</sup>.

La *moucharaka* en tant que mode de financement est confrontée à certaines difficultés : la non-utilisation des fonds fournis pour la mise en place du projet convenu. La mauvaise gestion du projet, l'incapacité d'exécuter le projet ou l'échec dans la production du produit ou du service demandé, la vente de la part de l'un des associés à une tierce personne, la difficulté de commercialiser ou de vendre les produits du projet<sup>491</sup>. Il faut citer aussi le choix des projets qui exige une compétence et une bonne connaissance de la situation économique et du marché. Le manque d'expérience aura pour effet la mauvaise préparation du projet par le client.

Certaines difficultés tiennent à l'insuffisance du cadre juridique et des moyens financiers appropriés, et cela à cause de la non-prise en compte de la particularité des institutions financières islamiques et de l'application à ces dernières des règles qui ne cadrent pas avec leur logique et leurs objectifs<sup>492</sup>. C'est le cas par exemple quand les banques centrales imposent aux institutions financières islamiques de mettre en place une réserve juridique en tant que garantie lors des projets participatifs, tandis que la logique de ces modes de financement repose sur le partage des profits et des pertes et non sur la garantie du capital de la société sauf si la mauvaise gestion et le dépassement sont avérés<sup>493</sup>.

D'autres difficultés se situent au niveau de l'institution financière islamique elle-même. Il arrive parfois que l'institution, en raison du manque d'expérience dans la gestion des opérations participatives, se trompe dans le choix de ses partenaires, ce qui l'expose aux risques de la perte ou de l'échec du projet. En outre, les institutions financières islamiques rencontrent des difficultés tenant à l'insuffisance de leurs ingénieries financières. Ceci aura pour conséquence de minimiser l'estimation des coûts et d'évaluer de manière erronée

---

<sup>490</sup> Mohammad Chber, *Les transactions financières contemporaines*, op. cit., p. 35 ; Abdel Bari Micha'al, « Le contrat de la *moucharaka* » (en arabe), *Revue de l'économie islamique*, n°196, pp. 48-49 ; Abdel Sattar Abo Ghodah, « Le travail bancaire islamique » (en arabe), *Revue de l'économie islamique*, n°208, p. 32.

<sup>491</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p.143.

<sup>492</sup> Boualem Bendjilali, « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation », art. pré., p. 49 et s.

<sup>493</sup> Eliyas Abi Ahija, *Le développement des modes de financement à base participative dans les banques islamiques : le cas de la Jordanie*, Mémoire, Université d'Al Armouk, 2007, p.144 et s.

l'avenir du projet envisagé<sup>494</sup>. A cela s'ajoute le problème du contrôle de la conformité des comportements des partenaires avec les principes et règles islamiques relatives aux modes de financement participatif. Ce contrôle s'avère de plus en plus en l'état actuel des institutions financières islamiques.

Dans le but de surmonter ces difficultés, les institutions financières islamiques déploient actuellement un effort considérable à travers le développement des techniques qui leur permettent de rationaliser les choix effectués : mise en place des mécanismes d'étude et d'évaluation de la rentabilité des projets, formation des personnels, attention particulière portée sur le choix des partenaires, renforcement du contrôle islamique des activités des partenaires et bien d'autres mesures.

## **Section 2. Les opérations fondées sur la vente**

Comme leur nom l'indique, les activités financières à base commerciale ne reposent pas sur le principe de partage des profits et des pertes (PPP), mais plutôt sur le mécanisme de la vente. A la différence des modes de financement participatif, la rémunération de l'institution financière islamique ne dépend pas des résultats du projet financé, mais de l'accord conclu avec le client et de la nature de chaque opération. Dans ce cadre, on peut distinguer plusieurs instruments islamiques fondés sur la vente : la *mourabaha* (§1), le *salam* (§2), l'*istisna'* (§3) et le *tawarouq* (§4).

### **§1. La *mourabaha***

La *mourabaha* peut être considérée comme un des modes essentiels de financement islamique. Elle représente l'outil de financement le plus utilisé par les institutions financières islamiques actuelles. C'est aussi une illustration de vente au prix majoré connue dans la Charia islamique. Pour bien comprendre ce mécanisme, nous étudierons successivement la définition et la licéité de la *mourabaha* (A), ses conditions de validité (B) et enfin sa place dans les institutions financières islamiques (C).

---

<sup>494</sup> Mohamad Abo Zaeid, *Les dangers devant les investissements des institutions islamiques*, Etude présentée à une Conférence, *Le rôle des institutions islamiques dans l'investissement et le développement*, Université d'Al Charika, 2002, p. 631.

## A)- Concept de *mourabaha* et sa licéité

Littéralement, le terme « *mourabaha* » dérive du mot « *ribh* » qui signifie le profit, le surplus ou l'excédent<sup>495</sup>. Conceptuellement, la *mourabaha* est une vente au premier prix d'achat majoré d'une marge bénéficiaire connue qui a été convenue entre les parties<sup>496</sup>. En effet, les jurisconsultes musulmans assimilent la *mourabaha* au contrat de vente en la classant dans la catégorie de vente *Amana*. En droit musulman classique, la vente est divisée en deux grandes catégories :

- La vente *moussawamah* (vente avec négociation) : c'est une vente à prix établi contractuellement par l'acheteur et le vendeur sans référence explicite au prix d'achat initial.
- La vente *amana* (vente fiduciaire) : c'est une vente dans laquelle le vendeur déclare à l'acheteur le prix d'achat de la chose vendue<sup>497</sup>. En d'autres termes, il s'agit d'une vente consistant en l'accord entre le vendeur et l'acheteur sur le prix de la marchandise tout en prenant en compte le prix d'achat par le vendeur<sup>498</sup>.

La *mourabaha* constitue la principale forme des ventes *amana* parce qu'elle repose sur la déclaration du prix d'achat initial par le vendeur. Elle se fonde sur la confiance de l'acheteur dans la parole du vendeur. La vente au prix de revient majoré se distingue par le fait qu'elle ne trouve pas d'équivalent dans le droit positif moderne. Elle apparaît comme une notion combinant l'éthique et les transactions commerciales, la foi islamique et la vie économique. Dans la pensée islamique, ces deux concepts sont indissociables. L'aspect contraignant de cette vente consiste dans la sanction religieuse<sup>499</sup>.

Si les jurisconsultes divergent quant à la qualification de la *Mourabaha*, ils s'accordent sur le sens et le contenu de celle-ci. Elle est donc définie comme un contrat de vente au prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire connue et convenue entre l'acheteur et le

---

<sup>495</sup> Ibn Mandour, *Lissan Al Arab*, 5/103, article « *Rabiha* ».

<sup>496</sup> Al Dassouqi, *Hachiat Al Dassouqi ala Al Charh al Kabir*, 3/160 ; Al Adawui, *Hachiat Al Adawui Ala Al Kharchi*, 5/180.

<sup>497</sup> Mohameden Sidi Mohamed, « La *Mourabaha* comme mode d'intervention dans les banques islamiques », in *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaires, N°37, 1996, p. 124.

<sup>498</sup> La vente à prix de revient majoré est basée sur la confiance dans la relation entre les deux parties.

<sup>499</sup> Abdelhamid Al Ba'ali, *Les instruments de financement et d'investissement dans les institutions financières islamiques*, op. cit., p. 76.

vendeur<sup>500</sup> (*Al bay'ou bi ribhin ma'loum*). Pour l'école Malékite, il s'agit de la vente d'une marchandise au prix d'achat auquel se rajoute une marge bénéficiaire connue (*Ribh ma'loum*)<sup>501</sup>.

Sur ce fondement la *Mourabaha* est une vente au premier prix d'achat majoré d'une marge bénéficiaire connue qui a été convenue entre les parties. Cette conception de la *Mourabaha* est pleinement acquise auprès des savants du *Fiqh* depuis des siècles et fait leur unanimité. De son côté, l'AAOIFI<sup>502</sup> donne la définition suivante de la *mourabaha* : « la vente d'un bien pour un prix égal au prix d'achat avec une marge définie et approuvée par les parties. Cette marge de profit peut être un pourcentage du prix de vente ou un montant fixe »<sup>503</sup>.

La licéité religieuse de la *mourabaha* repose sur plusieurs fondements. Deux versets coraniques sont particulièrement invoqués dans ce cadre. Il s'agit, d'une part, du verset 275 de la sourate Al Bakara qui affirme le principe suivant : « Ceux qui pratiquent l'usure se présenteront, le Jour de la Résurrection, comme des aliénés possédés par le démon et ce, pour avoir affirmé que l'usure est une forme de vente, alors que Dieu a permis la vente et a interdit l'usure [...] »<sup>504</sup>, et d'autre part, du verset 198 de la même sourate qui déclare : « Il n'est pas interdit, [...], de rechercher quelques faveurs de votre Seigneur [par la pratique du négoce] ». Les savants interprètent ce verset dans un sens favorable à la *mourabaha* dans la mesure où cette dernière vise à réaliser le gain et le profit à travers le commerce<sup>505</sup>.

Les Hanafites, Chaféites et la majorité des Malékites admettent la légalité de la *mourabaha* en se référant à sa non réprobation. D'ailleurs, plusieurs savants avaient adopté ce même point de vue comme Ibn Massoud, Ibn Sirin, Said Ibn Al Moussaka et Nakha'i et bien d'autres. Ils fondent leur avis par le fait que le prix initial d'achat ainsi que la valeur du gain sont bien déterminés<sup>506</sup>.

---

<sup>500</sup> AL Kassani, *Badai' Al Sanai'*, 7/193 ; Al Dassouqi, *Hachiat Al Dassouqi ala Al Charh al Kabir*, 3/160 ; Al Adawui, *Hachiat Al Adawui Ala Al Kharchi*, 5/180 ; Al Charbini, *Moughni al Mouhtaj*, 2/77 ; Al Bouhouti, *Al Rawad Al Mourba'*, 2/91 ; Ibn Abdin, *Hachiat Ibn Abdin*, 4/152 ; Al Chirazi, *Al Mouhzaab*, 12/375.

<sup>501</sup> Al Dassouqi, *Hachiat Al Dassouqi ala Al Charh al Kabir*, 3/160.

<sup>502</sup> Acouting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions.

<sup>503</sup> Norme 8 Standars AAOIFI.

<sup>504</sup> Illustrant l'opposition entre l'usure et la vente, ce verset fonde la légalité de la *mourabaha* grâce à l'assimilation de cette dernière à la vente.

<sup>505</sup> Lmahfoud Saadouni et Tener genc, « la *mourabaha* : principes, pratiques, controverses », Les Cahiers de la Finance Islamique, N° Spécial, 2015, p. 9.

<sup>506</sup> Ibn Qudama, *Al Moughni*, 5/199.

De son côté l'Imam Ahmad Ibn Hanbal<sup>507</sup> s'est montré réticent à l'égard de la *mourabaha*. Pour lui, ce contrat, bien que valide du point de vue de la religion, est déconseillé car il « comporte un genre d'ignorance et donc il vaut mieux l'éviter. De plus, Ibn Omar et Ibn Abbas ont aussi affirmé leur réprobation et on ne connaît pas de Sahabas (compagnons du Prophète) qui les ont contredits »<sup>508</sup>. Certains docteurs Malékites considèrent la *mourabaha* comme illicite. Pour fonder leur thèse, ils affirment que la *mourabaha* « nécessite une réflexion profonde pour déterminer le profit et que le vendeur a besoin de fixer le prix et ce qu'il s'ensuit comme dépense »<sup>509</sup>.

Au-delà de ces opinions dissidentes, la légalité de la *mourabaha* a réalisé un large consensus au sein de la communauté islamique. Sa validité est pleinement acquise auprès des jurisconsultes depuis des siècles et fait leur unanimité. Dans cette perspective, Al Kassani a dit : « les individus se sont transmis ces actes de vente et autres au fil des siècles de manière continue sans répréhension sur leur légalité »<sup>510</sup>. L'école Zâhirite s'est prononcée contre la légalité de la *mourabaha*. Elle affirme la nullité du contrat de la *mourabaha*. Cette interdiction est justifiée par le fait que la *mourabaha* est, selon cette école, une vente conditionnelle et comporte une part d'incertitude (*gharar*). Notons que cette école interdit toute sorte de conditions dans le contrat<sup>511</sup>.

## **B)- Conditions de la *mourabaha***

Comme les autres contrats, le contrat de *mourabaha* doit respecter un certain nombre de conditions. Dans cette optique, deux types de conditions peuvent être distingués : les conditions générales et les conditions particulières ou spécifiques.

Les conditions générales sont les mêmes qui figurent dans les autres contrats. En droit islamique, pour que le contrat de *mourabaha* soit valide, plusieurs conditions générales doivent être réunies : l'offre et l'acceptation (consentement des deux parties), la capacité

---

<sup>507</sup> Un grand jurisconsulte musulman et fondateur de l'école juridique Hanbalite (164-241 de l'hégire).

<sup>508</sup> Ibid.

<sup>509</sup> Al Dardir, *Al Chark Al Kabir*, Chapitre 3, p. 159 ; Dassouqi, *Hachiat Al Dassouqi ala Al Charh al Kabir*, 3/159.

<sup>510</sup> AL Kassani, *Badai' Al Sanai'*, 7/193.

<sup>511</sup> Ibn Hazm, *Al Mouhala*, 9/14.

juridique des contractants, la licéité et l'existence de l'objet et d'autres conditions qui ont précédemment été étudiées<sup>512</sup>.

Etant donné son caractère propre, le contrat de *mourabaha* doit respecter un certain nombre de conditions spécifiques qui sont les suivantes :

- Le prix initial d'achat de la marchandise doit être clairement déclaré à l'acheteur. Si cette condition n'est pas respectée par le vendeur, l'acheteur a le droit de dénoncer l'acte de vente ;
- Le profit doit être déterminé de manière précise. Ce profit peut être soit un pourcentage du prix de la marchandise, soit un montant fixe ;
- Le premier acte de vente doit être valable<sup>513</sup> ;

### **C)- La place de la *mourabaha* dans les institutions financières islamiques**

Les institutions financières islamiques font fréquemment appel au contrat de *mourabaha*. Celui-ci est considéré comme un des canaux essentiels de financement islamique. On peut distinguer deux types de *mourabaha*. Le premier type est une transaction directe entre un vendeur et un acheteur. Le vendeur dans cette opération a la qualité de commerçant qui se procure les marchandises sans avoir besoin de se fonder sur une promesse d'achat préalablement, et expose ensuite ses marchandises à la vente de *mourabaha* au prix et marge fixés. Cette catégorie correspond à la *mourabaha* traditionnelle puisqu'il s'agit « d'une vente classique, au comptant ou à tempérament, au prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire connue et convenue entre un vendeur et un acheteur »<sup>514</sup>.

Le deuxième type consiste en une vente de *mourabaha* au profit du donneur d'ordre d'achat. C'est donc un outil de financement utilisé par les institutions financières islamiques, elle se compose de trois parties qui sont le vendeur, l'acheteur et la banque qui est un commerçant intermédiaire entre le premier vendeur et l'acheteur. Dans ce cas, la banque n'achète les marchandises qu'à la condition que l'acheteur a exprimé sa volonté et la présence d'une promesse d'achat préalable de sa part. En effet, la vente de *mourabaha* au profit d'un

---

<sup>512</sup> Pour plus de détails voir, Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p.157.

<sup>513</sup> Ibn Qudama, *Al Moughni*, 4/129 ; AL Kassani, *Badai' Al Sanai'*, 5/223 ; Al Qarnati, *Al Taj Wa Al Iklil*, 4/490.

<sup>514</sup> Mohameden Sidi Mohamed, « La *Mourabaha* comme mode d'intervention dans les banques islamiques », art. pré., p. 9.

donneur d'ordre d'achat est considérée comme une des opérations de vente moderne dans les opérations de finance islamique ; ce mécanisme a été développé par les juristes contemporains sur la base du contrat classique de la *mourabaha* tout en tenant compte des nouvelles données du contexte économique et financier<sup>515</sup>.

Nous pouvons expliciter la *mourabaha* au profit d'un donneur d'ordre d'achat comme étant la demande du client à sa banque afin que celle-ci achète une marchandise déterminée aux caractéristiques précises sur le fondement d'une promesse qu'il fait d'acheter cette marchandise dont il a besoin, à travers la *mourabaha* et ceci avec le pourcentage ou la marge bénéficiaire convenue. Il payera ainsi le prix en plusieurs parties ou à échéance selon ses capacités financières<sup>516</sup>. Cette opération se déroule en trois étapes : la première consiste en une promesse d'achat établie par le client au commerçant, et que ce dernier rapporte à la banque en qualité de donneur d'ordre ; la deuxième étape est celle de l'achat des marchandises par la banque ; la troisième étape est celle de la conclusion d'un contrat de vente entre la banque et le donneur d'ordre<sup>517</sup>.

Le contrat de *mourabaha* au profit d'un donneur d'ordre d'achat contient différents éléments. Le premier est la présence d'une promesse ferme d'achat des marchandises de l'acheteur à la banque, suivi par la conclusion d'un contrat de vente entre la banque et le vendeur, ce dernier étant le propriétaire de la marchandise. Enfin est conclu un contrat de vente *mourabaha* entre la banque et l'acheteur. Mais nous pouvons remarquer ici que si la banque opère une augmentation du prix payé en contrepartie de l'échelonnement, dans ce cas nous sommes en présence d'une vente à crédit. Ces différentes opérations sont combinées à travers le regroupement de contrats dans un seul et même contrat. La *mourabaha* est ainsi constituée par la réunion de différents contrats dans un seul et même contrat<sup>518</sup>.

Afin de garantir le bon déroulement de l'opération de *Mourabaha*, la marchandise faisant l'objet d'un ordre d'achat doit entrer dans le patrimoine de la banque et de sa garantie, et cela préalablement à la conclusion du second contrat avec le client. Le prix stipulé dans la *Mourabaha* ne doit pas être susceptible d'une augmentation dans le cas d'un défaut de

---

<sup>515</sup> Hicham Abdelhai, *Les banques islamiques* (en arabe), inédit, p.70,

<sup>516</sup> Mohamad Chber, *L'investissement dans l'économie islamique*, op. cit., p.334 ; Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, op. cit., p. 160 et s.

<sup>517</sup> Mohamad Al Wadi et Samhane Houssein, *Les banques islamiques : la théorie et les applications pratiques* (en arabe), Dar Al Mouthir lil Nachr, Amman ; Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse de droit, Université de La Rochelle, 2011, p. 77 et s.

<sup>518</sup> Mohamad Irchid, *Al Chamel dans les transactions et opérations des banques islamiques*, op. cit., p. 76 ; Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2<sup>ème</sup> éd. RB Edition, Paris, 2012, p. 51.

paiement par le client. De même, la vente par *Mourabaha* ne doit pas ouvrir la possibilité d'un gain usuraire (*Riba*), en ce sens que l'acheteur ne doit pas obtenir ce gain, usant de la marchandise comme un moyen à cette fin<sup>519</sup>.

Il faut également délimiter les caractéristiques de la marchandise, dans son poids ou nombre, ou de manière suffisamment précise excluant toute ignorance à son sujet. En effet, le second acheteur doit être en connaissance du premier prix d'achat par lequel son vendeur a obtenu la marchandise. De même, le profit doit être connu qu'il s'agisse d'un montant précis ou d'un pourcentage précis de la marchandise. Enfin, il faut que les parties s'accordent sur le reste des conditions ainsi que les lieux et temps de la transaction et les moyens de livraison<sup>520</sup>.

La conclusion du contrat de *mourabaha* au profit du donneur d'ordre d'achat se déroule de la manière suivante. Tout d'abord, le client doit préciser ses besoins et les caractéristiques de la marchandise souhaitée et demande du vendeur qu'il précise son prix. Ce vendeur émettra une offre de différents prix dans un délai déterminé. Ce n'est que par la suite, qu'intervient l'étape de la signature du client sur la promesse d'achat, en ce sens où le client promet d'acheter la marchandise à la banque par *Mourabaha* avec ses garanties et en addition du gain convenu préalablement.

Après cela, l'institution financière islamique étudie la demande et précise ses conditions et garanties à l'acceptation de l'opération de vente. Une fois que le client accepte l'offre de la banque, cette dernière procède à l'achat de la marchandise auprès du vendeur et lui paye le prix.

Ensuite, la banque et le client signent l'acte de vente *Mourabaha* conformément à l'accord sur la promesse d'achat et le moyen de paiement. A cette étape, la banque transfère la marchandise dans ses dépôts ou la consigne en tant que garantie auprès du vendeur. Enfin, la banque délivre à l'acheteur l'autorisation de livraison de la marchandise afin qu'elle soit réceptionnée des dépôts ou du lieu fixé dans les stipulations contractuelles<sup>521</sup>.

Dans sa pratique actuelle dans les institutions financières, la *mourabaha* est juridiquement composée d'une promesse d'achat et de vente et d'un contrat de vente *mourabaha*. Comme l'indique Sidi Mohameden, « Tant que la marchandise objet de la vente

---

<sup>519</sup> Mohamad Chber, *L'investissement dans l'économie islamique*, op.cit, p.79.

<sup>520</sup> Mohamed Al Baltaji, *Les banques islamiques : la théorie, les applications et les défis* (en arabe), Librairie internationale Al Chourouk, Le Caire, 2012, p.44.

<sup>521</sup> Abdelaziz AL Qassar, Issam Al Anzi et Ali Alrached, *Les transactions financières islamiques contemporaines* (en arabe), Majlis al Nachr al Ilmi, Le Koweït, 2011, p.63.

n'est pas en possession de la banque, l'opération reste toujours dans le cadre de la promesse de la part du client d'acheter aux conditions arrêtées auparavant, et de la part de la banque de conclure cette vente aux mêmes conditions »<sup>522</sup>. Cela pose la question de l'engagement de l'acheteur par sa promesse.

Les savants du Fiqh ne s'accordent pas sur ce sujet. La majorité des docteurs admet que la promesse engage religieusement mais n'est pas contraignante juridiquement, car la promesse est un contrat de donation, et les donations ne sont pas contraignantes dans la mesure où il s'agit de libéralités<sup>523</sup>. Certains savants Malikites affirment que la promesse est contraignante juridiquement<sup>524</sup> et citent à l'appui de leur propos le verset « Ô vous qui avez cru ! Pourquoi dites-vous ce que vous ne faites pas ? »<sup>525</sup> ; ils citent aussi le hadith du Prophète « l'hypocrite ayant trois traits de personnalité dont celui de ne pas tenir ses promesses »<sup>526</sup>. Se distinguent dans ce courant Malikite, le courant d'Ibn Al Kassim selon lequel la promesse est juridiquement contraignante lorsque l'objet de la transaction est lié à une chose objet de la promesse<sup>527</sup>.

C'est donc sur cet avis que s'est accordé la majorité du Fiqh, et a décidé que la promesse émanant du donneur d'ordre ou de l'ordonné distinctement, doit être contraignante au prometteur religieusement sauf pour motif valable ; et elle est contraignante juridiquement lorsque l'objet de la promesse est rattaché à une cause où le promettant se trouve lié par cet objet. L'effet de cette contrainte dans cette situation se précise soit par l'exécution de la promesse ou par l'indemnisation du dommage causé du fait de l'inexécution de la promesse sans motif légitime<sup>528</sup>.

Concernant les applications du contrat de *Mourabaha*, les banques font usage de la *Mourabaha* dans des cas de figure précis :

*Le premier* : opérations de *Mourabaha* monétaires. Une fois le paiement intégral effectué lors de la livraison par le client, nous remarquons ici que l'acheteur n'avait pas pour intention dans cette opération le financement lui-même, mais visait autre chose qui est le

---

<sup>522</sup> Mohameden Sidi Mohamed, « La *Mourabaha* comme mode d'intervention dans les banques islamiques », art. pré., p. 126.

<sup>523</sup> Ibn Hamidine, *Al ouqoud al diriya fi tanqih al fatawi al hamidiya*, 2/321 ; al Maradaoui, *Kitab al anssaf fi ma'rifat al rajih min al khilaf*, 5/190.

<sup>524</sup> Al Hattab, *Tahrir al kalam fi massa'il al iltizam*, 1984, p.154.

<sup>525</sup> Le Noble Coran, Sourate « Al Saff » (Les rangs), verset 2.

<sup>526</sup> Rapporté par Al Boukhari dans « *Sahih* », *Kitab al Iman*, Chapitre *Alamat al Mounafiq*, n°32.

<sup>527</sup> Imam Malek, *Al moudaouana*, 3/270.

<sup>528</sup> Décision issue de la 5<sup>ème</sup> session conclue au Koweït en 1988

bénéfice des compétences de la banque et de ces relations commerciales en contrepartie d'un gain déterminé.

*Le deuxième* cas consiste en des opérations de *Mourabaha* différées. Ici, le paiement est différé par une durée déterminée et par échéance ; il intervient postérieurement à la réception de la marchandise. L'objectif de l'acheteur ici est d'obtenir un financement car il n'est pas en mesure de payer le prix de la marchandise immédiatement.

*Le troisième* consiste en des opérations de *Mourabaha* internationales. Ici, la banque effectue l'achat de la marchandise de l'étranger et cela à la demande du client, après l'étude de la demande d'achat et l'obtention de diverses garanties. Cette opération est considérée comme une alternative au crédit documentaire pratiqué par les banques traditionnelles.

La banque islamique achète la marchandise en son nom propre et la revend au client donneur d'ordre d'achat, après l'entrée de cette marchandise dans les dépôts de la banque. Il est possible au client de payer le prix de la marchandise intégralement lors de la livraison ou au moyen d'échéances futures déterminées<sup>529</sup>.

Le contrat de *Mourabaha* est considéré comme le moyen de financement le plus utilisé dans les institutions financières islamiques, et même le plus important des financements sur lequel reposent les banques islamiques, car il permet un financement partiel des activités des clients commerçants et leur permet d'obtenir des marchandises matières premières ou machines et outillages, d'une provenance nationale ou internationale. Ce succès de la *mourabaha* s'explique par ses avantages notamment pour l'institution financière islamique. Ces avantages résident dans les éléments suivants : premièrement, la *mourabaha* avec ordre d'achat constitue une alternative au crédit à base d'intérêt ; deuxièmement, ce mécanisme de financement est moins risqué par l'institution financière islamique ; troisièmement, la *mourabaha* représente un outil de financement efficace à moindre coût pour l'établissement financier car elle permet de réaliser des profits importants tout en limitant les risques<sup>530</sup>.

Par ailleurs, il est important de souligner que l'une des raisons les plus importantes ayant poussé les banques islamiques à utiliser massivement les opérations de *Mourabaha*, est

---

<sup>529</sup> Mohamad Irchid, *Al Chamel dans les transactions et opérations des banques islamiques*, op. cit., p.80 ; Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2<sup>ème</sup> éd. RB Edition, Paris, 2012, pp. 60-61.

<sup>530</sup> Lmahfoud Saadouni et Tener genc, « la *mourabaha* : principes, pratiques, controverses », Les Cahiers de la Finance Islamique, N° Spécial, 2015, p. 13.

le fait que les banques centrales traitent les banques islamiques de la même manière que les banques traditionnelles, sans prendre en considération les spécificités et la nature différente des banques islamiques. Cet élément empêche l'exécution des modes de financement basés sur la participation, alors qu'il n'existe aucun obstacle juridique, ou administratif dans l'exécution des contrats de *Mourabaha* au profit du donneur d'ordre d'achat, à la vue de son rapprochement du financement traditionnel mais dans le cadre précis d'obligations spécifiques de la Charia. Il est également pour cause de son expansion, le fait qu'elle réalise des profits garantis pour les banques islamiques, ce qui leur permet de résister à la concurrence des banques traditionnelles. La majorité des projets d'investissements ne révèlent leurs résultats qu'après une longue durée et cela a des incidences négatives sur les liquidités des banques ; cela à l'inverse de la *Mourabaha* car elle est simple d'application, et de courte durée, ce qui permet une circulation rapide des capitaux et une réalisation de profits<sup>531</sup>.

En réalité, cette expansion dans l'utilisation du contrat de *Mourabaha* par les banques islamiques est critiquable, car il éloigne celles-ci de leur finalité originelle et entre en contradiction avec leur première vocation. En effet, l'origine des institutions financières islamiques réside dans la réalisation de projets d'investissements et la croissance économique des sociétés. Comme l'indiquent Lmahfoud Saadouni et Tener genc, « A long terme, les institutions financières islamiques doivent s'efforcer de trouver des solutions innovantes dans le but de rassurer et convaincre les plus sceptiques puisque les controverses autour de la *mourabaha* peuvent rejaillir sur l'ensemble de la finance islamique et nuire à son image de finance éthique »<sup>532</sup>.

## §2. Le *Salam*

Comme le prêt à intérêt fixe est interdit en droit musulman, le contrat de *salam* est institué en vue de réaliser les intérêts des parties contractantes en facilitant certaines activités économiques. Il s'agit, en effet, d'un contrat de vente à tempérament. Un des modes de financement islamique, ce mécanisme pourrait offrir des nouvelles perspectives aux institutions financières islamiques en contribuant à leur développement futur. Dans cette

---

<sup>531</sup> Saadaddine Alkabi, « La vente de *mourabaha* et ses applications contemporaines » (en arabe), Revue de la recherche scientifique, Liban, p. 70 ; Hassan Chahatah, « Le financement islamique tel que pratiqué par les banques islamiques » (en arabe), [www.darelmashroa.com](http://www.darelmashroa.com).

<sup>532</sup> Lmahfoud Saadouni et Tener genc, « la *mourabaha* : principes, pratiques, controverses », art. préc., p. 20.

perspective, nous examinerons le cadre juridique général de la *salam* (A) avant d'aborder sa place dans la pratique financière islamique contemporaine (B).

## A)- Le cadre juridique général de la *salam*

La compréhension du cadre juridique général de la *salam* implique que l'on se penche au préalable sur sa définition et sa légitimité (1), ainsi que sur ses conditions de validité (2).

### 1)- Définition et légitimité de la *salam*

Littéralement, le mot « *salam* » (du verbe : *aslama*) signifie avancer ou payer immédiatement le capital « *takdim rass al mal wa isti'jalihi* »<sup>533</sup>. On a employé le terme *salam* parce que le paiement se fait avant l'existence même de l'objet du contrat. Cette pratique constitue une exception à la prohibition islamique générale de la vente de la chose inexistante. Cette exception se justifie par le principe de nécessité et les besoins des gens à ce type de contrat. Force est de constater que le mot « *salam* » est utilisé par les habitants de Hijaz (péninsule arabique) alors que les habitants d'Iraq emploient le terme « *salaf* », qui signifie simplement le fait d'avancer le capital. Ce mot a une signification plus générale que celle du terme « *salam* ». En effet, le terme « *salam* » désigne le fait de régler le capital sur place dans le conseil du contrat, c'est-à-dire dans le lieu de la conclusion du contrat<sup>534</sup>.

Juridiquement, les juristes musulmans, bien qu'ils soient divergents quant aux termes employés, s'accordent sur la définition de la *salam*. Selon eux, le *salam* est un contrat de vente dans lequel le paiement est avancé et la livraison différée (*bai'oun 'ajel bi ajel*)<sup>535</sup>.

D'après Ibn al-Hammam, « le *salam* est l'acquittement immédiat d'un achat à terme. Le terme concerne la marchandise (absente) vendue contre paiement au comptant de son

---

<sup>533</sup> Ibn Mandour, *Lissan Al Arab*, Le mot « Salama », 12/ 295.

<sup>534</sup> Al Shawkani, *Nail al awttar*, 5/249.

<sup>535</sup> Al Sarkhassi, *Al Mabsout*, 12/124 ; Al Nawawi, *Rawdat al talibiin*, 3/242 ; Al Bahouti, *Al Rawd al Mourbi*, 2/163 ; Ibn Qoudama, *Al Moughni*, 4/196 ; Al Qourtobi, *Al Jami' li Ahkam al quoran*, 3/178 ; Al Dardir, *Charh al saghir*, 3/261.

prix »<sup>536</sup>. Cette définition met l'accent sur la notion d'échéance ou de terme qui est liée à la chose vendue et sur l'idée d'acquittement (au comptant) du prix convenu.

A la lumière de ce qui précède, il apparaît que le *salam* est un contrat de vente avec livraison différée et au paiement comptant. Il s'agit d'un contrat à terme puisque le bien acheté n'existe pas au moment de la signature du contrat. Par conséquent, ce contrat peut être considéré comme illicite étant donné que, selon le droit islamique, on ne peut pas vendre ce qui n'existe pas ou ce que l'on ne possède pas. Cependant, à l'époque du Prophète, les paysans pratiquaient le *salam* pour se procurer des fonds en attendant la récolte. Cette pratique a été légitimée par référence au principe de nécessité sous certaines conditions. Ce contrat constitue donc une exception à l'interdiction générale de la vente de la chose inexistante. Conçu à l'origine pour répondre aux besoins du secteur agricole, le *salam* est devenu un mode de financement mobilisable dans tous les secteurs de la vie économique<sup>537</sup>.

Concernant la légitimité du *salam*, les juristes s'accordent pour dire que le contrat de *salam* est un contrat licite en droit musulman. Plusieurs sources fondent cette légitimité. Dans le Coran, on évoque les versets suivants : « Ô vous qui croyez. Quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez là par écrit »<sup>538</sup>. Selon Ibn Abbas, ce verset a été révélé spécialement pour le *salam*. Il dit à cet égard : « j'atteste que le *salaf (salam)* garanti à terme a été légalisé et autorisé par Allah dans son livre »<sup>539</sup>.

La licéité du *salam* repose également sur la Sunna. Dans cette optique, on cite le hadith d'Ibn-Abbas qui a dit : « Le Prophète est arrivé à Médine à un moment où les gens achètent les dattes sur une et deux années, il a dit : celui qui achète un bien qui lui sera livré ultérieurement, qu'il le fasse en une mesure connue, un poids connu et à une échéance déterminée »<sup>540</sup>. Il en résulte que le Prophète a approuvé la légalité du contrat de *salam* pratiqué par les gens de Médine à son époque. S'il avait le moindre doute sur la licéité de ce contrat, le Prophète aurait procédé certainement à son interdiction explicite.

Le consensus légitime également la pratique de la *salam*. En effet, Ibn al-Moundhir a rapporté que le contrat *salam* est approuvé par tous les juristes de son époque<sup>541</sup>. Ibn

---

<sup>536</sup> Ibn al-Hammam, *Fath al-kadir*, vol. 5, p. 323.

<sup>537</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit, p. 64.

<sup>538</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Bakara, verset 282.

<sup>539</sup> Athar Ibn Abbas, Rapporté par Al Chafii, 2/171 ; Al Hakem, *Al Moustadrak ala assahihin*, 2/286.

<sup>540</sup> Hadith rapporté par Al Boukhari, 2/781, N°2125.

<sup>541</sup> Ibn Qoudama, *al-Moghni*, vol. 4, p. 275.

Rouchd a affirmé que les Oulémas ont reconnu la légalité de la *salam* dans tout ce qui est mesurable et quantifiable<sup>542</sup>. Cela étant dit, le contrat de *salam* n'en reste pas moins soumis à des conditions qui déterminent sa validité juridique.

## 2)- Les conditions de validité du *salam*

Pour que le contrat de *salam* soit valide, plusieurs conditions doivent être respectées. Celles ci sont de deux catégories : conditions générales et conditions particulières ou spécifiques. S'agissant des conditions générales, elles ont déjà été étudiées et il n'y a pas de place pour y revenir ici.

En ce qui concerne les conditions spécifiques du *salam*, elles consistent en ce qui suit<sup>543</sup> :

- Le règlement du capital au moment de la signature du contrat. Toutes les écoles juridiques islamiques exigent cette condition sous peine de nullité du contrat<sup>544</sup>, à l'exception de l'école Malékite qui donne à l'acheteur la possibilité de s'acquitter du montant dans les deux ou trois jours qui suivent la conclusion de la convention<sup>545</sup>.

- La détermination du prix de la marchandise. Le capital de la transaction doit être précisé de manière détaillé et connu à l'avance par les parties. Cette condition vise à réduire au maximum les risques de conflits entre les contractants.

- La précision des caractéristiques de la marchandise objet du contrat (*mousalam fih*). Comme la chose objet du contrat de *salam* est inexistante au moment de la signature du contrat, celle-ci doit être déterminée avec précision en mentionnant toutes ses caractéristiques (genre, qualité, quantité, couleur, poids, etc.)<sup>546</sup>. Cette condition n'est qu'une application du hadith prophétique relatif au *salam* mentionné plus haut. A l'instar de la condition précédente, cette condition a pour objectif d'éviter les conflits éventuels entre les parties contractantes.

---

<sup>542</sup> Ibn Rouchd, *Bedaiyat al moujtahid wa nihaiyyat al mouktassid*, 2/98.

<sup>543</sup> Pour plus d'information voir, Abdel Aziz Al Kassar, *Les transactions financières contemporaines*, op, cit, p. 167 ; Mahmoud Archid, Al Chamel, op, cit, p. 108 et s ; Mohammed Alkandari, op, cit, p. 218 ; Hafía' Al Dowekat, *Le contrat de salam dans les banques islamiques* (en arabe), Mémoire, Université Al Yarmouk, Jordanie, 2003, p.24.

<sup>544</sup> Ibn Hamam, *Charh Fath al kadir*, tome 7, pp. 97-98 ; Ibn Rouchd, *Bedaiyat al moujtahid wa nihaiyyat al mouktassid*, tome 2, pp.202-203.

<sup>545</sup> Al Doussouki, *Al Hachia*, 3/196.

<sup>546</sup> Ibn Quodama, *Al Moughni*, 4/369.

Une partie de la doctrine interdit que le contrat de *salam* porte sur des animaux, parce qu'il est très difficile pour le vendeur de livrer la marchandise objet du contrat selon les conditions de l'acheteur. C'est l'opinion de l'Imam Abu Hanifa<sup>547</sup>.

- La détermination de la quantité à livrer à l'échéance. Si le capital avancé doit être connu à l'avance par les parties, il en va de même en ce qui concerne sa contrepartie. Celle-ci doit être bien précisée et connue par les contractantes en mesure, en nombre ou en poids.

- La détermination de la date de livraison. En principe, la date d'échéance doit être bien précisée. Mais dans certaines situations, la détermination d'une date précise de livraison s'avère impossible comme c'est le cas des récoltes des produits agricoles. Une partie de la doctrine autorise la désignation de l'échéance par la période des récoltes sans fixer une date précise. C'est l'avis de l'Imam Malek, l'Imam Ahmad et bien d'autres<sup>548</sup>.

- L'objet du contrat (*al mousalam fih*) doit être une dette qualifiée, c'est à dire une dette déterminée par ses caractéristiques. Il doit en outre être livrable à l'échéance prévue parce que la livraison est une obligation contractuelle. Le but de cette condition est d'éviter l'incertitude ou *gharar*.

- La durée du contrat : il y a une divergence entre les juristes musulmans quant à la durée du contrat de *salam*. L'école Malékite retient la durée d'une quinzaine de jours. Les écoles Hanafite et Hanbalite adoptent la durée d'un mois. A la différence de ces écoles, l'école Chaféite n'a pas avancé une période précise. Cette école autorise le contrat de *salam* immédiat<sup>549</sup>. Pour Ibn Hazm, le contrat dans lequel l'échéance est d'une heure et au-delà est valable<sup>550</sup>.

S'agissant de la durée maximale, cette question n'a pas été examinée par les écoles juridiques. Il nous semble que la question de la durée du contrat relève de la volonté des parties contractantes qui doivent s'entendre sur l'échéance qui correspond le mieux à leurs besoins.

---

<sup>547</sup> Ibid. p. 295.

<sup>548</sup> Mohamed Boudjellal, « as-Salam, al-Istisnaâ, al-Joâla, al-Mouzaraâ, al-Moussakat, al-Mougharassa, ou modes de financement peu utilisés par les banques islamiques », in Institut islamique de recherches et de formation banque islamique de développement, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, op, cit, p.157.

<sup>549</sup> Ibid. p. 158.

<sup>550</sup> Ibn Hazm, *al-Mouhalla*, vol. 9, p. 109

## B)- La pratique du *salam* dans les institutions financières islamiques modernes

A l'heure actuelle, le contrat de *salam* revêt une importance tout particulière dans les activités des institutions financières islamiques. Il se caractérise par sa grande souplesse et sa réponse aux besoins de financement des activités variées, que ce soit dans l'agriculture ou dans le commerce. En effet, le contrat de *salam* est essentiellement sollicité pour financer des projets et opérations agricoles. L'institution financière islamique peut financer ses clients producteurs qui peuvent avoir la marchandise dans la saison de la récolte. Ce mode de financement permet aux agriculteurs de se procurer des ressources indispensables à la réalisation de leur production. En outre, le contrat de *salam* peut être utilisé pour financer les étapes antérieures à la production et à l'exportation des produits. Grâce à cette technique, l'institution financière islamique peut financer ses clients artisans et industriels. A partir de là, le contrat de *salam* contribue au développement économique à travers la participation à l'activité économique et au financement des projets ; il permet aux individus de réaliser leur promotion sociale et leur autonomie matérielle et financière. Il joue également un rôle important dans la diminution du chômage à travers la création de nouveaux emplois.

Actuellement, le contrat de *salam* s'est largement développé en prenant de nouvelles formes. A l'origine, il prenait la forme bilatérale, il s'agissait à l'époque d'un contrat impliquant deux parties : le vendeur et l'acheteur. Cependant, on assiste aujourd'hui à l'apparition d'une nouvelle forme de *salam* : il s'agit du *salam* parallèle (*salam mouazi*). Dans ce type de contrat, l'institution financière islamique vend à une troisième partie une marchandise de même genre et caractéristiques<sup>551</sup>. Cette vente s'opère à échéance et l'institution islamique reçoit le prix en avance. Ici, l'institution devient le vendeur (*Mousalm Ilayhi*). Si l'institution islamique a reçu la marchandise de la première partie, elle la livre à la troisième partie à la date convenue. Si la première partie a manqué à ses engagements, l'institution islamique se voit dans l'obligation de trouver la même marchandise convenue et la livrer à la deuxième partie<sup>552</sup>.

---

<sup>551</sup> Notons que la marchandise objet du contrat n'est pas forcément la même marchandise qui avait fait l'objet du contrat conclu entre l'institution et la première partie.

<sup>552</sup> Mohammad Al Achkar, « salam wa Istisna wa madaa imkaniyyat istifadat al bonouk al islamiyya minhumma », Actes de conférence d'Aman, Les nouveautés du Fiqh (en arabe), 1994, p. 14 ; Mohammed Alkandari, op, cit, p. 221 ; Mahmoud Archid, *Al Chamel*, op, cit, p. 114.

La conclusion d'un contrat de *salam* passe par les étapes suivantes :

- Institution financière islamique et vendeur s'accordent préalablement sur les caractéristiques de la marchandise.
- Conclusion d'un contrat *salam* d'achat entre le vendeur et l'institution financière islamique et paiement du prix fixé. Dans ce contrat, la livraison à une tierce personne, c'est-à-dire à l'acheteur final par exemple peut être autorisée par l'institution islamique. Le vendeur aura la possibilité de recouvrer le montant auprès de l'acheteur et de le verser à l'institution financière islamique.
- Lors de la signature du contrat *salam* avec le vendeur, l'institution islamique peut signer un contrat *salam* parallèle avec l'acheteur, notamment pour se protéger d'une baisse de prix. Une fois le contrat signé, l'institution sera tenue de livrer la marchandise même si le vendeur n'a pas respecté ses obligations en ne livrant pas la marchandise.
- La livraison de la marchandise. Si à la date prévue pour la livraison, le vendeur n'est pas en mesure de livrer la marchandise, les juristes préconisent des solutions différentes. Les écoles Hanafite et Chaféite accordent à l'acheteur la possibilité entre deux options : la restitution du prix sans majoration et sans indemnité compensatoire ou l'attente de la disponibilité de la marchandise. L'école Malékite quant à elle estime qu'en cas de défaut de livraison le contrat doit être annulé. A l'heure actuelle, la majorité de la doctrine contemporaine suggère une nouvelle solution. Celle-ci consiste à donner aux parties la possibilité de convenir d'un remplacement de la marchandise par accord réciproque. Cette solution nous semble convaincante et cadre bien avec la logique du *salam* dans la mesure où ce mode de financement porte sur des biens fongibles. En outre, les parties peuvent renégocier le prix dans l'hypothèse où la quantité livrée est inférieure à celle prévue initialement<sup>553</sup>.
- Règlement par l'acheteur du prix indiqué dans le contrat *salam* parallèle<sup>554</sup>.

En dépit de son importance et de sa souplesse en tant que mode financement, le *salam* reste néanmoins d'un usage assez limité dans les institutions financières islamiques modernes.

---

<sup>553</sup> AAOIFI, Standard on Salam 10, Clause 5 : 8 ; Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op, cit ; p. 98.

<sup>554</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op, cit, p.64.

Ce faible recours au *salam* s'explique par plusieurs raisons : les institutions financières islamiques, la banque par exemple, ont du mal à changer leurs méthodes et leur manière d'aborder les investissements ; le manque d'équipes spécialisées dans la gestion des activités liées au *salam* et leur commercialisation ; la banque islamique privilégie généralement les activités et les produits financiers moins risqués. Cette approche est pour le moins critiquable et n'est pas conforme aux objectifs de la finance islamique<sup>555</sup>.

Par ailleurs, le contrat de *salam* porte de nombreux risques pour l'institution financière islamique. Celle-ci peut subir le risque de défaillance de son client, de non-livraison, de la non-conformité de la marchandise objet du *salam*. Elle peut également subir des frais supplémentaires pour le stockage. Elle encourt notamment le risque de fluctuations des prix du marché, le prix de la marchandise lors de la livraison peut être inférieur à celui lors de la conclusion du contrat. A ces risques s'ajoute aussi le risque fiduciaire en cas de *salam* mouazi (parallèle) quand le premier vendeur n'exécute pas correctement son obligation de livraison<sup>556</sup>.

Pour maîtriser ces risques et assurer la bonne exécution du contrat de *salam*, l'institution financière islamique peut assortir le contrat de garanties pour se prémunir : d'une part vis-à-vis du vendeur, contre le défaut de livraison à l'échéance ; d'autre part vis-à-vis de l'acheteur final, contre le défaut de paiement<sup>557</sup>. Dans cette perspective, elle peut exiger la mise en place d'une caution ou d'une toute autre forme de garantie, comme le gage par exemple<sup>558</sup>. Elle peut également inclure dans le contrat de *salam* une clause prévoyant des pénalités en cas de retard dans l'exécution des obligations. Dans ce cas, les pénalités doivent être versées à des œuvres de bienfaisance. Cependant, cette clause suscite des controverses dans la doctrine concernant sa conformité aux principes de la Charia<sup>559</sup>. Dans sa sixième session tenue à Djeddah en 1990, l'Académie de Fiqh islamique a émis une *fatwa* interdisant

---

<sup>555</sup> Abdel Aziz Al Kassar, *Les transactions financières contemporaines*, op, cit ; pp. 170-171.

<sup>556</sup> Brian Kettell, *Introduction to islamic banking and finance*, John Wiley and Sons, coll. Wiley Finance Series, 2011, pp. 121-122; Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance*, Chichester, John Wiley et Sons, coll. Wiley Finance, LTD, London, United Kingdom, 2007, p. 258.

<sup>557</sup> Genviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op, cit., p. 66.

<sup>558</sup> Dina Abdel Moneim, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, Thèse de droit, Université de Montpellier 1, 2013, p. 123.

<sup>559</sup> Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op. cit., p. 98.

la pratique de la clause pénale. De son côté, l'AAOIFI a confirmé cette *fatwa* dans son standard 10, en arguant du fait que ces pénalités sont constitutives du *riba*<sup>560</sup>.

Au surplus, en tant qu'acheteur, l'institution financière islamique peut faire appel aux garanties que lui offrent l'option de défaut (*khiyar al 'aib*) et l'option de qualité indiquée. Cela veut dire que si l'institution islamique reçoit un produit défectueux ou non conforme aux stipulations du contrat, elle est en droit d'annuler la vente et en conséquence de se rembourser du prix versé sans augmentation aucune<sup>561</sup>. En outre, l'existence de la technique du *salam* mouazi (parallèle) permet à l'institution financière islamique de couvrir notamment les risques liés à la liquidité en se rémunérant sur la différence entre les deux prix<sup>562</sup>.

Le *salam* mouazi ou parallèle pose aujourd'hui des problèmes pratiques et un débat doctrinal notamment en ce qui concerne sa conformité aux règles islamiques du contrat. La question s'est posée de savoir si on peut vendre une chose avant sa réception. Les écoles Hanafite, Chaféite et Hanbalite ont interdit la vente de l'objet du contrat avant sa réception. L'école Malékite quant à elle a admis la licéité d'une telle vente, à condition qu'il ne s'agisse pas de denrées alimentaires<sup>563</sup>. Notons que la majorité des jurisconsultes musulmans contemporains et des institutions financières islamiques ont adopté la position Malékite en autorisant la pratique du *salam* parallèle.

A la lumière de ce qui précède, le contrat de *salam* apparaît comme un exemple intéressant qui puisse permettre aux institutions financières islamiques d'assurer leur développement sur des bases commerciales et non sur la base des techniques de la finance conventionnelle. De plus, il représente une alternative islamique aux modes de financement fondés sur l'intérêt.

---

<sup>560</sup> Selon l'AAOIFI, la marchandise objet du contrat de *salam* est une dette insusceptible d'être augmentée à raison du retard dans l'exécution de ses obligations par le vendeur.

<sup>561</sup> Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance*, op. cit., p. 248.

<sup>562</sup> « après l'achat d'une marchandise par voie de *salam*, la banque peut céder celle-ci via un second *salam* comportant une date de livraison analogue au premier contrat, mais plus courte et ainsi le prix de cession des marchandises sera plus élevé que celui du premier *salam* et la banque se rémunérera sur la différence entre les deux prix, sans supporter les risques liés à sa qualité de propriétaire des biens ». Dina Abdel Moneim, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, op. cit., pp. 123-124.

<sup>563</sup> Abdel Aziz Al Kassar, *Les transactions financières contemporaines*, op. cit. ; pp. 175-176 ; Mohammad Al Achkar, op. cit, p. 133 ; Dina Abdel Moneim, op. cit., 128.

### **§3. L'*Istisnaa***

Le contrat d'*Istisnaa* est considéré comme un des modes de financement important des institutions financières islamiques. Son importance réside dans son adaptation aux évolutions économiques puisque c'est un substitut légal au prêt à intérêt.

L'Académie de Fiqh islamique<sup>564</sup> estime que l'*Istisnaa* joue un rôle essentiel dans l'essor et la dynamisation de l'industrie, mais aussi dans l'ouverture de champs d'investissement et de financement réalisant une croissance économique. En effet, l'*Istisnaa* répond aux besoins des particuliers et des sociétés à travers la mise à disposition de machines, outils et immeubles, etc. Il permet, en outre, aux institutions financières islamiques de développer leurs activités et l'augmentation de leurs profits par le biais de l'investissement et la mise à disposition de financements aux clients. Tout ceci est fondé sur des plans de financements complets pour la construction, préparation et exécution de projets divers et variés qui tendent au domaine du service aux personnes et aux sociétés.

Dans cette perspective, l'étude de l'*Istisnaa* suppose que l'on se penche successivement sur son cadre juridique général (A) et sa place dans la pratique financière contemporaine (B).

#### **A)- Le cadre juridique général de l' *Istisnaa***

Pour bien comprendre le cadre juridique général de l'*Istisnaa*, il convient d'étudier sa définition (1) et sa légitimité (2), ainsi que ses conditions de validité (3).

##### **1)- Définition de l'*Istisnaa***

Etymologiquement, l'*Istisnaa* a pour racine le mot *Istanaa* qui signifie la demande d'ouvrage, c'est donc l'invitation à fabriquer ou à construire un ouvrage, l'ouvrage équivaut au travail<sup>565</sup>.

---

<sup>564</sup> Décision de l'Académie de Fiqh n°65 concernant le contrat d'*Istisnaa*, Revue de l'Académie, Tome 2, p.223.

<sup>565</sup> Ibn Manzour, *Lissan al Arab*, Tome 8, p.209.

Juridiquement, l'*Istisnaa* est considéré comme étant un contrat de vente à terme dont la condition est le produit fini<sup>566</sup>. Cette définition a été adoptée par l'Académie de Fiqh islamique. Celle-ci considère que le contrat d'*Istisnaa* est un contrat fondé sur un bien nécessitant un processus de fabrication, décrit en quantité et caractéristiques. Ce contrat est obligatoire pour les deux parties s'il remplit les règles de bases et les conditions<sup>567</sup>.

De son côté, le Mejjelle ottoman le qualifia de contrat d'entreprise (ou de construction) en vertu duquel une partie « *Moustasni*' » demande à une autre « *Sanii*' » de lui fabriquer ou construire un ouvrage « *Masnou*' »<sup>568</sup>.

Mustapha Al Zarqa définit l'*Istisnaa* comme étant « un contrat d'entreprise permettant l'achat d'un produit fini, que le vendeur « *Sanii*' » s'engage à produire avec des matières premières qu'il se procure, avec des caractéristiques déterminées et à un montant fixé »<sup>569</sup>.

Ainsi à la lumière de ces définitions, nous pouvons constater que la réalité et la nature de l'*Istisnaa* font de lui un contrat distinct de l'*ijara*, et de la simple promesse car l'*ijara* est fondé seulement sur l'ouvrage. Alors que l'*Istisnaa* constitue à l'origine la fabrication ou la construction de l'ouvrage détenu par le vendeur « *Sanii*' ». La relation entre le vendeur « *Sanii*' » et l'acheteur « *Moustasni*' » est proche de la vente et peut être comparable à l'*Ijara* par la présence d'un ouvrage<sup>570</sup>.

De ce fait, l'objet de l'*Istisnaa* est le produit et le processus de fabrication, puisque c'est un contrat indépendant distinct de la vente pure dont l'objet est déterminé lors de la conclusion, mais il est en même temps considéré comme une vente. Selon Al Sarkhassi, « les ventes sont de quatre catégories : premièrement, la vente d'une chose déterminée à un prix ; deuxièmement, la vente d'une dette à terme à un prix (c'est le *Salam*) ; troisièmement, la vente de l'ouvrage de la chose objet de la vente (c'est la location pour ouvrage) ; quatrièmement, la vente d'une chose à condition de son ouvrage, qui est l'*Istisnaa* où le *Moustasni*' *fih* est l'objet de la vente ».<sup>571</sup>

---

<sup>566</sup> AL Kassani, *Badai' Al Sanai*', 6/267.

<sup>567</sup> Revue de l'Académie de Fiqh islamique, 7<sup>ème</sup> session, résolution n°67/3/7, tome 2, n°7, 1992, p.777.

<sup>568</sup> Mejjelle ottoman, article 24.

<sup>569</sup> Mustapha Al zarqa, *Le contrat d'Istisnaa et son importance dans les investissements islamiques contemporains* (en arabe), Dar Al Maarifa, 1995, p.21.

<sup>570</sup> Ibn Hamam, *Fath al Kadir*, 7/114 ; Abdelhamid Al Baali, *Les outils de financement et d'investissement dans les institutions de finance islamique*, op, cit., p.117.

<sup>571</sup> AL Sarkhassi, *Al Mabsout*, 15/84.

En somme, l'*Istisnaa* est un contrat où le *Moustassni* demande au producteur de l'ouvrage un produit issu des matières premières que celui-ci détient, avec des caractéristiques connues et un prix déterminé<sup>572</sup>.

## 2)- Légitimité de l'*istisnaa*

A l'instar du *salam*, le contrat d'*Istisnaa* ne remplissait pas les conditions requises à la validité des contrats en droit musulman. Au regard des spécificités des règles de la Charia islamique, précisément tenant au volet des transactions (*mou'amalat*), on remarque à l'application de ces règles au contrat d'*Istisnaa* que celui-ci est un contrat dont l'objet est inexistant. Il est bien établi en droit musulman que le contrat dont l'objet est inexistant au jour de sa conclusion est interdit. Mais puisque le contrat d'*Istisnaa* repose sur un objet certain inexistant au jour de sa conclusion mais qui le sera au futur, le droit musulman a alors admis la validité de ce contrat<sup>573</sup>.

Pour Ibn Al Qaim, la vente de l'objet inexistant est permmissible lorsqu'il n'y a pas de *gharar*. En effet, aucun texte dans le Coran, la Sunna ou la pratique des Compagnons n'interdit la vente dont l'objet est inexistant<sup>574</sup>. Par contre, la Sunna du Prophète interdit formellement la vente de *gharar* dont l'objet ne peut pas être livré qu'il soit existant ou inexistant<sup>575</sup>.

Il convient de souligner la divergence d'opinions entre les juristes musulmans concernant la qualification du contrat d'*Istisnaa*. La majorité de la doctrine (Malikites, Chaféites et Hanbalites)<sup>576</sup> considère que l'*Istisnaa* est une annexe du contrat de *Salam*, car les exigences sont les mêmes pour les deux contrats. Tandis que les Hanafites considèrent le contrat d'*Istisnaa* comme étant un contrat à part entière, qui a ses propres spécificités et règles<sup>577</sup>.

---

<sup>572</sup> Salih Al Ali, *Les institutions financières islamiques et leur rôle dans le développement économique et sociale* (en arabe), Dar Al Naouader, Koweït, p.150.

<sup>573</sup> Abdel Aziz al Kassar, Issam Al Inzi, Ali Al Rached, *Les transactions financiers contemporaines*, op. cit., p.205.

<sup>574</sup> Ibn Al Qaim, *Aalam al mouaqi'in*, 1/462.

<sup>575</sup> Abdelhamid Al Baali, *Les outils de financement et d'investissement dans les institutions de finance islamique*, op. cit., p. 118.

<sup>576</sup> L'Imam Al Chaféi, *Al Om*, 2/116 ; Ibn Qoudama, *Al Moughni*, 4/27 ; L'Imam Malek, *Al Moudawana*, 9/18.

<sup>577</sup> AL Kassani, *Badai' Al Sanai'*, 5/2.

A partir de ce principe, l'Académie de Fiqh islamique a adopté l'opinion de l'école Hanafite concernant le contrat d'*Istisnaa* sans s'attacher au contrat et conditions du contrat de *Salam*. Ceci est fondé sur le concept d'*Istihssane* qui est connu sous le nom d'analogie implicite « *Qiyas al Khafi* »<sup>578</sup>.

Au-delà de ce débat doctrinal, la légitimité du contrat d'*Istisnaa* s'appuie sur plusieurs sources. Le Coran, première source du droit musulman, contient des indications allant dans ce sens. A cet égard, on peut lire dans un verset : « Ils dirent : « Ô Dūl-Qarnayn, les Yā jūj et les Mā jūj commettent du désordre sur terre. Est-ce que nous pourrions t'accorder un tribut pour construire une barrière entre eux et nous ? »<sup>579</sup>. Le tribut ici est le prix.

Selon la Sunna, le Prophète se fut fabriqué un anneau<sup>580</sup>. Outre ces sources divines, la validité de l'*Istisnaa* fut déduite par son usage reconnu par la société. Il est également probable que la demande d'*Istisnaa* soit forte, et cela fut pris en compte par les règles de la Charia. Le compagnon du Prophète Ibn Massoud disait « ce que les musulmans voyaient être permissible, l'était également chez Allah »<sup>581</sup>.

Nous pouvons ainsi remarquer que les musulmans ont en fait un usage incontestable au fil des siècles<sup>582</sup>, et cela afin de répondre aux besoins de la société par le biais de ce contrat en tout temps et tout lieu.

### 3)- Les conditions du contrat d'*Istisnaa*

L'*Istisnaa* étant un contrat, il doit satisfaire aux conditions générales des contrats telles qu'elles sont précisées en droit islamique. Il s'agit des deux cocontractants, le *Sanii* et le *Moustasnii* ; l'objet du contrat qui est tant le prix que le produit fini ; la rencontre de l'offre et de l'acceptation qui induit un consentement libre et éclairé, ce dernier se manifeste verbalement ou à l'écrit, implicitement ou expressément. Il est également exigé l'absence de

---

<sup>578</sup> Saoud AL Thoubayti, *Le contrat d'Istisnaa et ses effets sur la dynamisation du mouvement économique (en arabe)*, Dar ibn Hazam, Beyrouth, 1995, p.645.

<sup>579</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Kahef (Caverne), verset 94.

<sup>580</sup> Rapporté par l'Imam Ahmad, 3/101.

<sup>581</sup> Al Hafez al Haythami, *Majmaa al zawaid wa manba' al fawaid*, 4/177.

<sup>582</sup> AL Kassani, *Badai' Al Sanai'*, 2/2.3.

tout vice de consentement, mais aussi que l'objet soit licite au regard des règles de la Charia (*Halal*), etc.<sup>583</sup>

Il est également exigé la capacité juridique totale, cela signifie la faculté de la personne à effectuer des actes qui peuvent lui être opposés en droit. Cette capacité juridique se fait par la faculté de discernement, la majorité ou l'émancipation. Il est également exigé une autorité légale, c'est-à-dire une autorité qui permet au contractant d'exécuter le contrat et organiser ses effets juridiques qui lui sont dus ; cette autorité légale trouve son origine soit lorsqu'il exécute son obligation en son nom et pour son compte, soit par l'intermédiaire d'un mandataire agissant par mandat ou procuration<sup>584</sup>.

Concernant l'objet du contrat, les juristes musulmans divergent sur le fait de savoir si c'est le produit ou l'ouvrage de celui-ci qui est l'objet. Deux points de vue se constatent au sein de l'école Hanafite. La majorité de cette doctrine a admis que l'objet du contrat réside dans le produit fini « *Masnou'* » et non pas dans le travail du *Sanii'*. Ainsi si le *Sanii'* offrait un produit fini mais qui n'est pas de sa propre production, ou encore s'il l'avait produit avant la conclusion du contrat et remis au *Moustasni'* alors cela serait admis. Certains auteurs Hanafites considéraient que l'objet du contrat réside dans la prestation de service du *Sanii'* vendeur du produit demandé, c'est-à-dire son travail fourni<sup>585</sup>. Les Hanbalites, quant à eux, soutiennent que l'objet du contrat réside dans le produit « *al Ayn* », la prestation de service lui étant accessoire<sup>586</sup>.

Certains savants modernes conçoivent l'objet du contrat comme étant le produit et la prestation de service conjointement. En ce sens, l'*Istisnaa* se distingue de la vente dont l'objet réside dans le produit ; mais également de l'*Ijara* (location) dont l'objet est la prestation de service ; et du *Salam* dont l'objet réside dans le produit décrit en caractéristiques précises<sup>587</sup>.

Outre ces conditions générales qui s'observent dans tous les contrats, le contrat d'*Istisnaa* doit respecter une série de conditions spécifiques<sup>588</sup>.

---

<sup>583</sup> Ali Al Qaradaghi, « *Aqd al Istisnaa bayn al istbaa wal istiqlal wa bayn al louzoum wal jawaz* », Revue de la faculté de droit et de la Charia, Université du Qatar, n°11, 1993, p.384.

<sup>584</sup> Mustapha Al Zarqa, *Introduction au droit musulman* (en arabe), Dar al Qalam, Damas, 1998, p.405.

<sup>585</sup> Al Sarkhassi, *Al mabssout*, 12/139.

<sup>586</sup> Abdelaziz Al Kassar, Issam al Anzi, Ali Al Rached, *Les transactions financières islamiques contemporaines*, *op.cit*, p. 211.

<sup>587</sup> Ali Al Qaradaghi, *op. cit*, p.136.

<sup>588</sup> Abdelhamid Al Baali, *op.cit*, p.117 ; Ahmad Belkheir, *Le contrat d'Istisnaa et ses applications contemporaines* (en arabe), Mémoire de Master, Université AL Hadj Lakhdar, 2008, p.18 ; Abdelaziz Al Qassar, Issam Al Anzi, Ali Al Rached, *op.cit*, p.212. AAOIFI, 2004-5A, Standard d'Istisnaa 'clauses 3/1/2, 3/1/3.

Pour que le contrat d'*Istisnaa* soit valide, certaines conditions doivent être remplies :

- L'objet du contrat (*Masnou'*) doit être déterminé en indiquant de manière précise ses caractéristiques, sa nature et sa quantité. Cela permet d'éviter tout litige lors de la livraison. L'importance de cette condition réside dans le fait que le produit *Masnou'* est considéré comme étant vendu, il doit donc être déterminé précisément sinon le contrat est réputé nul.

- Le *Masnou'* doit être licite et d'un usage fréquent puisque le contrat d'*Istisnaa* consiste en la vente d'une chose inexistante et qui a pour source l'usage. En effet, l'*Istisnaa'* est légitimé par l'*Istihssane* en ce sens que seul ce qui est utilisé se voit légitimé. Par conséquent, si le produit dont on demande la production ou la fabrication n'est pas habituellement fabriqué, il est possible d'utiliser le *Salam* et non l'*Istisnaa*.

- L'*Istisnaa* doit être constitué de marchandises traitables qu'elles soient consommables ou productives, le *Masnou'* doit permettre l'intervention de l'industrie. Les Hanafites prennent comme exemples l'*Istisnaa* du fer, cuivre, plomb ou autres<sup>589</sup>.

- Les matériaux utilisés pour fabriquer l'objet *Masnou'* doivent provenir du *Sanii*, car s'ils proviennent du *Moustasnii* alors le contrat devient un contrat d'*Ijara* et non pas un contrat d'*Istisnaa*.

- Le prix doit figurer clairement tant dans le genre que dans le nombre afin d'éviter tout litige, puisque le genre consiste en le type de monnaie et le nombre en sa valeur.

- En ce qui concerne la condition de la fixation du délai de livraison dans le contrat d'*Istisnaa*, les juristes musulmans divergent sur ce point. Les Hanafites tendent vers deux opinions : Abou Hanifa exige que la durée dans le contrat d'*Istisnaa* ne soit pas limitée, et en cas de limitation le contrat se transforme en contrat de *Salam*. En revanche, Abi Youssef et Mohamad affirment la validité du contrat que celui-ci ait une durée limitée ou illimitée, car la limitation de la durée ne veut pas dire sa transformation en contrat de *Salam*. En effet, il est d'usage que la durée du contrat soit limitée par habitude, et ceci perdure entre les individus<sup>590</sup>.

---

Mballo Thiam, *De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France*, Thèse droit Privé, université de Toulon, 2013 p. 399 et s

<sup>589</sup> Ibn Abidine, *Al Hachiya*, 4/213.

<sup>590</sup> AL Kassani, « *Badai al Sanai* », 6/86.

L'Académie du Fiqh islamique<sup>591</sup> s'est prononcée en faveur de la limitation du terme dans le contrat d'*Istisnaa*, évitant ainsi tout litige ou contentieux. Cette position de l'Académie semble juste et raisonnable, car l'objectif de la Charia est d'éviter les contentieux dans les opérations. De plus, il est avéré que le contrat d'*Istisnaa* repose sur un travail et un produit « *Ayn* » différés habituellement, il paraît donc judicieux de limiter la durée pour éviter tout litige et contentieux, car le *Sanii* peut retarder son exécution et le *Moustasnii* peut vouloir la précipiter. C'est pourquoi les docteurs s'accordent à interdire tout ce qui peut déclencher un litige. Au surplus, si la détermination du terme empêche l'arrivée de litige, elle incite également le *Sanii* à accomplir rapidement et convenablement son travail<sup>592</sup>.

## **B)- La place de l'*Istisnaa* dans les institutions financières islamiques modernes**

Il ne fait aucun doute que le contrat d'*Istisnaa* revêt une importance capitale qui est imposée par le besoin pratique de la vie quotidienne. En effet, le *Sanii* (vendeur ou fabricant) a besoin de l'argent qu'il perçoit en contrepartie de sa fabrication afin de répondre aux dépenses de la vie quotidienne. Ainsi s'éclaircit l'utilité du *Sanii* dans la mesure où il travaille sur une chose qui a été préalablement vendue, et de laquelle il connaît son profit ; il œuvre ainsi en toute sécurité.

Sans le mécanisme de l'*Istisnaa*, le *Sanii* a besoin du temps pour commercialiser sa marchandise, et risque des pertes du fait du dépôt de cette marchandise et la faible demande de celle-ci, parallèlement à d'autres dangers.

De la même manière, le *Moustasnii* est dans le besoin de celui qui lui fabriquera ou produira son produit, conformément à son besoin et dans la forme qu'il le souhaite. En réalité, l'utilité de l'opération apparaît lorsqu'il obtient la marchandise qu'il souhaite précisément, dans sa nature et ses caractéristiques. Il n'a donc pas besoin d'acheter ce qui ne pourrait lui correspondre parmi des produits finis. De même, certaines de ses demandes de marchandises et projets peuvent ne pas être présents et prêts sur le marché, mais au contraire

---

<sup>591</sup> Académie de Fiqh islamique, 4<sup>ème</sup> session, décision n°67.

<sup>592</sup> Ibrahim Al Ghali, *La portée de la décision de financement et d'investissement dans les banques islamiques* (en arabe), Dar al Nafa'iss, Jordanie, 2012, p.74 ; Kasseb Al Badran, *Le contrat d'Istisnaa en droit musulman. Etude comparée* (en arabe), 1984, p.119-122 ; Mustapha Al Zarqa, *Le contrat d'Istisnaa et son importance dans les investissements islamiques contemporains* (en arabe), Dar al maarifa, 1995, p.30.

nécessitent une production. L'*Istisnaa* abouti donc à rassurer le *Moustasnii* puisqu'il va suivre la production personnellement et s'assurer de l'absence de tout défaut ou vice de production.

Le contrat d'*Istisnaa* est également utile pour la société. Il permet la circulation des capitaux de part et d'autre, ce qui participe à améliorer l'activité économique au sein de la société : il permet la création d'emplois pour les personnes spécialisées dans la production de produits spécifiquement visés dans les contrats tout en évitant que l'opérateur qui profite du contrat soit empêché d'exercer son activité principale au sein de la société<sup>593</sup>. Ces multiples avantages de l'*Istisnaa* justifient sa place dans les institutions financières islamiques contemporaine.

La vérité est que le contrat d'*Istisnaa* n'est pas nouveau, il fut traité antérieurement par les docteurs musulmans qui en fixèrent les principes. Auparavant, le contrat d'*Istisnaa* se distinguait en ce que la relation contractuelle comportait deux parties seulement, relation directe et sans intermédiaire financier. L'usage de l'*Istisnaa* se diffusa entre les individus parce qu'il répond à leurs besoins et réalise leurs intérêts dans divers domaines<sup>594</sup>.

Aujourd'hui, le champ d'application du contrat d'*Istisnaa* s'est élargi ; il joue désormais un rôle principal dans les investissements des institutions financières islamiques puisqu'il fallait trouver un substitut au financement par intérêts. L'*Istisnaa* contribue donc à résoudre beaucoup de problèmes à travers la mise à disposition des financements nécessaires à l'évolution de diverses industries tant pour les individus que pour les sociétés<sup>595</sup>.

La flexibilité qui caractérise le contrat d'*Istisnaa* dans son application contemporaine, à travers le prix comptant ou différé, permet aux institutions financières islamiques d'en profiter de plusieurs manières. De plus, ce contrat se distingue par la diversité des parties contractantes, en ce sens que l'institution peut intervenir en tant que *Sanii* ou *Moustasnii* ou même en ayant les deux qualités à travers l'application contemporaine dénommée *Istisnaa* parallèle.

*Premier cas : l'institution islamique en tant que Sanii* : dans cette situation l'institution reçoit des demandes de la part des clients afin de mettre à disposition des produits industriels conformément à des caractéristiques spécifiques et dans un délai précis, et cela à

---

<sup>593</sup> Kasseb AL Badran, « *Aqd al sanaa fi al fiqh al islami – dirassa mouqarana* », 1984, p.149 ; Abdelaziz Al Qassar, Issam Al Anzi, Ali Rached, « *Al mouamalat al maliya al mouassira* », *op.cit.*, p.209-210.

<sup>594</sup> Ahmad Belkheir, *Le contrat d'Istisnaa et ses applications contemporaines*, *op.cit.* p.19 et s.

<sup>595</sup> Mohamad Archid, *Al Chamel*, *op.cit.*, p.121.

cause de l'insuffisance du financement qu'ils rencontrent. Ici l'institution financière se charge de la production à travers ce qu'elle détient comme sociétés, et le rôle de l'institution financière est considéré dans ce cas comme celui de financeur, car il permet l'accès à des produits industriels au client sans qu'il ne détienne son prix. Le financement ici repose sur le retardement du prix entièrement ou par échéance. C'est ce qui fait la différence entre l'*istisnaa* et le *salam* où le prix est versé lors de la conclusion du contrat.

*Deuxième cas : l'institution financière en tant que Moustasni* : dans ce cas de figure l'institution financière réceptionne les demandes des *Sanii* afin de répondre à leurs besoins en apportant des matières premières, machines ou autres. Elle assure le financement à travers une anticipation complète du prix selon les besoins du *Sanii*. Le financement se fait donc par les fonds propres de l'institution ou par l'argent des épargnants s'il s'agit d'une banque. L'institution se chargera des produits soit par la commercialisation directe ou par mandat. Cela lui permet de se conformer à la nature de son activité dans l'investissement direct.

*Troisième cas : l'Istisnaa parallèle* : dans cette situation l'institution islamique entre en qualité de *Sanii* comme dans le premier cas sauf qu'elle ne se charge pas directement de la production ; mais elle conclue en tant que *Moustasni* un autre contrat indépendant avec un fabricant par lequel elle lui demande de fabriquer le produit avec les caractéristiques demandées conformément au premier contrat. Ici le financement se fait par retardement du prix comme dans le premier contrat, et il est permis à l'institution en qualité de *Moustasni* de charger le *Sanii* (vendeur) de la livraison de la marchandise au premier *Moustasni* qui sera en droit de vérifier la conformité de la chose objet du contrat aux caractéristiques demandées. Mais chaque partie demeure tenue envers son cocontractant<sup>596</sup>.

Les juristes musulmans exigent des conditions spécifiques au contrat *d'Istisnaa* parallèle en plus des conditions requises au contrat *d'Istisnaa*, et ce afin qu'il ne soit pas une ruse permettant de détourner la prohibition du *Riba*. Parmi ces conditions :

- Le contrat conclu par l'institution islamique avec le *Moustasni* doit être séparé de son contrat avec le *Sanii*.
- L'institution financière islamique doit détenir les produits en toute propriété réelle, et ça avant leur vente au *Moustasni*.

---

<sup>596</sup> Abdelhamid Al Baali, *op.cit*, p.122.

- L'institution supporte la responsabilité du fait de la signature du contrat d'*Istisnaa* en qualité de *Sanii* ; et il ne lui a pas permis de transférer cette responsabilité à l'autre client dans l'*Istisnaa* parallèle<sup>597</sup>.

Par ailleurs, le contrat d'*Istisnaa* passe par plusieurs étapes.

- Le client demande à l'institution financière islamique de conclure avec lui un contrat d'*Istisnaa* en vue de se procurer un bien.
- L'institution islamique étudie la demande et sa rentabilité, et procède à toutes les vérifications nécessaires. Elle peut demander aussi des garanties.
- Après l'accord, l'institution et le client signent un contrat d'*Istisnaa* dans lequel sont indiqués les caractéristiques du bien, la date de livraison, le lieu de livraison et les modalités de paiement.
- L'institution a deux options : soit elle produit elle-même le bien par le biais de ses sociétés spécialisées soit elle fait appel à un fabricant en signant avec lui un contrat d'*Istisnaa* parallèle. Ce deuxième contrat reprend les spécifications du bien à fabriquer, la date de livraison et détermine les modalités de paiement.
- Le bien fabriqué est livré soit à l'institution islamique soit directement au client acheteur si le contrat stipule une telle possibilité. Ce dernier peut alors contrôler la conformité du bien livré.<sup>598</sup>

Le contrat d'*Istisnaa* est surtout utilisé pour le financement de grands travaux et d'équipements lourds et ambitieux (construction de centrales électriques, avions, navires, autoroutes, etc.). Il est d'un usage particulièrement courant dans le secteur immobilier qui constitue sa « terre d'élection ». En bref, il peut être utilisé dans tous les domaines de l'industrie<sup>599</sup>.

Si le contrat d'*Istisnaa* est un contrat particulièrement flexible en termes de délai de livraison et de modalités de paiement, il est aussi un contrat risqué pour l'institution financière islamique. Cette dernière supporte en effet les risques de non-exécution, ou mauvaise exécution des travaux, d'où la nécessité de se prémunir. De plus, dans l'hypothèse d'un *istisnaa* parallèle, les deux contrats sont indépendants, si le fabricant ne respecte pas ses engagements, l'institution islamique doit cependant respecter les siens.

---

<sup>597</sup> Abdelaziz Al Qassar, Issam Al Anzi, Ali Al Rached, *op.cit*, p.225.

<sup>598</sup> Mohammad Al Baltaji, *Les banques islamiques*, *op. cit* ; p. 53 ; Mohamad Archid, Al Chamel, *op.cit*, 124.

<sup>599</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, *op. cit* ; p. 71.

Pour faire face à ces risques, l'institution financière islamique peut exiger des garanties comme le gage par exemple. Elle peut aussi inclure dans le contrat une clause prévoyant des pénalités en cas de retard dans la livraison. Cependant, cette possibilité demeure controversée dans la doctrine islamique. Pour l'Académie de Fiqh islamique, les parties peuvent inclure une clause pénale dans un contrat d'*istisnaa*, sous réserve de cas de force majeure<sup>600</sup>. Cette position a été défendue par l'AAOIFI qui estime qu'une telle clause réalise l'intérêt des cocontractants en empêchant le retard dans l'exécution des obligations. De plus, le contrat *Istisnaa* porte sur une obligation de faire et non sur une dette monétaire<sup>601</sup>.

Le Comité des grands Oulémas d'Arabie Saoudite s'est prononcé à l'unanimité en faveur de la licéité de la stipulation d'une clause pénale dans le contrat d'*Istisnaa*, à condition que cette clause ne soit pas utilisée comme un moyen de pression sur le débiteur et que les pénalités soient versées à des œuvres de charité<sup>602</sup>.

#### § 4. *Al Tawarruq*

La notion de *Tawarruq* n'est reconnue comme un instrument financier que chez quelques Hanbalites<sup>603</sup>. Aujourd'hui, il peut être considéré, eu égard à son utilisation massive, comme un pilier majeur de la finance islamique moderne. Pourtant, il ne cesse pas de susciter un débat acharné au sein de la doctrine islamique autour de sa légitimité. Pour bien comprendre les enjeux contradictoires liés à cet instrument, nous nous pencherons, d'une part, sur son cadre juridique général (A) et, d'autre part, sur sa pratique dans les institutions financières islamiques modernes (B).

---

<sup>600</sup> Council of Islamic Fiqh Academy, « Resolution n. 65/3/7 on 'Aqd Istisna'a (manufacture contracts) », in « Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000 », 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 137.

<sup>601</sup> AAOIFI, 2004-5A, Standard on Istisna', clauses 3/1/2, 3/1/3.

<sup>602</sup> Dina Abdel Moneim, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, op, cit ; p.140 ; H. Martin-Sisteron, « Financements éthiques », *Revue Lamy droit du financement*, 2013, para. 5472

<sup>603</sup> Ibn Abdine, *Al Hachia*, 4/279.

## A)- Le cadre juridique général

L'appréhension du cadre juridique général du *Tawarruq* suppose que l'on étudie successivement sa définition (1), sa légitimité (2) et ses conditions de validité (3).

### 1)- Définition du *Tawarruq*

Etymologiquement, le mot *Tawarruq* vient de *Tawarraqa*. Le terme *Awrraqa* veut dire papier, alors que *Istawraqa* signifie la demande des titres (*al Waraq*). . La vente est appelée *Tawarruq* car son but est l'obtention de *Warraq*, c'est-à-dire de l'argent<sup>604</sup>.

Juridiquement, le concept de *Tawarruq* n'est, en effet, présent dans aucun ouvrage des Hanafites, Malikites, ou Chafiiites ; seuls les Hanbalites l'ont défini comme étant l'achat d'une marchandise (*Nassi'a*) à terme (différé) revendue à prix comptant immédiatement à une personne autre que le vendeur à un prix inférieur que celui auquel elle a été achetée pour obtenir des liquidités<sup>605</sup>.

Ibn Taymiyya considère que si le but de l'acheteur était l'argent et qu'il vend la marchandise à terme alors c'est du *Tawarruq*<sup>606</sup>. S'inspirant de l'école Hanablite, l'Académie du Fiqh islamique a défini le *Tawarruq* comme étant l'achat à terme d'une marchandise propriété du vendeur, suivi par la revente de la marchandise par l'acheteur à prix comptant pour obtenir les liquidités<sup>607</sup>.

Il faut distinguer entre deux types de *Tawarruq*. Le premier est celui rapporté par les jurisconsultes classiques qui le citent dans le chapitre relatif à « *Bay' al 'inah*<sup>608</sup>, les ventes interdites et le *Riba* ». En effet, un désaccord existe entre les docteurs sur la validité du contrat

---

<sup>604</sup> Ibn Mandour, *Lissan Al Arab*, Article *Waraq*, 10/374.

<sup>605</sup> Ibn Moufleh AL Maqdissi, *Al Fourou'*, 4/171 ; AL bahouti, *Al Rawad al Mouraba'*, 2/56.

<sup>606</sup> Ibn Taymiyya, *Al Fatawa*, 500/29-30.

<sup>607</sup> L'Académie du Fiqh islamique, 15<sup>ème</sup> session, décision n°5, La Mecque, 1998.

<sup>608</sup> « La pratique du Bay al inah a fait l'objet d'une analyse et d'une littérature très fournies de la part des juristes classiques musulmans. Dans sa forme la plus simple, il s'agit de l'achat puis la revente d'un même bien entre deux mêmes parties : « A » vend un bien à « B » contre un paiement comptant, puis « B » revend ce même bien à « A », à un prix majoré mais dont le paiement est différé et/ou échelonné .

La majorité des juristes musulmans, toutes écoles confondues, condamne le Bay al inah, en tant que stratagème légal (hilah) destiné à contourner la prohibition du riba. Il faut cependant noter que, d'une manière générale, les juristes musulmans n'interdisent pas la revente d'un bien au vendeur initial, pour autant que les deux cessions successives ne soient pas stipulées dans le même contrat ». Hakim Latrache, Stéphane Oddos - *Le Tawarruq*, un mal nécessaire ? Les Cahiers de la Finance Islamique- Numéro 2, décembre 2010.

en vertu duquel une personne achète une marchandise à un prix supérieur et la revend immédiatement au même vendeur à un prix inférieur afin d'obtenir des liquidités qui puissent répondre à ses besoins.

Mais quand on aborde le *Tawarruq* dans la perspective d'un achat de marchandises à terme puis la revente par l'acheteur à une tierce personne avec un prix comptant, ce prix étant inférieur au prix d'acquisition, alors il apparaît clairement que l'opération de *Tawarruq* se distingue du contrat précédent par une relation contractuelle tripartite. Eu égard aux règles de la Charia nous constatons la présence de contrats distincts sans accord entre les parties. Cette opération a pour objectif l'obtention de liquidités. Cette opération se retrouve dans les anciens ouvrages du Fiqh sous la dénomination de *Tawarruq* du Fiqh (*Tawarruq al Fiqhi*), ou encore *Tawarruq* individuel (*Tawarruq fardi*) – parce qu'il est réalisé par les individus (*Afrad*)<sup>609</sup>.

## 2)- La légitimité

Le *Tawarruq* était d'ores et déjà connu lors des premiers siècles de l'Islam, l'ensemble des savants l'ont introduit soit sous la dénomination de *Tawarruq* soit sous un autre terme. Le *Tawarruq* tire sa légitimité de plusieurs sources. Dans le Coran, on se réfère au verset suivant : « Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt »<sup>610</sup>. La licéité de ce contrat se fonde également sur la Sunna ou la tradition prophétique. A ce titre, on rapporte qu'un « homme travaillant à Khaybar avait rapporté au Prophète de l'Islam des dattes de haute qualité. Le Prophète avait alors demandé si toutes les dattes trouvées à Khaybar étaient d'aussi bonne qualité. L'homme avait répondu qu'il avait échangé deux ou trois volumes de dattes de qualité inférieure contre un volume de dattes de qualité supérieure. Le Prophète lui avait dit de ne plus répéter ce type d'opération, mais de vendre les dattes de qualité inférieure pour ensuite en utiliser le prix pour acheter des dattes de qualité supérieure »<sup>611</sup>. Ce hadith montre que la conversion des dattes de qualité inférieure en liquidités pour ensuite obtenir des dattes de qualité supérieure assure la conformité de l'opération aux règles de la Charia<sup>612</sup>.

De plus, les jurisconsultes n'ont trouvé aucun élément qui rapporte ce contrat au *Riba* en quelque forme que ce soit. Ainsi, c'est sur ce constat que repose la décision d'admissibilité

---

<sup>609</sup> Abdelaziz AL Kassar, *op.cit.*, p.93 ; Abdelhamid AL Baali, *op.cit.*, p.124.

<sup>610</sup> Le Noble Coran, Sourate *Al Baqara (La Vache)*, verset 275.

<sup>611</sup> Hadith rapporté par l'Imam Al Boukhari n°2302.

<sup>612</sup> Mahmoud A. El Gamal : *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, Cambridge University Press, 2006.

du *Tawarruq* par l'Académie du Fiqh islamique<sup>613</sup>. Nous pouvons également ajouter la *fatwa* émanant du Conseil Permanent de Recherches et *Iftaa* en Arabie Saoudite, selon laquelle ce contrat est admis. Enfin c'est par le biais de cette *fatwa* qu'a été admis le *Tawarruq* par l'Encyclopédie du Fiqh au Koweït<sup>614</sup>.

Cependant, le *Tawarruq* dans sa forme institutionnelle moderne<sup>615</sup> a suscité un important débat doctrinal autour de sa légitimité islamique. Dans cette optique, deux avis s'opposent.

Le premier avis : La conformité à la Charia de ce type de *Tawarruq* institutionnel a été reconnue. Le fondement de cet avis se trouve dans le Saint Coran et la Sunna, affirmant ainsi qu'un contrat ou une promesse peuvent être déclarés conformes tant qu'il n'y a aucun texte religieux motivant leur interdiction. De plus, il est bien connu en droit musulman que l'interdiction doit être basée sur un texte clair et absolu. Il s'agit d'une règle fondamentale de la loi islamique. La légalité de ce type de *Tawarruq* repose également sur le principe de nécessité. En effet, ce contrat est un moyen de financement permettant de couvrir une multitude de besoins et de fournir les liquidités suffisantes par un procédé déclaré conforme à la Charia ; et cela tout en impactant activement dans le développement économique et social et dans la réalisation des intérêts individuels et collectifs au sein de la société<sup>616</sup>.

Dans cette perspective, le Sheikh Ibn Baaz (1910-1999), Grand Mufti d'Arabie Saoudite, affirme que : « Le *Tawarruq* n'est pas du *riba* et doit être considéré comme licite, [...] car il apporte aux personnes le soulagement et leur permet de faire face à leurs besoins. Cependant, le schéma au titre duquel l'un revend un bien à celui qui le lui a vendu n'est pas licite, il s'agit d'une transaction basée sur le *riba*, appelée 'inah. Ce schéma est haraam car il s'agit d'un artifice destiné à contourner la prohibition du *riba* »<sup>617</sup>.

Pour le Sheikh Ibn 'Uthaymeen, le *Tawarruq* devrait être considéré comme licite car répondant aux besoins, mais à condition de respecter certaines exigences, notamment celle

---

<sup>613</sup> 15<sup>ème</sup> session, décision n° 5, 1998.

<sup>614</sup> Mounzer Qahaf et Imad Barakat, « Le *Tawarruq* bancaire et son application contemporaine » (en arabe), recherche présentée à l'attention du Congrès des institutions financières islamiques «maalem al waqii wa afaq al mousstaqbal », Université des Emirats Arabes Unis, 2005, p.5.

<sup>615</sup> Ce type de *Tawarruq* sera étudié dans les développements qui suivent.

<sup>616</sup> Abdelaziz AL Qassar, *op.cit*, p.96.

<sup>617</sup> Ibn Baaz, *Majmoo' Fataawa*, 19/245.

relative à la nécessité et à la réalité de la transaction. Notons que cette dernière condition suppose la prise de possession effective du bien par le *mustawriq*<sup>618</sup>.

L'AAOIFI dans sa norme N° 30, intitulé dans sa version anglaise « Monetization (*Tawarruq*) », a admis en principe la licéité du *Tawarruq* mais elle le soumette à des conditions strictes. Si le bénéficiaire final de l'opération de *Tawarruq* est un établissement financier ou une institution bancaire, la norme prévoit dans son paragraphe 5.1 que « le *Tawarruq* n'est pas un mode d'investissement ou de financement. Cette pratique a été autorisée quand il existe un besoin, et sous réserve du respect de termes et conditions spécifiques. Ainsi, les établissements financiers ne devraient pas l'utiliser comme un moyen de mobiliser des liquidités pour leurs opérations, sans faire l'effort de mobiliser des fonds par d'autres modes [...]. Les établissements financiers ne devraient recourir au *Tawarruq* que dans des situations où l'insuffisance de liquidité met en danger la continuité de leurs opérations et est susceptible de causer des pertes à leurs clients ». Ces restrictions s'appliquent également aux clients des institutions financières : « [Les institutions financières] devraient aussi restreindre l'usage du *Tawarruq* à ceux de leurs clients dont les opérations ne peuvent être mises en œuvre par le biais d'autres modes de financements tels que les schémas de Musharaka, de Mudaraba, d'Ijarah, d'Istisna et autres montages similaires »<sup>619</sup>.

*Le deuxième avis* : certains ont déclaré la non-conformité à la Charia du *Tawarruq* institutionnel. C'est notamment la position de l'Académie du Fiqh islamique qui avance les arguments suivants :<sup>620</sup>

- Le *Tawarruq* est une ruse afin d'arriver au *Riba*, car en réalité il s'agit d'argent obtenu par un argent différé avec intérêt alors que la règle chariatique affirme que les choses s'apprécient au regard de leur but.

- L'opération de *Tawarruq* se déroule sous deux opérations de vente au sein d'une seule et même vente. Cela est interdit par la Charia, et dans le meilleur des cas l'opération de *Tawarruq* aboutirait à une vente (*Bay' al 'inah*), qui est également prohibée par la Charia puisque la marchandise retourne à son propriétaire originel en contrepartie d'argent qu'il

---

<sup>618</sup> Jurisconsulte saoudien (1925-2001), Source: Risaalah al-Mudaayanah, Pour plus de détails, voir Hakim Latrache- Stéphane Oddos « Le *Tawarruq*, un mal nécessaire ? », Les Cahiers de la Finance Islamique-, n°2, décembre 2010, p. 57 et s.

<sup>619</sup> AAOIFI, Standard numéro 30.

<sup>620</sup> 19<sup>ème</sup> session, décision n°9, La Mecque, 2007.

obtient par l'intermédiaire de l'institution financière. En outre, l'opération de *Tawarruq* se déroule sous une vente et une promesse et cela est interdit par la Charia.

- L'institution financière, si elle ne s'engage pas à rendre la marchandise au lieu et place du client, celui-ci n'acceptera pas d'acheter cette marchandise auprès de l'institution. De plus, si l'institution n'avait pas promis au client de lui fournir le prix comptant, celui-ci n'aurait pas accepté d'entrer dans cette opération constituée de différents contrats.

- L'institution financière n'est pas dans le besoin d'acheter la marchandise ; elle n'est en réalité qu'un simple intermédiaire financier. Le client ne connaît pas la marchandise et ne s'intéresse pas à celle-ci. C'est sur ce raisonnement que l'opération entière est une série de démarches afin de couvrir une opération aboutissant au *Riba*, car il en résulte que la banque offre des liquidités au client en contrepartie d'une créance dont le montant est supérieur aux liquidités qu'il perçoit, et cela est constitutif du *Riba*.

- Les modalités de financement islamique connues sont plus riches que le *Tawarruq* et sont à même de répondre à l'ensemble des besoins de financement demandé, et approuvé par la Charia. C'est sur ce fondement que la conformité du *Tawarruq* représenterait une déviation du financement islamique de sa finalité et de sa spécificité<sup>621</sup>.

Force est de constater que cette position de l'Académie du Fiqh islamique a été critiquée par une partie de la doctrine islamique contemporaine qui estime qu'il n'existe pas vraiment d'alternatives au *Tawarruq* comme outil permettant de subvenir à des besoins de financement légitimes<sup>622</sup>.

Nous préférons le premier avis étant donné la solidité de son fondement et sa prise en considération de la réalité car le *Tawarruq*, de par sa conformité aux règles de la Charia islamique, apporte de nombreux bénéfices. En effet, il aboutit au mouvement des marchés et participe à la croissance économique à travers l'achat du client – demandeur de *Tawarruq* – de la marchandise d'une part de sa revente à une autre personne d'autre part. Cela n'est pas offert par le crédit à intérêt. En outre, le client demandeur du *Tawarruq* achète la marchandise auprès d'une tierce personne puis la revend à une autre personne et cela ne peut être retrouvé dans le crédit à intérêt.

---

<sup>621</sup> Mohamad Chabir, « *Al Tawarruq al fiqhi et ses applications bancaires contemporaines en Fiqh islamique* » (en arabe), L'Académie de Fiqh islamique, 19<sup>ème</sup> session, Al Shariqa, p.28 ; Abdelaziz AL Kassar, *op.cit*, p.96 ; Mounzer Qahef, *op.cit*, p.14 ; Sami Ibrahim AL Souaylem, « *Al Tawarruq et le Tawarruq institutionnel* (en arabe) » al mounazam », Revue de l'Académie du Fiqh islamique, numéro 21/2012.

<sup>622</sup> Voir à cet égard, Hakim Latrache- Stéphane Oddos, « *Le Tawarruq, un mal nécessaire ?* », *op. cit* ; p. 61 et s.

Il est également opportun de préciser qu'il est nécessaire d'imposer des règles chariatiques et de bonne conduite afin d'éviter la déviation de ce mécanisme. Parmi ces règles, le *Tawarruq* doit répondre à un besoin nécessaire, et il ne peut pas être élargi. Il doit être également imposé la présence de marchandises réelles qui s'achètent et se vendent et ne peuvent être vendues une seconde fois au premier vendeur. Egalement, il ne peut être utilisé pour un objet illicite. Enfin, l'utilisation du *Tawarruq* se fait dans le cas d'un impossible recours aux autres moyens de financement.

### 3)- Les conditions de validité

Pour qu'il soit valide et conforme à la Charia, le contrat de *Tawarruq* doit respecter certaines conditions.

- La marchandise doit être la propriété réelle du vendeur, parce que la vente fictive est interdite par le droit musulman ;
- La seconde vente doit être faite pour une personne autre que le premier vendeur. Dans l'hypothèse inverse, le *Tawarruq* se transforme en *Bay' al 'inah* ;
- Le contrat ne doit pas contenir une forme de *riba* ou de *gharar* ;
- L'existence d'un besoin de recourir au *Tawarruq* afin d'obtenir de l'argent, sinon le recours à ce contrat sera interdit. A titre d'exemple, il est interdit d'utiliser le *Tawarruq* comme un moyen de prêt ;
- L'inexistence des moyens de financement permettant d'avoir de l'argent autre que le *Tawarruq* ;
- L'existence de plusieurs parties contractantes : trois parties. Les contrats conclus entre elles doivent être indépendants les uns des autres<sup>623</sup>.

---

<sup>623</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien*, op. cit., p. 209 ; A. Khoja, *Résumé des recherches sur le Tawarruq* (en arabe), Nadwat al Baraka, n°22, Bahreïn, 19-20 juin 2000.

## **B)- La pratique du *Tawarruq* dans les institutions financières islamiques modernes**

Le *Tawarruq* repose sur des modalités procédurales et contractuelles organisées et structurées permettant de faciliter au client l'obtention de liquidités. L'institution financière étant un intermédiaire, ce *Tawarruq* est qualifié d'institutionnel. Ici, l'institution financière fait partie de l'opération par le biais de la vente de la marchandise à son client – ce sont souvent des métaux disponibles sur les marchés internationaux – à terme puis le client mandate l'institution financière pour qu'elle vende la marchandise à prix comptant à l'autre partie et confie au client le prix comptant<sup>624</sup>.

En d'autres termes, le *Tawarruq* s'illustre par l'achat effectué par l'institution financière islamique de la marchandise qui se trouve chez le premier vendeur, cette opération se fait conformément à une promesse donnée par le client demandeur de liquidités, ou encore sans promesse préalable. Ensuite, l'institution financière va être mandatée par le client pour vendre cette marchandise. La propriété de cette marchandise sera transférée, après sa vente par le client, à quiconque désirant l'acheter à prix comptant ; l'acheteur final peut tout à fait être le premier vendeur<sup>625</sup>.

L'aspect général de cette opération de financement repose sur le fait que l'institution financière achète la marchandise puis la revend à son client à terme afin que celle-ci soit vendue une seconde fois à prix comptant pour que le client obtienne les liquidités<sup>626</sup>.

La motivation principale pour les banques islamiques de pratiquer le *Tawarruq* tient donc à la mise à disposition des liquidités nécessaires en outrepassant le financement par intérêt, afin d'entrer dans des projets et investissements multiples que ne pourraient couvrir les autres outils de financement.

*Les étapes du Tawarruq.* L'institution financière islamique procède à l'achat d'une quantité de métaux sur les marchés internationaux, et peut désigner un intermédiaire pour procéder à l'achat à sa place. La marchandise demeure aux dépôts internationaux, la société vendeuse délivre à la société acheteuse un certificat de dépôt renseignant sur les qualités et quantités de la marchandise ainsi que la localisation du dépôt, le numéro de l'opération et la propriété de la société. La société acheteuse, une fois pleine propriétaire de la marchandise,

---

<sup>624</sup> Abdelaziz AL Qassar, *Les transactions financières contemporaines*, op.cit, p. 97 et s.

<sup>625</sup> Abdelhamid Al Baali, op.cit, p.125-126.

<sup>626</sup> Mounzer Qahef, op.cit, p.105.

procède à sa vente par tranche ou lot et ce par le biais du *Tawarruq* institutionnel selon les formalités suivantes :

Le client se présente avec une demande d'achat de marchandises à l'institution financière islamique. Et cette dernière ensuite conclut avec le client une promesse d'achat liant une seule partie, dans le but de garantir que le client ne rétracte pas sa demande d'achat. Par la suite, la société émet une demande d'achat de la marchandise décrite, et après accord de la seconde partie l'institution aura été pleine propriétaire de cette marchandise. Ce n'est qu'à ce moment que l'institution et le client concluent un contrat de vente différé *Mourabaha* de cette marchandise, et après l'achat par le client, celui-ci procèdera à sa vente à une partie autre que le premier vendeur, et cela à prix comptant<sup>627</sup>.

Sur ce fondement, le *Tawarruq* est alors parfait. Il devient conforme à la Charia, dans l'application des formalités suivantes :

- Le client achète (*Mustawrreq*) à l'institution financière la marchandise qu'elle détient en propriété à un prix comptant ou différé.
- Le client vend (l'acheteur) la marchandise qu'il a achetée effectivement comptant à un autre que son vendeur initial, et cela afin d'obtenir les liquidités.
- Il est possible que cette vente soit directe ou par le biais d'un intermédiaire agissant sous mandat, rémunéré ou non, et si le mandat est rémunéré il faut que cette rémunération soit indépendante, elle ne peut pas être un pourcentage de la somme créditée.
- Il n'est pas permis à l'acheteur (*Mustawrreq*) de vendre la marchandise directement ou par mandat à son premier vendeur (l'institution financière islamique) et cela afin que le contrat ne tombe pas sous la qualification de prohibition conformément aux règles de la Charia.
- Il n'est pas permis à la banque (premier vendeur) de mettre à disposition des liquidités anticipées au client (*Mustawrreq* ou demandeur de financement) avant qu'elle ne vende la marchandise à l'autre acheteur et cela sous couvert d'un mandat de vente. Il faut être vigilant et rigoureux, et s'éloigner de tout ce qui peut inciter les doutes et le *Riba*<sup>628</sup>.

---

<sup>627</sup> Fatawa Beit Al Tamwil Al Koweiti, 3/2007.

<sup>628</sup> Abdelhamid AL Baali, *op.cit*, p.135.

## **Section 3. Les mécanismes fondés sur la location : le contrat d'Ijara**

A la différence des mécanismes précédents qui se basent sur la vente ou le partage des pertes et des profits, le contrat d'*Ijara* repose sur une toute autre logique : la location du bien et la rémunération fondée sur la jouissance de l'usufruit. Il s'agit d'un contrat connu en droit musulman classique, mais qui a connu une profonde transformation à l'ère de la finance islamique moderne pour devenir à l'époque actuelle un instrument de financement d'une grande importance. Dans cette perspective, nous étudierons le cadre juridique général de cette technique financière (§1), ainsi que sa pratique dans l'industrie financière islamique contemporaine (§2).

### **§ 1. Le cadre juridique général de l'Ijara**

L'étude du cadre juridique général de l'*Ijara* suppose que l'on se penche successivement sur sa définition et sa légitimité (A), ainsi que sur les conditions de sa validité (B).

#### **A)- Définition et légitimité du contrat d'Ijara**

Littéralement, l'*Ijara* dérive du mot *Ajr* (Loyer) qui désigne la rémunération d'un travail, d'un ouvrage (*Ikra' ala amal*), d'une jouissance. On dit que le *Ajra* est la récompense de l'effort déployé par le travailleur<sup>629</sup>.

Juridiquement, l'*Ijara* est un contrat qui porte sur la vente de l'usufruit, c'est-à-dire le droit de l'utiliser (*Bay' manfa'a*). C'est, en réalité, un contrat portant sur une jouissance connue pour une durée connue et déterminée, en contrepartie d'une rémunération bien précise. Notons que cette jouissance peut résulter soit d'une chose soit d'un service ou d'un travail<sup>630</sup>.

---

<sup>629</sup> Ibn Mandour, *Lissan Al Arab*, article *Ajr*.

<sup>630</sup> Al Charbini, *Moughni al mouhtaj*, 2/427 ; Al Chafei, *Al Oum*, 3/250 ; Al Sarkhassi, *Al Mabssout*, 15/74 ; Ibn Abdin, *Al Hachia*, 2/5 ; Al Dardir, *Al Sharh al saghir*, 4/6 ; Al Bouhouti, *Kashaf al Kina'*, 3/547 ; Al Afghani, *Kashf al Hakai'k*, 2/51.

Le Mejjellé ottoman, premier Code civil du monde musulman moderne, a consacré à l'*ijara* 93 articles (de 404 à 496). Mais ce Code ne visait que la location des immeubles à usage d'habitation ou agricole, la location des animaux, et la location de travail ou de services. La location du matériel en tant que bien d'équipement est quasiment absente compte tenu du contexte économique et social<sup>631</sup>.

Ainsi, l'*Ijara* s'analyse comme un contrat de location. Il se distingue du contrat de vente par la mise à disposition de l'usufruit, la propriété réelle demeurant au bailleur. Ce contrat n'a pas pour objet de transférer la propriété au locataire, mais plutôt de lui accorder l'usage ou la jouissance du bien loué moyennant le paiement d'un loyer convenu pour une certaine durée bien déterminée. Deux parties sont donc impliquées dans un contrat de location : le bailleur, propriétaire de la chose, et le locataire qui tire profit de l'usage de l'actif<sup>632</sup>.

La conformité islamique du contrat d'*Ijara* ne fait aucun doute au sein de la doctrine. En effet, la légitimité de ce contrat trouve ses sources dans le Coran, la Sunna (tradition prophétique), l'*ijma'* (Consensus) et le *Qyias* (analogie). Dans le Coran, la licéité de l'*Ijara* repose sur les versets suivants : « L'une d'elles dit ô mon père, engage-le (à ton service) moyennant salaire, car le meilleur à engager c'est celui qui est fort et digne de confiance »<sup>633</sup> ; « Et faites que ces femmes habitent où vous habitez, et suivant vos moyens. Et ne cherchez pas à leur nuire en les contraignant à vivre à l'étroit. Et si elles sont enceintes, pourvoyez à leurs besoins jusqu'à ce qu'elles aient accouché. Puis, si elles allaitent (l'enfant né) de vous, donnez-leur leurs salaires [...] »<sup>634</sup> ; « Après quoi, ils aperçurent un mur qui menaçait de s'écrouler. L'inconnu s'empressa alors de le redresser : tu pourrais, lui dit Moïse, si tu le voulais, réclamer un salaire pour ce travail »<sup>635</sup>.

Dans la Sunna, plusieurs hadiths fondent la légitimité du contrat d'*Ijara*. Le Prophète a dit : « Payer au travailleur embauché son salaire avant que sa sueur ne se dessèche »<sup>636</sup> ; « celui qui embauche une personne doit l'informer de ses honoraires »<sup>637</sup>. Dans un autre hadith, le Prophète a dit : « Allah dit : j'ai trois adversaires au Jour de la Résurrection : un

---

<sup>631</sup> Abdessatar Khouildi, « Le Leasing (*Ijara wa Iqtina*) », in, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire No. 37, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 131.

<sup>632</sup> Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op, cit, p. 89 ; Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien*, op, cit, p. 191.

<sup>633</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Kassas (Les Histoires), verset 26.

<sup>634</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Talak (Divorce), verset 6.

<sup>635</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Kahf, verset 77.

<sup>636</sup> Hadith rapporté par Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, 2443.

<sup>637</sup> Hadith rapporté par Ibn Daoud n°302.

homme qui m'a donné puis trahi, un homme en vente libre qui en mangera le prix, et un homme engagé auprès de salariés, dont il profite, et qu'il n'a pas récompensé »<sup>638</sup>.

En ce qui concerne l'ijma', les juristes musulmans sont toujours d'accord sur la légitimité du contrat d'*Ijara*. Cette unanimité, comme l'affirmait Ibn Koudama, s'est exprimée en tout temps et en tout lieu<sup>639</sup>.

La légalité du contrat d'*Ijara* repose également sur le raisonnement analogique. En effet, les spécialistes ont établi une analogie entre le contrat de vente et celui d'*Ijara*. Si le contrat de vente porte sur une chose réelle (*Ayn*), le contrat d'*Ijara* porte sur l'utilité (*Manfa'a*). Le besoin de la chose réelle est identique au besoin de la jouissance. Il y a donc un motif commun entre les deux types de contrats. Comme le contrat portant sur les choses réelles est valide, le contrat qui porte sur l'utilité doit être par conséquent considéré comme valide<sup>640</sup>.

## **B)- Conditions de validité**

Pour que le contrat d'*Ijara* soit valide, en droit musulman, des conditions relatives aux contractants, à l'offre et l'acceptation, et à l'objet doivent être respectées. Concernant les deux premières catégories de conditions, ce sont les mêmes que dans les autres contrats. Il n'est pas lieu d'y revenir ici ; le lecteur peut se référer à ce qui a été dit au sujet de la conception islamique du contrat. On se borne ici à étudier les conditions relatives à l'objet qui revêtent une certaine spécificité. Notons que dans le contrat d'*Ijara* l'objet du contrat est l'usufruit et le loyer. Ceux-ci doivent respecter les conditions suivantes<sup>641</sup> :

- L'objet de l'*Ijara* doit être la propriété du bailleur. Celui-ci ne peut pas louer le bien avant d'en avoir pris possession. C'est une condition fondamentale et évidente du droit musulman des contrats.
- La jouissance doit être licite, c'est à dire conforme aux règles et principes de la Charia.

---

<sup>638</sup> Rapporté par Al Boukhari, n° 7222.

<sup>639</sup> Ibn Koudama, *Al Moughni*, 8/6.

<sup>640</sup> Ibid.

<sup>641</sup> Al Kassani, *Bada' al sanai'*, 4/180 ; Al Bouhouti, *Kashaf al kina'*, 3/562 ; Al Ramli, *Al mouhtaj aila sharh al minhaj*, 5/270 ; Ibn Koudama, *Al Moughni*, 5/434 ; Encyclopédie koweïtienne du Fiqh islamique, Ministère des Wakfs et des affaires islamiques (Définition et dispositions de l'*Ijara*, première partie), Le Koweït, 1983.

- La jouissance doit être déterminée avec précision de manière à éviter le conflit et l'incertitude.
- L'objet doit être livrable : par conséquent, l'*Ijara* ne peut pas porter sur un bien mis en gage ou perdu.
- L'objet doit être de nature durable, c'est à dire non destructible du fait de l'utilisation ou de la jouissance ; par exemple : des biens d'équipement, d'immeuble, etc.
- Il doit être matériel ; l'*Ijara* ne peut pas porter sur des biens immatériels comme par exemple les brevets d'invention ou les droits d'auteur.
- Les biens remis doivent être en état de marche, selon l'usage normal du bien. Si l'*Ijara* porte sur un bien qui a des défauts qui empêchent son utilisation normale, le contrat sera nul.
- L'*Ijara* ne peut pas porter sur un bien futur, autrement le contrat serait nul pour incertitude.

S'agissant du loyer, il doit remplir un certain nombre de conditions.

- Le montant du loyer doit être déterminé au moment de la conclusion du contrat. Cette détermination doit s'appuyer sur la connaissance précise de la chose louée.
- Le contrat de location doit comporter les indications suivantes : la périodicité, la date de début de location, la durée de location, le délai de paiement, le moment du paiement (soit d'avance, soit à terme).
- Le loyer n'est pas exigible avant la livraison du bien au locataire, car le paiement du loyer n'est que la contrepartie de la jouissance.
- Il convient de noter que la révision du montant du loyer sera ultérieurement possible par les parties pour prendre en considération le contexte et le changement de la valeur de la chose louée.
- Dans le contrat d'*Ijara*, il est possible de fixer le loyer pour la première période de location et d'utiliser un index ou une référence pour les périodes subséquentes, après l'expiration de la période initiale. Cette référence doit être claire en fixant une limite minimale et maximale, afin d'éviter la survenance d'un litige entre les parties.
- Il est également permis que le loyer soit composé de deux parties : une partie qui reste entre les mains du bailleur, et une autre entre les mains du locataire en vue de faire face aux charges établies par le bailleur.
- Le loyer peut être fixé sur la base d'un pourcentage (10% par exemple de la production ou de la chose à fabriquer).

- Il est interdit d'augmenter le loyer en cas de retard du paiement par le locataire, puisque toute augmentation dans le loyer sur la base du temps sera considérée comme un cas de *riba*, prohibé par le droit musulman. Cependant, il est possible de prévoir dans le contrat que les échéances seront exigibles immédiatement en cas de retard de paiement par le locataire. Une telle clause permet de protéger le bailleur contre les retards injustifiés, bien que les loyers avancés ne rentrent pas dans le patrimoine du bailleur avant l'expiration de la période locative. De plus, en cas de non-paiement du loyer, le bailleur peut se rembourser en utilisant les garanties déposées par le locataire comme la caution ou le gage, par exemple<sup>642</sup>.

## §2. La pratique contemporaine du contrat d'*Ijara*

Pour mieux comprendre la pratique actuelle du contrat d'*Ijara*, il est nécessaire d'étudier son rôle dans la finance islamique, d'une part (A), et la place de l'*Ijara mountahiyya bi al tamlik* comme mode de financement moderne de l'autre (B).

### A)- Rôle de l'*Ijara*

Le développement de la technologie et l'augmentation rapide des coûts de production ont mis les entreprises dans une position inconfortable : elles doivent trouver plus de capitaux pour renouveler leurs actifs. Il devenait donc urgent de trouver de nouveaux modes de financements alternatifs.

Pour tenter de répondre à ces défis, la finance islamique propose de nouveaux produits et instruments financiers qui ont vocation à présenter une alternative aux instruments de la finance conventionnelle<sup>643</sup>. Comme avec le contrat d'*Ijara* qui permet de satisfaire aux besoins d'un nombre important de clients tout en permettant aux institutions financières

---

<sup>642</sup> Ali Alghardaghi, *Recherches dans le fiqh des banques islamiques, étude juridique et économique* (en arabe), tome 6, vol. 2, Dar al Bacha'ir, Beyrouth, 2013, p. 571 et s. ; Houssein Shihada, *Les fondements comptables de l'Ijara et l'Ijara mountahiyya bi tamlik dans les banques islamiques* (en arabe), Le Caire, 2000. ; Dina Abdel Moneim, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, op, cit ; p. 89 et s. ; Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op, cit, p. 88 et s. ; Mballo Thiam, *De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France, thèse doctorat*, Université de Toulon, 2013, p 394 et s.

<sup>643</sup> Makram Mohammad, *L'Ijara et l'Ijara al monathiyya bi al tamlik, étude pratique des banques islamiques* (en arabe), Markaz Abhath Fiqh al mouamalat al maliyya, 2014, p. 29.

islamiques de développer leurs investissements dans le cadre de la Charia. Grâce à ce mécanisme de financement, la finance islamique peut effectivement contribuer à la promotion du monde musulman et participer activement à son progrès économique et social. Il s'agit donc d'un contrat assez souple et très pratiqué à l'époque actuelle. En effet, il est à la source de nombreux produits financiers et bancaires islamiques modernes. En matière de financement de projet, il occupe une place importante dans le développement de l'industrie financière et bancaire islamique.

Ce contrat offre de nombreux avantages, aussi bien au bailleur qu'au locataire. Du côté du bailleur, l'institution financière islamique conserve la propriété du bien loué durant la période du contrat. Ceci lui permettra de récupérer le bien loué en cas de faillite du locataire. Au regard de cet avantage, il apparaît que l'*Ijara* est une technique de financement moins risqué pour l'institution financière islamique que les autres instruments. Si le locataire ne paie pas le loyer, le bailleur est en droit d'obliger ce dernier de restituer le bien loué et de payer une indemnité égale à la valeur des loyers restant à courir. Un autre avantage s'offre à l'institution islamique : c'est l'irrévocabilité du contrat. Cela permet à l'institution islamique de récupérer le montant de l'investissement.

Du côté du locataire, la formule d'*Ijara* lui offre plusieurs avantages. Dans le contrat d'*Ijara*, le point de départ du paiement des loyers est la livraison effective du bien loué. Avant la livraison, le locataire n'est pas tenu de payer le loyer. Cela montre qu'il n'y a pas de temps d'incertitude pour le locataire. En utilisant le contrat d'*Ijara*, le locataire aura également la possibilité d'utiliser la chose louée uniquement pendant la période où la rentabilité de celle-ci est élevée. Comme le souligne un auteur, « l'opération favorise évidemment l'accroissement des moyens de production. C'est un avantage évident pour les petites et moyennes entreprises qui n'ont pas une forte trésorerie »<sup>644</sup>. Ce contrat permet aux entreprises commerciales et industrielles de renouveler leurs équipements et par conséquent de réaliser des investissements supplémentaires. Le locataire a toute la liberté pour choisir la chose louée. Celle-ci étant acquise sur l'ordre du locataire, ce dernier serait donc en mesure de choisir la chose qui réponde le mieux à ses besoins. L'*Ijara* comporte également des avantages fiscaux pour le locataire. En effet, les loyers versés par le locataire sont normalement constitutifs des

---

<sup>644</sup> Abdessatar Khouildi, « Le Leasing (*Ijara wa Iqtina*) », op, cit, p. 142.

charges et sont, de ce fait, déductibles des bénéfiques. Ce qui permet indirectement au locataire de réaliser des amortissements accélérés<sup>645</sup>.

Par ailleurs, les nouvelles formes d'*Ijara*, notamment l'*Ijara mountahiyya bi tamlik* sont très avantageuses pour le locataire. Elles permettent surtout aux personnes à revenu modeste de s'approprier, graduellement, des biens qu'elles ne peuvent pas acheter au comptant. En recourant à ce mode de financement, ces personnes peuvent réaliser deux objectifs en même temps : épargner des sommes d'argent en vue d'assurer la subsistance de leur famille d'une part, et l'appropriation de la chose louée à l'issue d'une certaine période d'autre part. Ce qui va contribuer à la justice sociale et le progrès économique<sup>646</sup>. Même pour les personnes ayant une bonne capacité financière, cette forme d'*Ijara* leur permet de tirer profit de la chose louée sans passer par l'achat ; ceci leur permet de conserver leurs liquidités. De plus, ce mode protège les locataires des risques d'inflation surtout dans l'*Ijara* à long terme. En tant que mode de financement, l'*Ijara* permet aux locataires (entreprises et particuliers) d'acquérir des moyens de production et des équipements sans procéder au règlement comptant et immédiat pour avoir ces biens<sup>647</sup>.

## **B)- L'*Ijara mountahiyya bi al tamlik* comme nouveau mode de financement**

Une nouvelle forme d'*Ijara* qui a été développée à l'époque moderne par les juristes sur la base des règles et finalités de la Charia islamique, l'*Ijara mountahiyya bi al tamlik*, peut être considérée comme l'un des plus importants instruments financiers islamiques. Il est fortement utilisé par les institutions financières et bancaires islamiques. Il se caractérise par le fait que l'institution islamique achète un bien à la demande de son client, en vue de le lui louer pour une période déterminée, et de lui en transférer la propriété en fin du contrat de location. Cette forme est nettement différente de l'*Ijara al tashghiliyya* qui consiste à louer à l'institution islamique un bien sans qu'il y ait, à terme, un transfert de propriété au locataire. Il s'agit d'une location ordinaire qui porte sur des biens déjà possédés par

---

<sup>645</sup> Ibid.

<sup>646</sup> Mohammad Youssef, *Le contrat d'Ijara mountahiyya bi tamlik et ses applications contemporaines en droit musulman* (en arabe), Mémoire de master, Université Al Najah, Palestine, 2003, pp. 58-59 ; Ali Alghardaghi, *Recherches dans le fiqh des banques islamiques, étude juridique et économique* (en arabe), tome 5, vol. 2, Dar al Bacha'ir, Beyrouth, 2013, pp. 632-633.

<sup>647</sup> Mohammad Youssef, *Le contrat d'Ijara mountahiyya bi tamlik et ses applications contemporaines en droit musulman*, op, cit, p. 60.

l'institution islamique et qui s'appuie sur les besoins du marché. Généralement, cette variété d'*Ijara* a une durée assez courte.

Contrairement à l'*Ijara al tashghiliyya*, l'*Ijara mountahiyya bi al tamlik* est un contrat de location de biens qui aboutit au transfert de propriété de la chose louée au locataire. Ce contrat fait intervenir trois acteurs : le client de l'institution islamique, locataire du bien, l'institution islamique, propriétaire du bien, et le fabricant, vendeur du bien (sauf dans le cas où le bien appartient déjà au locataire)<sup>648</sup>.

Dans le contrat l'*Ijara mountahiyya bi al tamlik*, l'institution financière islamique achète un bien en vue de le mettre à la disposition d'un client pour une période déterminée sous forme de location moyennant un acquittement périodique des loyers. Le prix de la location peut être revu en cours de contrat<sup>649</sup>. Ce contrat prévoit le transfert de propriété au locataire en fin de contrat et après le règlement de toutes les échéances dues. L'acte de transfert de propriété peut prendre des formes multiples. A cet égard, on peut citer les formules suivantes :

- La voie de donation : dans cette hypothèse le transfert de propriété se fait par la conclusion d'un acte de donation, en application d'une promesse antérieure de l'institution financière islamique. Il est exigé que l'acte de donation soit séparé du contrat de location.
- La vente à prix symbolique : dans ce cas, le transfert de propriété s'opère sur la base d'une vente symbolique, en exécution d'une promesse de vente antérieure donnée par l'institution islamique au profit du locataire. Notons que le transfert de propriété n'interviendra qu'à la fin du contrat de location et qu'après l'acquittement de toutes les échéances convenues.
- La vente à prix réel : dans ce cas le transfert de propriété s'opère sur la base d'une vente réelle basée sur le prix du marché<sup>650</sup>.

S'il s'agit d'un contrat de location avec promesse d'achat, à la fin du contrat, le client peut lever l'option prévue dans le contrat initial. La majorité de l'école Malékite affirme que la promesse oblige celui qui l'a donnée<sup>651</sup>. S'il y a acquisition, un nouveau contrat (vente,

---

<sup>648</sup> Genviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op, cit, p. 66.

<sup>649</sup> Nayla Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op, cit, p. 181.

<sup>650</sup> Mohamad Chabir, op, cit, p.322 ; Mahmoud Erchid, *Al Chamel*, op, cit, p. 64.

<sup>651</sup> Abdel Aziz al Kassar, *Les transactions financières contemporaines*, op, cit, p. 136.

donation) est alors signé entre l'institution islamique et le client. Ce contrat, en application des règles de la Charia, est indépendant du contrat de location.

Le contrat *l'Ijara mountahiyya bi al tamlik* passe par plusieurs étapes.

- Le client prend contact avec son établissement financier en vue de la location d'un bien qui n'existe pas dans la propriété de l'établissement ;
- L'établissement achète le bien au vendeur. Il peut désigner un agent pour le représenter, son client par exemple ;
- Le vendeur livre le bien, soit à l'établissement soit au client, futur locataire ;
- Le client et l'établissement signent un contrat *ijara* pour une période déterminée moyennant le paiement périodique d'un loyer déterminé à l'avance. Ce contrat est assorti d'une promesse de transfert de propriété au profit du locataire, que ce soit sur la base d'une location ou d'une vente ;
- Au terme de la période de location et du règlement de l'intégralité des échéances convenues, l'établissement financier transfère la propriété du bien au locataire par un nouveau contrat indépendant de celui d'*Ijara*, en application de sa promesse donnée au locataire<sup>652</sup>.

Exemple :

Monsieur A, client de la banque islamique, s'adresse à sa banque en vue de la location puis de l'achat d'un appartement. La banque achète l'appartement correspondant aux spécifications fournies par le client. Le client et la banque signent deux contrats successifs : un contrat de location qui prévoit le montant du loyer destiné à couvrir les charges de la banque et sa marge ; et une promesse d'achat, à une date déterminée et pour un prix déterminé. Ces deux contrats sont indépendants. Une fois la période de location consommée et les échéances honorées, le bien loué devient la propriété du locataire sur la base d'un contrat de vente séparé et indépendant du contrat de location initial.

Il convient de noter que dans le cadre du contrat *Ijara mountahiyya bi al tamlik* l'établissement financier supporte tous les risques de propriétaire alors que dans le crédit-bail des clauses visent généralement à faire supporter les risques de la chose louée au locataire. Dans le cas où le bien, objet de l'*Ijara*, est rendu impropre à l'usage auquel il était destiné, le locataire n'est plus tenu de payer les loyers. De plus, l'institution islamique (propriétaire) se

---

<sup>652</sup> Genviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op, cit, p. 67 ; Abdel Aziz al Kassar, *Les transactions financières contemporaines*, op, cit, p. 134.

charge de l'entretien et de la maintenance de la chose louée. En cas de dégradation, l'institution en supporte les conséquences, sauf si la dégradation est imputable au locataire. Par conséquent, l'institution islamique peut souscrire une assurance, mais cette assurance doit être compatible avec les préceptes de la Charia. Elle peut également se protéger en imposant des conditions telles que l'usage conforme du bien, le droit d'inspection, etc.<sup>653</sup>

La conformité du contrat *Ijara mountahiyya bi al tamlik* aux règles de la Charia a fait débat au sein de la doctrine islamique contemporaine. Les juristes, au cours de la première assemblée du fiqh organisée par la KFH<sup>654</sup> en 1987, ont admis la validité de cette opération. Mais cette validité est soumise au respect des conditions suivantes :

- La durée de la location doit être déterminée ;
- Appliquer les règles de l'*Ijara* durant toute cette période ;
- Le montant de chaque échéance doit être bien déterminée ;
- Le transfert de la propriété de la chose louée doit se faire à la fin du contrat de location sur la base d'une donation et en application de la promesse donnée par le propriétaire (institution financières) au locataire<sup>655</sup>.

L'Académie du Fiqh islamique, dans sa douzième session de 2000, a décidé que l'*Ijara mountahiyya bi al tamlik* peut être invalide si deux contrats différents portent en même temps sur un seul objet (vente et location en même temps).

Il est valide dans les cas suivants :

- L'existence de deux contrats indépendants quant à la date et quant à l'objet. Exemple : la conclusion d'un contrat de vente après l'échéance du contrat de location.
- La location doit être réelle et non fictive.
- Le propriétaire supporte les risques de propriétaire de la chose louée.

L'Académie ajoute que si le contrat de location comporte une assurance, celle-ci doit être islamique et non commerciale et doit être faite par le propriétaire et non par le locataire. Le propriétaire supporte également les frais de maintenance et de réparation de la chose louée.

L'Académie donne des exemples de contrats invalides et valides. Ainsi est considéré comme invalide, le contrat qui entraîne à son échéance le transfert de propriété de la chose

---

<sup>653</sup> Genviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op, cit, pp. 68-69.

<sup>654</sup> Kuweit Finance House. Il s'agit de la première banque islamique fondée au Koweït.

<sup>655</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien*, op, cit, pp. 95-96.

louée au locataire sans la conclusion d'un nouveau contrat de vente impliquant ce transfert. A l'inverse, est considéré comme valide, le contrat de location assorti d'une promesse de vente donnée par le propriétaire au locataire en vertu de laquelle ce dernier deviendra propriétaire de la chose louée après avoir réglé toutes les échéances et signé avec le propriétaire un contrat de vente à prix réel<sup>656</sup>.

---

<sup>656</sup> Abdel Aziz al Kassar, *Les transactions financières contemporaines*, op, cit, pp.137-138.



## **Titre 2 : Le rôle limité de la justice étatique et du règlement amiable dans la prise en compte de la singularité de la finance islamique**

On assiste depuis quelques années au développement remarquable des activités et des produits de la finance islamique. Aujourd'hui, l'industrie financière islamique est devenue un phénomène universel, elle attire une attention de plus en plus accrue des opérateurs financiers et d'Etats assez variés. Cela s'est traduit concrètement par une réception variable de la finance islamique. Certains Etats ont procédé à l'islamisation pure et simple de leur système financier et bancaire afin de le rendre conforme aux exigences religieuses et morales islamiques. D'autres Etats ont conservé leur ordre juridique tout en adoptant des législations spécifiques régissant les activités de la finance islamique. Malgré les efforts déployés en vue d'accueillir l'industrie financière islamique, de nombreuses difficultés persistent, empêchant le plein épanouissement de ce secteur d'activité. A ce titre, la problématique principale tient au fait que la finance islamique s'insère dans un environnement normatif et culturel qui ne cadre pas toujours avec sa philosophie et les principes qui légitiment son action et commandent sa fonction au sein de la société. En tant qu'activité reposant essentiellement sur la logique contractuelle, il est tout à fait probable que les activités financières islamiques soulèvent des conflits de différente nature entre les parties concernées. Ceux-ci se trouvent fréquemment soumis au juge étatique qui devrait normalement prendre en considération la singularité de la finance islamique. Toutefois, tel n'est pas toujours le cas.

En effet, l'application de la législation nationale par le juge étatique aboutit dans l'immense majorité des cas à la requalification des contrats de financement islamique en des contrats de finance conventionnelle. Cette pratique dénature complètement ces contrats en les vidant de leur substance. Cette dénaturation des transactions islamiques est source de contradictions, puisque les personnes ayant recours à la finance islamique le font du fait du caractère licite au regard de la législation islamique. Quel est l'intérêt d'appliquer les règles juridiques propres à la finance conventionnelle à des opérations de finance islamique ? C'est la raison pour laquelle on commence à s'interroger sur la validité et la légitimité de la justice étatique dans le règlement des litiges de financement islamique. (**Chapitre 1**). En vue de sortir de cette situation peu favorable à l'essor de la finance islamique, l'idée d'une justice

amiable émerge et se développe progressivement. Mais au-delà de ce développement, subsistent des questions légitimes sur leur rôle dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique. Dans quelle mesure les modes amiables de règlement des litiges peuvent-ils servir de base à une solution à la fois efficace et conforme aux principes qui fondent la finance islamique ? (**Chapitre 2**)

## Chapitre 1. Les limites du cadre étatique

« Nous adapterons notre environnement juridique pour que la stabilité et l'innovation de notre place financière puissent bénéficier à la finance islamique ». Ces mots de la ministre française de l'économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Mme Christine Lagarde, montrent bien l'intérêt que l'on porte à la finance islamique aujourd'hui<sup>657</sup>.

En effet, cette activité s'est très largement développée au cours de ces dernières décennies. Bien que leurs origines soient très anciennes, les principes de la finance islamique se sont tardivement formalisés. Si l'on se concentre sur sa forme actuelle, on peut considérer que la finance islamique n'existait pas véritablement aux premiers temps de l'Islam.<sup>658</sup> Ce n'est qu'à partir des années 1930-1940 que quelques expériences de techniques financières islamiques, réalisées par des économistes et banquiers, ont vu le jour en Inde et en Malaisie, puis en Egypte<sup>659</sup>. Comme l'indique Mohammad Hamidullah, « un mystique de Haiderabad, Sayid Muhammad, organisa une institution qui existe encore aujourd'hui. Etant homme intègre, les membres de sa confrérie lui confiaient des aumônes pour secourir les pauvres. Au lieu de donner cet argent ; il le prêtait sans intérêt. Chaque année le capital augmenta, et l'acquittement des dettes servait ainsi à de nouveaux prêts »<sup>660</sup>. Mais l'apparition en Egypte en 1963 d'une banque islamique d'épargne (Mit Ghamr)<sup>661</sup> est souvent présentée comme le point de départ du système financier islamique moderne. C'est ensuite, dans les années 1970, lors de la forte augmentation du prix du pétrole, que la finance islamique s'est officiellement développée et une organisation du système fut mise en place. On assiste donc à l'émergence

---

<sup>657</sup> Forum financier de l'association Paris Europlace, 2 juillet 2008.

<sup>658</sup> Dhafer Saidane, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Revue Banque, Paris, 2009, p. 17.

<sup>659</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, Editions Larcier, Bruxelles, 2011, pp.87-88.

<sup>660</sup> Mohammad Hamidullah, « Le monde musulman devant l'économie moderne », Cahiers de l'Institut de science économique appliquée, n°120, décembre 1961, p. 35.

<sup>661</sup> Cette banque fut créée par le docteur Ahmad al Najar dans une petite ville du delta du Nil.

de nombreuses organisations nationales et internationales dont la mission essentielle est l'organisation et la régulation des activités financières islamiques. A partir de cette date, les établissements financiers islamiques se trouvent multipliés et s'implantent dans les quatre coins du monde. Phénomène mondial, la finance islamique est devenue aujourd'hui une véritable industrie financière opérant conformément aux règles et principes de la Charia islamique. Les évolutions techniques et juridiques concernant ce secteur d'activité sont en cours pour développer cette finance et l'intégrer dans le marché mondial.

Pourtant, malgré le développement remarquable de la finance islamique et sa mondialisation actuelle, des difficultés et des obstacles persistent en perturbant son épanouissement et la réalisation de ses objectifs. Pour mieux comprendre ces problèmes et difficultés (**Section 2**), il est, au préalable, nécessaire d'analyser d'abord la nature du cadre juridique dans lequel fonctionne la finance islamique (**Section1**).

## **Section1. L'environnement normatif étatique de la finance islamique**

Dans un contexte de développement et d'extension de l'industrie financière islamique, plusieurs pays du monde ont tenté d'avoir une place centrale au sein de cette finance. Pour ce faire, des lois et règlements spécifiques aux institutions financières islamiques ont été édictés. Les systèmes juridiques auxquels sont soumises les institutions financières islamiques sont variables. De manière générale, trois catégories de systèmes juridiques peuvent être distinguées : les systèmes intégralement islamiques (§1), les systèmes mixtes (§2), et les systèmes de droit positif (§3).

### **§ 1. Les systèmes juridiques islamisés**

Afin de concrétiser dans le monde financier leur idéologie dominante, plusieurs pays musulmans ont favorisé le développement de la finance islamique en islamisant intégralement ou partiellement leur système financier et bancaire. Il s'agit du Pakistan (**A**), de l'Iran (**B**) et du Soudan (**C**). Ces pays ont effectué des modifications radicales dans leurs organisations financières et bancaires permettant leur islamisation entière et leur mise en conformité avec

les préceptes de la Charia. La relation est désormais encadrée par des règles compatibles avec les principes de l'activité financière islamique.

## A)- Le Pakistan

Le Pakistan peut être considéré comme le premier pays à islamiser l'intégralité de son système bancaire<sup>662</sup>. Après avoir annoncé, dès 1979, un plan triennal visant à s'affranchir du système fondé sur l'intérêt, des modifications ont été adoptées dans les domaines bancaire, financier et sociétal<sup>663</sup>.

Le président Zia Al Hak a décidé en 1979, sur le fondement d'une étude demandée au Conseil de l'idéologie islamique, l'interdiction de la perception d'intérêts sur toute opération financière. Limitée au départ à certains établissements<sup>664</sup>, cette mesure a été progressivement étendue à l'ensemble des institutions bancaires et financières. En 1982, un règlement a autorisé aux banques le recours, dans certains cas, à la *moudaraba* pour placer leurs dépôts. Depuis juin 1985, au terme d'une période de transition, les établissements bancaires nationaux et étrangers se sont vus interdits d'exiger des intérêts sur les transactions effectuées pour le compte des entreprises d'Etat, des entreprises du secteur privé ou des particuliers<sup>665</sup>.

Cependant, l'inscription du Pakistan dans l'économie internationale a conduit à l'adoption en 2001 d'une décision permettant à certains établissements, notamment les banques étrangères et les dépôts en devises étrangères, de conserver le système d'intérêts pour toutes leurs opérations<sup>666</sup>. D'après les statistiques établies en 2007, le marché pakistanais comprend six banques islamiques et douze banques conventionnelles, ces dernières disposant de cinq cents guichets islamiques, et la proportion des dépôts de caractère islamique s'établissant à près de 5% en fin juin 2008<sup>667</sup>. Selon le Tableau Bankscope de 2008, la part des banques purement islamiques est estimée à 29%.<sup>668</sup>

---

<sup>662</sup> La majorité de la population pakistanaise professe l'islam sunnite Hanafite.

<sup>663</sup> Loi pakistanaise concernant les sociétés utilisant l'instrument de *moudaraba* de 1980.

<sup>664</sup> Il s'agissait des établissements suivants : National Investment Trust, Investment Corporation, Housing Finance Corporations, Small Business Corporation.

<sup>665</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, op, cit, p. 91.

<sup>666</sup> Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op, cit, p. 173.

<sup>667</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, op, cit, p. 91.

<sup>668</sup> Abdelkader Bessedik, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Thèse de droit, Université Paris-Est Créteil, 2013, p.156.

## B)- L'Iran

Pays de confession chiite, l'Iran se caractérise par son régime théocratique. En effet, le pouvoir politique en Iran se place entre les mains du clergé chiite (gouvernement du Guide spirituel). Mais les différences théologiques entre le sunnisme et le chiisme n'ont pas d'impact majeur en matière de finance. La révolution islamique de 1979 va profondément changer le paysage institutionnel et juridique iranien. Né en février 1979, le Conseil de la révolution islamique a décidé en juin de la même année de procéder à la nationalisation de la plupart des établissements bancaires, faisant apparaître une nouvelle configuration du marché, scindé en trois pôles :

- Trois grandes banques spécialisées l'une dans le domaine hypothécaire, la seconde dans les transactions avec le secteur industriel, et la troisième dans celles concernant le secteur agricole ;
- Trois banques de dépôts opérant selon les exigences islamiques ;
- Vingt-deux banques provinciales, soit une par province<sup>669</sup>.

En 1983, les autorités publiques, par le biais du Parlement, ont décidé l'islamisation intégrale du système financier institutionnel. Ainsi, une loi a été promulguée<sup>670</sup> pour prévoir la mise en place d'une étape transitoire pour l'islamisation du système bancaire sur une durée de trois ans. Cette loi fixait des délais pour la transformation du système et imposait aux banques la conversion de leurs dépôts pour agir conformément aux préceptes de la *Chari'a* islamique sur un délai d'un an. Ces mesures sont entrées en vigueur en mars 1984, et la prohibition générale du service d'intérêts est intervenue en 1985 afin d'aboutir à la mise en place d'un système de perception de droits remplaçant les intérêts exigés des emprunteurs ou le profit alloué aux déposants<sup>671</sup>. Selon Dhafar Saidane, la part des banques purement islamiques est estimée à 67%. Les deux premières banques iraniennes islamiques sont Bank Saderat Iran et Bank Mellat<sup>672</sup>.

Cependant, dans la pratique, l'Iran a été amené à revoir sa position et le système fiscal n'a guère été islamisé. Les exigences de la finance islamique n'ont parfois pas été appliquées

---

<sup>669</sup> Roger Wicker, « Iranian Housing Bank Eschews Profit, Mostly, as It Offers Interest-Free Loans », *The Wall Street Journal*, January 29, 1980.

<sup>670</sup> Loi des opérations bancaires dépourvues d'intérêt, « Le Non- *Riba* », Août 1983.

<sup>671</sup> Abdelssatar Alkhouweildi, « Etudes comparatives des lois bancaires relatives aux institutions financières islamiques » (en arabe), Conférence des Comités de la Chari'a des institutions financières islamiques, Bahreïn, 2007, p.4. et s ; Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, op, cit, p. 92.

<sup>672</sup> Dhafer Saidane, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Revue Banque, Paris, 2009, p. 36.

en vue de favoriser la rentabilité. De plus, c'est la banque centrale iranienne qui fixe les taux maximums et minimums de la rémunération des dépôts, ce qui va à l'encontre des principes élémentaires du droit financier et bancaire islamique<sup>673</sup>. Comme l'indiquent A.Aloui et L.Daly, « dans la pratique les banques ont continué d'utiliser le taux d'intérêt »<sup>674</sup>. A partir de 2007, l'autorisation d'opérer a été accordée, sur un périmètre limité, à plusieurs banques étrangères<sup>675</sup>.

### C)- Le Soudan

Après avoir nationalisé son système bancaire en 1970, la République islamique du Soudan a décidé d'agréer en 1977 son premier établissement bancaire islamique. Il s'agissait de la Banque islamique soudanaise Fayçal (FIBS)<sup>676</sup>. Celle-ci a connu un certain succès et favorisé la création d'autres sociétés : Tadamon, Al Baraka, etc.<sup>677</sup>

Le changement dans la classe politique soudanaise, intervenu dans les années 1980 aura pour conséquence de renforcer la place de la Charia islamique dans l'ordre juridique soudanais. En effet, dès 1983, la Charia devient la base du fonctionnement de toutes les institutions dans ce pays, ce qui conduira à l'islamisation complète du système bancaire soudanais en 1984. Ainsi, cinq nouvelles banques islamiques ont été créées et mises en concurrence avec les autres banques nationales opérant de façon conventionnelle<sup>678</sup>. Ces dernières travaillaient essentiellement dans la moitié sud du pays, non islamisée et devenue Etat indépendant à la suite de la séparation intervenue en 2014.

En 1991, la loi de l'organisation de l'activité bancaire conforme aux préceptes de la Charia islamique a été publiée dans le cadre de la volonté de l'Etat d'islamiser l'économie dans son ensemble<sup>679</sup>. Celle-ci a confié à la Banque centrale la mission d'organiser les transactions bancaires selon les exigences de la Charia. Dès lors, un organisme supérieur

---

<sup>673</sup> Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op, cit, pp. 166-167.

<sup>674</sup> Aloui et Daly, « Système bancaire islamique entre réalité financière et fondements idéologiques », in *Finances et stratégies de développement*, colloque de Sousse des 19-20 mars 2010..

<sup>675</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, op, cit, p. 92 ; Thierry Coville, « Le système financier islamique en Iran : de la rhétorique à la pratique », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turoc-iranien*, n°17, janvier-février, 1994, pp. 287-292.

<sup>676</sup> Faisal Islamic Bank of Soudan.

<sup>677</sup> I E Elmahi, « La banque islamique au Soudan », *Techniques financières et développement*, n°90, mars 2008, p. 82.

<sup>678</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, op, cit, p. 93.

<sup>679</sup> Loi n°1 de 1993 concernant l'organisation de l'activité bancaire.

chargé de veiller à la conformité de toutes les banques à la Charia a vu le jour<sup>680</sup>. Selon Dhafar Saidane, le système bancaire soudanais est composé de vingt-six banques dont sept purement islamiques<sup>681</sup>.

## §2. Les systèmes mixtes

Nous envisageons ici les pays dans lesquels le droit musulman est une source importante de la législation, mais où coexistent des normes issues des droits occidentaux. Deux exemples vont retenir notre attention dans ce cadre : le Koweït (A) et la Malaisie (B).

### A)- Le Koweït

L'histoire du Koweït avec la finance islamique commence en 1977, date à laquelle le pays se voit doté de sa première banque islamique selon le décret n° 72 dont l'objet était de constituer une banque koweïtienne fonctionnant conformément aux préceptes de la Charia islamique. Par cette initiative, le Koweït est considéré comme un centre majeur du développement du droit bancaire et financier islamique. Il est le deuxième pays dans la région du Golfe à introduire la banque islamique dans le paysage bancaire national. A cette époque, il n'y avait pas de loi spécifique aux institutions financières et bancaires opérant selon les règles de la loi islamique, ces dernières étant régies par les règles de la loi n° 32 de 1968 relative à la monnaie, à la Banque centrale du Koweït et à l'organisation du secteur bancaire<sup>682</sup>.

Cet événement sera suivi par la création de plusieurs institutions d'investissements islamiques qui vont jouer un rôle important dans le développement économique et social du pays. L'existence d'institutions financières islamiques a évidemment posé la question de la mise en place d'un système juridique visant à réglementer leurs activités. Des tentatives s'évertuant à créer un ordre juridique spécifique aux institutions financières islamiques ont été observées dans les années 1990-1996. Ces dernières vont aboutir le 25 mai 2003 à l'adoption

---

<sup>680</sup> Abdelssatar Alkhouweildi, « Etudes comparatives des lois bancaires relatives aux institutions financières islamiques » (en arabe), Conférence des Comités de la Charia des institutions financières islamiques, Bahreïn, 2007, p.4.et s.

<sup>681</sup> Dhafar Saidane, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Revue Banque, Paris, 2009, p. 37.

<sup>682</sup> Contrat de constitution et règlement du Bait tamwil al Kuweiti (kuwait Finance House), article 1, le Koweït, 2014.

d'une loi relative aux institutions financières islamiques<sup>683</sup>. Il s'agit de la loi n°30 publiée au Bulletin Officiel le 1<sup>er</sup> juin 2003 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre de la même année<sup>684</sup>.

La loi de 2003 a ajouté un chapitre portant sur les banques islamiques au titre 3 de la loi n°32 de 1968 relative à la monnaie, la Banque centrale et à la réglementation de l'activité financière au Koweït par l'article 86. Elle définit les banques islamiques comme étant « les banques qui exercent une activité financière ou ce qui est prévu dans la loi commerciale ou pratiqué par la coutume conformément aux principes de la Charia islamique [...]. Elles doivent aussi exercer les opérations de financement à travers toute sorte de délais en utilisant à ce propos les contrats chariatiques tels que *moucharaka*, *moudaraba* et autre techniques de financement islamique »<sup>685</sup>.

Conformément à la loi de 2003, les banques conventionnelles ont la possibilité d'exercer les mêmes activités que les banques islamiques et de se transformer en banque islamique. Sur cette base, de nouvelles banques islamiques ont été créées (banque Boubyan<sup>686</sup> et banque Warba)<sup>687</sup> et des anciennes banques conventionnelles se sont converties à la finance islamique en quittant le secteur financier classique. C'est le cas notamment de la banque immobilière qui s'est transformée en 2007 en banque islamique sous le nom de Banque internationale islamique du Koweït et de la Banque du Koweït et du Moyen-Orient qui s'est convertie en 2010 au secteur financier islamique sous le nom de Banque Ahli al Moutahed<sup>688</sup>.

---

<sup>683</sup> En novembre 1996, un groupe de travail au sein de la Banque centrale a été chargé de la préparation d'un projet de loi sur les institutions financières islamiques. La première version de ce projet a été achevée en avril de la même année. Le 27 avril 1997, le projet a été soumis à la haute commission consultative pour vérifier sa conformité à la Charia. Suite à cela, il a été envoyé le 4 mai 1997 à la Direction de la *Fatwa* du Conseil de l'Etat pour donner ses observations juridiques sur le projet de loi. Le 23 novembre 1997, le projet de loi a été approuvé dans sa version finale par le Conseil d'administration de la Banque centrale et soumis au gouvernement le 7 décembre 1997. Après avoir été approuvé par le Conseil des ministres en août 1998, il a été envoyé au Parlement (Conseil de l'Oumma). Après plusieurs réunions et consultations, le parlement a approuvé le projet le 25 mai 2003. Haidar Al Joum'a, *Les banques islamiques dans l'Etat du Koweït* (en arabe), Le Koweït, 2005, pp. 130-135.

<sup>684</sup> Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien*, op, cit, p.53 et s.

<sup>685</sup> Voir la loi n°30 de 2003, article 86, Journal Kowyt al Yawm, n°8, 19 juin 2003.

<sup>686</sup> Cette banque a été créée le 28 novembre 2004, décision du ministre des finances n°23 relative à l'enregistrement de la banque Boubyan dans le registre des banques islamiques au sein de la Banque centrale du Koweït sous le numéro 2.

<sup>687</sup> Cette banque a été créée en 2010.

<sup>688</sup> Le journal Al Jarida, « Les banques islamiques attirent la banque commerciale koweïtienne » (en arabe), le Koweït, le 8 avril 2014.

Force est de constater que depuis l'adoption de la loi de 2003, le secteur financier et bancaire islamique connaît un développement remarquable au Koweït. Selon le Tableau Bankscope de 2008, la part des banques purement islamiques au Koweït est estimée à 47%.<sup>689</sup>

## **B)- La Malaisie**

La Malaisie peut être considérée comme l'un des acteurs majeurs du développement de l'industrie financière islamique. Elle joue un rôle très actif dans ce secteur. Ce rôle tient essentiellement à la politique volontariste de l'Etat malaisien qui cherche l'efficacité économique en préparant l'environnement juridique approprié.

Les origines de la finance islamique en Malaisie remontent assez loin dans le temps. En effet, à la fin des années 1950, l'économiste malais Ungku Aziz, alors conseiller influent du gouvernement, proposait la création du Tabung Haj<sup>690</sup>. Après une longue réflexion pour en définir les modalités pratiques, le gouvernement a fini par mettre en place en 1962 une caisse d'épargne des futurs pèlerins, appelée Perbadanan Wang Simpanan Bakal-Bakal Haji. En 1969, une loi est venue fusionner cet organisme avec l'administration locale chargée du pèlerinage (Pejabat Urusan Hal Ehwal Haji) pour former le Lembaga Urusan dan Tabung Haji<sup>691</sup>.

Dès 1980, un arsenal juridique complet commence à voir le jour pour permettre à l'industrie financière islamique d'être introduite sans bouleverser pour autant le système financier conventionnel existant. Ainsi, un comité a été institué par le gouvernement en 1980 ayant pour mission l'étude sur la possibilité de créer une banque islamique en Malaisie. Après des recherches sur les expériences menées au Moyen-Orient et au Pakistan et sur

---

<sup>689</sup> Abdelkader Bessedik, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Thèse de droit, Université Paris-Est Créteil, 2013, p.156.

<sup>690</sup> On vise à réaliser deux objectifs : d'une part, permettre aux croyants d'investir leur épargne dans des placements conformes à la Charia ; d'autre part, améliorer la situation financière des candidats au pèlerinage.

<sup>691</sup> David Delfolie, « Le développement de la finance islamique en Malaisie : l'histoire d'un volontarisme d'État », *Revue de la régulation* [En ligne], 13 | 1er semestre / Spring 2013, mis en ligne le 31 mai 2013, consulté le 05 janvier 2017. URL : <http://regulation.revues.org/10067>, para 22; Xavier Oudin, « Les banques islamiques en Asie du sud-est », in Pierre Traimond (sous la direction de), *Finance et développement en pays d'Islam*, EDICEF, Paris, 1995, p. 175.

l'environnement juridique national, le comité a suggéré la constitution d'une banque islamique tout en donnant des avis sur le cadre juridique nécessaire<sup>692</sup>.

Ces recommandations ont été suivies par le gouvernement qui a adopté, par le biais du Parlement, en 1983 l'islamic banking act autorisant la création, à titre expérimental, de la Bank Islam Malaysia Berhad<sup>693</sup>. Cette loi constitue le premier texte réglementaire dédié aux banques islamiques. Entrée en vigueur le 7 avril 1983, elle a été modifiée six fois pour s'adapter au développement de l'industrie financière islamique. Sur la base de cette loi, un système bancaire islamique national a été établi sous le contrôle de la banque centrale de Malaisie (Bank Negara Malaysia)<sup>694</sup>. La Bank Islam Malaysia Berhad était la première et unique banque entièrement islamique en Malaisie. Mais le succès de cette expérience va conduire à la création en 1989 d'une deuxième banque intégralement islamique, il s'agit de la bank muamalat malaysia berhad<sup>695</sup>. Durant cette même période, l'assurance islamique a été également institutionnalisée et formalisée avec l'adoption en 1984 d'un premier texte régissant cette activité « Takaful act ». Ce texte introduit le principe de la solidarité mutuelle entre les signataires d'un même contrat comme base des assurances islamiques<sup>696</sup>. Il instaure le Takaful comme une branche importante au sein de l'industrie financière islamique. Opérant conformément aux principes et règles de la Charia, les institutions malaisiennes d'assurances islamiques sont placées sous le contrôle de la banque centrale du pays. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1985, la loi sur les assurances islamiques met l'accent sur l'obligation de se conformer aux préceptes de la Charia<sup>697</sup>.

Dix ans après la création de la Bank Islam Malaysia Berhad, soit en 1993, les établissements bancaires conventionnels se trouvent autorisés à offrir des produits islamiques à travers le concept de fenêtres islamiques<sup>698</sup>. Parallèlement, le marché de capitaux islamiques a connu un développement remarquable avec la première émission de Sukuk par Shell

---

<sup>692</sup> Ahmad Tahiri, « La Standardisation et l'harmonisation des pratiques financières islamiques », in Deuxième rassemblement international de l'industrie financière islamique, Les outils de rationalisation de l'industrie financière islamique, des 8 et 9 décembre 2013, p. 5.

<sup>693</sup> Michaël MOATÉ, *La création d'un droit bancaire islamique*, op, cit, p. 176.

<sup>694</sup> Lshahb Al Sadek et Bourich Ahmad, « Analyse des causes de la réussite de l'expérience malaisienne dans le développement de l'industrie financière islamique » (en arabe), Revue algérienne des études comptables et financières, n°1, 2015, p. 92.

<sup>695</sup> Ahmad Tahiri, « La Standardisation et l'harmonisation des pratiques financières islamiques », art, cit, p. 5.

<sup>696</sup> David Delfolie, « Le développement de la finance islamique en Malaisie : l'histoire d'un volontarisme d'État », art, cit, para 22.

<sup>697</sup> Lshahb Al Sadek et Bourich Ahmad, « Analyse des causes de la réussite de l'expérience malaisienne dans le développement de l'industrie financière islamique » art, cit, p. 92.

<sup>698</sup> Thibaud Contamine, « Malaisie, un pays moteur mais qui ne relâche pas ses efforts », Banque Stratégie, 2007, N°253, p. 21.

MDS<sup>699</sup> en 1990 et l'établissement d'un comité de Charia au sein de la banque centrale en 1996 et la commission des opérations boursières en 1997. De plus, l'année 1994 a vu la création d'un nouvel organisme : il s'agit de l'Islamic Interbank Money Market. Cette institution a facilité les prêts interbancaires par un mécanisme basé sur la *moudarabah*<sup>700</sup>.

A partir des années 2000, l'Etat Malaisien a œuvré pour s'affirmer comme un centre international du système financier islamique à travers deux mesures : d'une part, la libéralisation du marché en accordant des agréments à des banques islamiques étrangères ; d'autre part, l'accueil de plusieurs institutions internationales s'intéressant à la finance islamique telles que l'IFSB<sup>701</sup> et l'IILM<sup>702</sup>. Dans cette perspective, un centre international sur la finance islamique a été mis en place par le gouvernement en août 2006 afin de pourvoir à la flexibilité opérationnelle et la rentabilité d'un environnement propice aux activités financières islamiques. Mais la finalité ultime de cette institution est de faire évoluer les banques du pays vers des banques islamiques types qui permettront à la Malaisie de devenir un centre financier régional islamique<sup>703</sup>. Quelques temps plus tard, une loi sur le marché et les services financiers a été adoptée en 2007 pour entrer en vigueur le 28 septembre de la même année<sup>704</sup>. Cette loi autorise l'exercice du marché de capitaux islamiques. Par ailleurs, force est de constater que la Malaisie joue un rôle important en matière de formation sur la finance islamique<sup>705</sup>. A ce titre, elle dispose de nombreux centres de formation comme, par exemple, l'International Centre for Education Islamic Finance (fondé en 2005) et le Centre de recherches appliquées (ISRA, fondé en 2008)<sup>706</sup>.

La dernière évolution dans le secteur financier islamique est intervenue en 2013 avec l'adoption de l'Islamic Financial Services Act qui a pris le relais des « Islamic Banking Act » de 1983 et du « Takaful Act » de 1984<sup>707</sup>. Les modifications majeures concernent le cadre

---

<sup>699</sup> Shell MDS (Malaysia) Sdn Bhd was founded in 1986. The Company's line of business includes producing gasoline, kerosene, distillate fuel oils, residual fuel oils, and lubricants.

<sup>700</sup> Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op. cit, p. 176.

<sup>701</sup> Islamic Financial Services Board. Il s'agit d'une organisation internationale dont l'objectif est de poser des normes afin de promouvoir l'image et la stabilité de la finance islamique en développant des normes prudentielles et des principes financiers.

<sup>702</sup> International Islamic Liquidity Management Corporation.

<sup>703</sup> *La finance islamique vue de presse internationale*, in Les dossiers, n°6, Mai 2007, p.1, ; International Accounting Bulletin – N° 404 – 14 mars 2007, The Malaysian Accountant – Février 2007. Dossier 6 - 2007-06 - FINANCE ISLAMIQUE.pdf

<sup>704</sup> Capital Markets and Services Act

<sup>705</sup> Trésor Direction générale, *La Malaisie, Hub Mondial de la Finance islamique*, 2014, p. 3. <http://fr.financialislam.com/uploads/3/8/5/3/3853592/397384.pdf>

<sup>706</sup> International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance.

<sup>707</sup> Trésor Direction générale, *La Malaisie, Hub Mondial de la Finance islamique*, 2014, p. 3.

chariatique de la finance islamique, elles mettent l'accent sur l'importance de la régulation islamique des opérations financières des établissements conformes aux exigences de la Charia. La nouvelle loi s'est également préoccupée des standards islamiques et procéduraux lesquels garantissent la sécurité et la clarté des opérations<sup>708</sup>.

A l'heure actuelle, le paysage financier islamique malaisien comporte dix-sept banques. Dans le secteur des assurances islamiques, on compte actuellement quatre opérateurs autorisés par la Banque centrale de Malaisie. Selon les données de *Bankscope de 2008*, la part des banques purement islamiques en Malaisie est estimée à 30%.<sup>709</sup> Du fait du volontarisme de l'Etat malaisien, le pays est devenu le leader mondial du marché des obligations islamiques, ou sukuk, avec 74% des émissions mondiales en 2012<sup>710</sup>.

### §3. Les systèmes de droit séculier

La finance islamique a connu depuis quelques années une expansion rapide et large à travers toutes les régions du monde. Elle ne se limite pas aux terres d'islam, mais a gagné d'autres pays à population majoritairement non musulmane. Elle est devenue à l'heure actuelle un phénomène international.

L'internationalisation de la finance islamique s'est traduite d'abord par la création de banques islamiques dans les pays occidentaux. En effet, durant les années 1980, plusieurs établissements financiers islamiques ont vu le jour en Occident. Il s'agissait de l'Islamic Finance House au Luxembourg<sup>711</sup>, de l'Islamic Finance House au Danemark, de l'Islamic Investment Company en Australie ou de l'American Finance House Lariba aux Etats-Unis d'Amérique. Notons d'ailleurs que dès 1986, un fonds islamique, Amana Income, a été lancé dans ce pays. Il y existe également d'importants établissements, comme Citibank, qui proposent à leurs clients des produits conformes à la Charia<sup>712</sup>. En Suisse, une banque islamique a été fondée en 1981 à Genève. Il s'agit de Dar Al Mal Al Islami, transformée en

---

<sup>708</sup> Rapport de l'Union des Banques Arabes, <http://www.uabonline.org/ar/research/financial/1578159116081585157515781575160415781605/7698/0>

<sup>709</sup> Abdelkader Bessedik, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Thèse de droit, Université Paris-Est Créteil, 2013, p.156.

<sup>710</sup> Trésor Direction générale, *La Malaisie, Hub Mondial de la Finance islamique*, 2014, p. 2. <http://fr.financialislam.com/uploads/3/8/5/3/3853592/397384.pdf>

<sup>711</sup> La première compagnie d'assurance islamique a été créée dans ce pays en 1983.

<sup>712</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, op, cit, p. 122.

Bank Faysal Islamique en 2006, date qui marque ainsi l'entrée réelle de la Suisse dans l'ère de la finance islamique<sup>713</sup>.

Ce mouvement s'est accéléré et a pris une nouvelle ampleur à partir des années 2000. En 2003, la Grande-Bretagne a ouvert la voie à la finance islamique en faisant de la HSBC Amanah UK a été le premier acteur financier à proposer des produits islamiques dans la banque de détail<sup>714</sup>. En 2004, une première banque intégralement consacrée à la finance islamique a vu le jour : l'Islamic Bank of Britain (IBB). Depuis, d'autres banques islamiques ont été créées au Royaume-Uni, à l'instar de The European Islamic Investment Bank en 2005, The Bank of London and the Middle East en 2007, The European Finance House et The Garehouse en 2008. Ces mesures ont fait de Londres est devenu le pôle occidental de la finance islamique<sup>715</sup>. D'autres pays européens se sont également montrés favorables à l'accueil de l'industrie financière islamique, à l'exemple de la banque centrale de Luxembourg qui a été intégrée au réseau Islamic Financial Services Board en 2011<sup>716</sup>. En Allemagne, une banque islamique (KT Bank) a été créée le 1<sup>er</sup> juillet 2015<sup>717</sup>. C'est la première banque islamique du pays<sup>718</sup>, même si déjà en 2004, un land allemand, le Saxe-Anhalt, a procédé à une émission de sukuks (obligations islamiques)<sup>719</sup>. L'émission avait eu lieu en Allemagne et la souscription s'est faite essentiellement au Proche-Orient<sup>720</sup>.

En France, la finance islamique a commencé à attirer l'attention des autorités publiques françaises à partir de l'année 2007, date à laquelle le rapport d'information sur les

---

<sup>713</sup> Islah Bakhat, « La banque islamique renforcée dans la plus grande banque suisse » (en arabe), 14 Mars, 2006, swissinfo.ch.

<sup>714</sup> Dhafer Saidane, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, op, cit, p. 104.

<sup>715</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op, cit, pp. 21-22 ; Ahmed Alouani, « Finance islamique : évaluation depuis 1970 a nos jours », *International Journal of Innovation and Applied Studies*, Vol. 10 No. 2 Feb. 2015, p. 727.

<sup>716</sup> Florence Thibaut, « La finance islamique est éthique et participative », *mobile. News.paperjam.lu*, 14 avril, 2016.

<sup>717</sup> Basée à Francfort, cette banque a ouvert trois agences : Francfort, Mannheim, Berlin.

<sup>718</sup> Ezzedine Ghlamallah, Allemagne : KT Bank, première banque islamique d'Europe continentale, ouvre ses portes, 15 juillet 2015. [http://www.saphirnews.com/Allemagne-KT-Bank-premiere-banque-islamique-d-Europe-continentale-ouvre-ses-portes\\_a21026.html](http://www.saphirnews.com/Allemagne-KT-Bank-premiere-banque-islamique-d-Europe-continentale-ouvre-ses-portes_a21026.html)

<sup>719</sup> « Le montant de l'émission (de ces sukuks) était de 100 millions d'euros qui étaient structurés grâce au contrat de location appelé *ijara*. Ils avaient une maturité de 5 ans avec un taux de rendement variable en référence au taux Euribor sur 6 mois augmenté d'un pourcent. La conformité islamique de ces sukuks dépend de leur adossement à un actif réel, et qui, dans ce cas, avait une particularité typiquement islamique de retenir la méthodologie du «Wakf » qui consistait à mettre les actifs au service du public après que le Ministère allemand des finances ait transféré les droits attachés aux biens ». Voir à cet égard, Ibrahim Zeyyad Cekici, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, op, cit, p. 27.

<sup>720</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op, cit, p. 21.

fonds souverains du Sénat fait mentionne la notion de finance islamique<sup>721</sup>. En mai 2008, une table ronde sur la finance islamique a été organisée par cette assemblée et un rapport d'information a été publié par la suite. Ce dernier indique : « si la finance islamique s'est historiquement développée dans les pays de tradition musulmane, et reste encore aujourd'hui très concentrée dans le Golfe persique et en Asie du Sud-Est, elle s'exporte aux Etats-Unis et en Europe suite à la très forte augmentation du prix du pétrole de ces dernières années. En effet, l'excès de liquidités en provenance des monarchies du Golfe a, en partie, afflué vers les grandes places financières mondiales, suscitant ainsi un intérêt croissant pour ce système économique basé sur le Coran et la Sunna »<sup>722</sup>. Le rapporteur a surtout mis en évidence que le développement de la finance islamique en France n'est pas entravé par des obstacles juridiques et fiscaux insurmontables : « les différents exposés ont notamment montré : d'une part, que le droit positif permettait de créer et de distribuer des produits compatibles avec la loi coranique, comme par exemple la création d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières répondant aux critères de la finance islamique ; et d'autre part, que certains dispositifs juridiques et fiscaux français existants étaient, dans leur mécanisme, proches des principes requis par la finance islamique. A l'issue des tables rondes, il est apparu que la question de la réduction des frottements juridiques et fiscaux pouvait être traitée par des réformes simples, non nécessairement d'ordre législatif »<sup>723</sup>.

De son côté, la ministre de l'Economie et des Finances, Christine Lagarde, a déclaré le 2 juillet 2008 : « Nous allons développer sur le plan réglementaire et fiscal tout ce qui est nécessaire pour rendre les activités [de finance islamique] aussi bienvenues ici à Paris qu'à Londres et sur d'autres places »<sup>724</sup>. Malgré ces affirmations officielles de la part des autorités publiques françaises, il n'existe pas en France de textes législatifs ou réglementaires liés aux activités de la finance islamique. Toutefois, le lancement en France des premiers comptes compatibles avec la Charia islamique date de l'année 2011. C'est la banque Chaabi, filiale de la banque populaire du Maroc, qui a été à l'origine de cette initiative<sup>725</sup>. Au Canada, la Société canadienne d'hypothèques et de logement a, en 2007, discrètement conclu un partenariat avec

---

<sup>721</sup> Sénat, *Le nouvel « âge d'or » des fonds souverains au Moyen-Orient*, Rapport d'information de MM. Jean Arthuis, Philippe Marini, Aymeric de Montesquiou, Philippe Adnot, Michel Moreigne et Philippe Dallier, fait au nom de la commission des finances, n° 33, 17 octobre 2007.

<sup>722</sup> Rapport d'information du Sénat fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la finance islamiques par Jean Arthuis, 2 octobre 2008, n° 329, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 mai 2008, p. 7.

<sup>723</sup> Ibid. p. 10.

<sup>724</sup> Christine Lagarde, ministre de l'Economie et des Finances, Forum Paris Europlace du 2 juillet 2008.

<sup>725</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit, p. 21.

une compagnie saoudienne, Aa Yaan Holding, pour développer des systèmes de prêts hypothécaires conformes à la Charia<sup>726</sup>.

Au-delà du monde occidental, la finance islamique a trouvé une place dans les pays asiatiques. Le Singapour a créé sa première banque islamique en 2007, The Islamic Bank of Asia, et aspire à devenir le premier pôle de la finance islamique en Asie. En Chine, la province du Xinjaing, qui abrite la moitié de la population musulmane de Chine, possède plusieurs établissements financiers proposant à leurs guichets des produits financiers islamiques. Pour sa part, l'administration du Trésor du gouvernement de la région de Hong Kong préparait en 2009 une réforme de sa réglementation fiscale pour permettre l'émission de sukus<sup>727</sup>. En Inde, les gouvernements de deux Etats, l'Andhara Pradesh et le Kerala, envisageaient en 2008 la création de banques islamiques pour l'émission de sukus<sup>728</sup>. De leurs côtés, le Japon et bien d'autres pays ont affiché les mêmes objectifs<sup>729</sup>.

Dans un contexte d'expansion de la finance islamique au delà du monde musulman, la question qui se pose est celle de la nature du régime juridique auquel les activités et les institutions financières islamiques sont soumises. Existe-il, dans ces pays, un ordre juridique propre à la finance islamique ? Ou bien est-ce le droit commun qui régit les activités financières classiques qui s'applique aux activités de cette finance ? La réponse à cette question consiste à dire que les institutions financières islamiques ne sont pas régies par une législation qui leur est propre, c'est le droit positif régissant le secteur financier et bancaire conventionnel qui s'applique aux activités financières et bancaires islamiques. Ce qui ne manque pas de poser de nombreuses difficultés perturbant le développement de la finance islamique dans ces pays.

L'exemple britannique est particulièrement illustratif à cet égard. En effet, le Royaume-Uni est le pays non-musulman qui a fourni le plus grand effort pour accueillir la finance islamique. Le législateur anglais a adopté une série de mesures juridiques et fiscales destinées à favoriser le développement des activités bancaires et financières islamiques. Dans cette perspective, « depuis 2003, plusieurs réformes législatives « shariah friendly » ont été mises en œuvre. Une succession de réformes ont été entreprises entre 2003 et 2005 afin de mettre fin aux problèmes de double imposition à l'occasion des doubles transferts de propriété caractéristiques de la Finance Islamique. [...] Dans le prolongement de ces réformes, en avril

---

<sup>726</sup> Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, op, cit, p. 122.

<sup>727</sup> Ibid. p. 121.

<sup>728</sup> Ibid.

<sup>729</sup> Ahmed Alouani, «Finance islamique : évaluation depuis 1970 a nos jours », art, cit, p. 727.

2007, le gouvernement britannique a mis en place un groupe d'experts en Finance Islamique afin d'identifier les opportunités de développement de la Finance Islamique au Royaume-Uni. Par ailleurs, la Financial Services Authority (FSA) a pris des positions claires au sujet de la Finance Islamique et a accordé son agrément à des opérateurs et à des produits *shariah compliant* (fonds d'investissement, établissements de crédit, sukus...). Afin de promouvoir et mieux encadrer la Finance Islamique, des départements spécialisés au sein de la FSA ont été créés. Ces réformes législatives sont accompagnées d'importants efforts de développement d'une expertise professionnelle et de formations spécifiques pour les cabinets d'avocats et les organismes professionnels »<sup>730</sup>.

De plus, des réformes ont été adoptées pour faciliter l'implantation de la finance islamique en supprimant un certain nombre d'obstacles fiscaux : « Le Finance Act de 2003 a posé comme condition que, si la banque achète l'immeuble pour le revendre à une personne physique qui lui consent une hypothèque (mortgage), alors la deuxième vente est exonérée de droits de timbres, si cette taxe a été payée lors de la première vente ayant mis en relation le vendeur initial et la banque »<sup>731</sup>. Ensuite, « cette initiative a été étendue, en 2005, aux immeubles commerciaux et aux investisseurs personnes morales. Elle a été adaptée également aux opérations d'*ijara* et *moucharaka* dégressive, qui supportaient une triple la Stamp Duty and Land Tax (SDLT). En 2005 et 2007, le législateur a également modifié le traitement fiscal des rendements sur les financements islamiques en les assimilant à des charges d'intérêt déductibles pour l'acheteur (dans le cadre d'une *mourabaha*, d'une *moudaraba* et d'une *wakala*) et pour l'émetteur (dans le cadre d'une émission de sukuk) »<sup>732</sup>.

En dépit de ces réformes juridiques et fiscales, les activités financières islamiques demeurent soumises à la réglementation en vigueur régissant les activités financières traditionnelles. A ce titre, le rapport d'information du Sénat indique : « un contrat financier, qu'il soit islamique ou non, est construit sur la base de règles de droit explicites. Si les principes éthiques de l'Islam peuvent être pris en compte dans le montage de produits financiers, ils ne peuvent en aucun cas se substituer aux règles de droit en vigueur, ni être utilisés comme prétexte pour contourner ces mêmes règles. Un contrat rédigé en droit français, même s'il concerne un montage financier islamique, se doit, d'abord et avant tout, d'être conforme aux règles du droit français et ne peut être contesté que sur la base de ces

---

<sup>730</sup> Elyès Jouini et Olivier Pastré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport remis à Paris Europlace, novembre 2008, P. 88-90.

<sup>731</sup> Laurence Toxé, Avocate, in Rapport d'information du Sénat préc., p. 54 -55.

<sup>732</sup> Ibid.

règles [...]. Dans les rapports contractuels, le droit anglais prévaut, même si les principes de la Charia peuvent sous-tendre la relation contractuelle. A Londres, les banques islamiques doivent donc se conformer à la réglementation applicable à toutes les banques exerçant leurs activités au Royaume-Uni, y compris les exigences posées par la FSA »<sup>733</sup>.

## **Section 2. Les difficultés posées par l'encadrement juridique étatique de la finance islamique**

L'encadrement étatique des activités et opérations de finance islamique dans les divers systèmes juridiques évoqués plus haut pose de nombreux problèmes et obstacles aux développements et à l'épanouissement de cette finance. Dans cette optique, on peut distinguer entre deux types de problèmes : les problèmes inhérents au règlement des litiges relatifs à la finance islamique (§2) et les autres problèmes qui se posent en dehors du domaine du contentieux financier islamique (§1).

### **§1. Problèmes et difficultés non inhérents au règlement des litiges**

La diversité des systèmes juridiques encadrant les activités financières islamiques n'est pas sans poser quelques problèmes. Ces problèmes se vérifient aussi bien dans les systèmes islamisés que dans les systèmes mixtes et purement séculiers. Dans les systèmes juridiques islamisés, l'effort considérable employé en vue d'élaborer un cadre juridique conforme aux principes du droit financier islamique n'a pourtant pas empêché l'existence d'un certain nombre de difficultés.

En réalité, malgré la rareté des problèmes juridiques dans ce cadre, étant donné l'harmonisation entreprise entre les activités financières et les principes de la Charia, les institutions financières islamiques rencontrent certains obstacles lorsque, par exemple, les clients et opérateurs ne comprennent pas les principes directeurs des activités islamiques. Cette incompréhension a pour facteur l'absence de règles détaillées expliquant les dispositions spéciales relatives aux opérations de finance islamique et particulièrement les opérations modernes de finance islamique.

---

<sup>733</sup> *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport précité, pp. 16-17.

Parmi ces obstacles, on peut également évoquer le manque de savoir approfondi des juges dans la nature de ces opérations, modalités et conséquences. Le juge étatique dans les pays musulmans rend sa décision selon sa compréhension et son interprétation des ouvrages de Fiqh, qu'ils soient modernes ou anciens<sup>734</sup>. En d'autres termes, l'absence de codifications détaillées dans le domaine de la finance islamique prive le juge d'une référence juridique claire et unifiée et conduira, par conséquent, à la diversité des décisions rendues en la matière. Et c'est finalement l'unité et l'homogénéité de la construction juridique et jurisprudentielle qui se trouvent remises en question. Ce problème s'amplifie par l'absence de hiérarchisation et de codification des précédents jurisprudentiels, ainsi que par l'absence de clarté procédurale et les justifications chariatiques des décisions des tribunaux les individus ne peuvent donc pas consulter la jurisprudence avec facilité. De plus, les principes émanant des décisions précédentes ne sont pas considérés comme liant le juge dans les affaires postérieures.

Tous ces éléments peuvent avoir pour conséquence de créer des incidents entre les cocontractants qui n'ont pas de connaissances dans les droits et procédures judiciaires dans ces ordres juridiques islamisés. Ceci explique que beaucoup de clients des institutions financières islamiques, en ce qui concerne les contrats et opérations de financement islamique, refusent de se soumettre au droit de ces Etats, notamment lors d'opérations financières internationales, et préfèrent se soumettre aux juridictions occidentales<sup>735</sup>. Ce phénomène s'observe également dans les systèmes juridiques mixtes.

Comme nous l'avons vu, dans les systèmes juridiques mixtes, les Etats concernés font apparaître au sein de leurs droits bancaires, leur politique monétaire et dans l'activité de la banque centrale, un article ou un chapitre intitulé « banques islamiques », permettant la création des institutions financières islamiques<sup>736</sup>. Il ne fait aucun doute que la présence de lois applicables aux prestations de service de finance islamique favorise la création d'institutions de finance islamique et leur agrémentation en tant que banque et institution soumise aux principes et règles de la Charia islamique. Cette reconnaissance juridique favorisera l'allègement du fardeau fiscal qui pèse sur elles, en permettant une concurrence équitable avec les institutions conventionnelles. Malgré cela, les institutions financières islamiques font face dans ce cadre juridique à quelques difficultés. En effet, les lois et

---

<sup>734</sup> Abderrahmane Rihane, « La règlement des litiges de financement islamique par l'arbitrage » (en arabe), Cross Border Practices et Litigations, 15-16 June, 2010, p.11.

<sup>735</sup> Anko Rabia AL Adaouia, « Les problèmes juridiques et judiciaires dans l'application des institutions financières islamiques » (en arabe), Etude présentée au Groupe Al Baraka, Djeddah, 2006, op.cit, p.71.

<sup>736</sup> Abderrahmane Rihane, op.cit, p.12 ; Saïd Ibtisam, « Les exigences juridiques du travail bancaire islamique en Algérie. 2tude analytique comparative de certaines expériences internationales » (en arabe), Deuxième réunion internationale sur l'industrie financière islamique, 8 et 9 décembre 2013, p. 7.

règlements relatifs à la finance islamique se concentrent, dans la plupart des cas, sur des formalités, ils ne comportent pas de dispositions détaillées sur les opérations de finance islamique. Très souvent, les dispositions spéciales aux opérations de finance islamiques s'inspirent des décisions et *fatwas* qui émanent du conseil de supervision ou de l'autorité de la Charia.

Dans ces systèmes juridiques, le problème principal réside dans le fait que ce sont les tribunaux nationaux et juges étatiques qui détiennent le pouvoir de décision finale. Effectivement, ces tribunaux, inscrits dans l'ordre juridique classique et national, produisent des décisions qui ne tiennent pas compte des principes et préceptes de la Charia islamique, et parfois même elles y sont contraires, comme nous le verrons plus loin. Ce problème est accru notamment par le fait que les juges n'aient pas suivi de formation de Charia islamique leur apportant les qualifications et la connaissance de la Charia et de ses principes.

A ces problèmes, il faut ajouter la promulgation de certains actes administratifs nationaux traitant des opérations bancaires et financières tels que les règles applicables aux contrats et sociétés et bien d'autres. En réalité, l'ensemble de ces règles ne permet pas l'exercice d'une activité conforme à la Charia islamique : si elles sont adoptées, c'est précisément pour mettre en œuvre un droit positif d'origine étatique. Ces règles enfin, ne favorisent pas les activités et opérations des institutions financières islamiques, et ne permettent pas de répondre à leurs besoins<sup>737</sup>.

Dans les systèmes de droit sécularisé le problème fondamental réside dans le fait que les institutions financières islamiques y sont entièrement soumises aux règles de fonctionnement des banques classiques. Or, ces règles sont tirées d'un droit positif détaché de la Charia. De ce fait, les institutions financières islamiques se retrouvent dans un environnement juridique et législatif pensé pour d'autres, qui est éloigné de ses principes et objectifs et qui ne s'accordent pas avec la nature de leurs activités. En dépit de l'application du droit bancaire et financier aux institutions financières islamiques, ces dernières ne sont toutefois pas reconnues comme des institutions bancaires proprement dites, puisqu'elles exercent le commerce et l'investissement en plus des activités bancaires classiques<sup>738</sup>. Ce qui limite ces institutions dans l'exercice de leurs activités.

---

<sup>737</sup> Anko Rabia Al adaouia, op.cit, p.69.

<sup>738</sup> Abderrahmane Rihane, op.cit, p.12 ; Said Ibtisam, « Les exigences juridiques du travail bancaire islamique en Algérie. 2tude analytique comparative de certaines expériences internationales », op, cit, p. 14.

Cela s'explique par le fait que le droit positif dans cet ordonnancement juridique définit l'activité bancaire et les activités financières par des concepts classiques qui se limitent à des opérations d'intermédiation financière à travers l'épargne, le crédit et l'emprunt suscitant des taxes ou intérêts usuraires. Cependant, des différences importantes existent entre les institutions financières islamiques et les institutions financières classiques, spécialement en ce qui concerne les volets juridiques et législatifs. Les institutions financières islamiques sont en effet autorisées à vendre, acheter et faire circuler les apports financiers, à l'inverse des institutions financières classiques qui voient leur activité cantonnée au prêt et à l'emprunt, sans oublier la part de risque qui repose sur les institutions islamiques que ne connaissent pas les institutions classiques.

Une autre différence réside dans l'activité commerciale : la relation entre les parties dans les institutions classiques est basée sur le prêt à intérêts tandis que dans les institutions islamiques la relation est basée sur des contrats fondés sur le partage des bénéfices et des pertes. Enfin, les institutions islamiques se différencient par la diversité des modalités de financement contrairement aux institutions classiques.

Nous constatons également une reconnaissance unanime de la qualité de polyvalence à l'institution bancaire islamique puisque elle est de plus qualifiée de complète et de type spécifique car elle dispose de la possibilité d'effectuer des ouvertures de comptes courants, d'accepter des dépôts et de financer le secteur commercial, industriel et immobilier sans oublier sa possible participation au capital social d'une société<sup>739</sup>.

Concernant les problématiques liées aux lois fiscales, celles-ci suivent celles relatives à l'absence de reconnaissance des institutions financières islamiques comme entités bancaires selon le droit positif. Celui-ci considère les institutions financières islamiques comme des institutions commerciales à but lucratif. Par conséquent, elles se trouvent privées des facilités accordées aux institutions classiques, ce qui les empêche ainsi d'être compétitives sur le terrain, tant au niveau commercial qu'au niveau économique du fait de ces frais de fonctionnement exorbitants.

Comme dans l'ordre juridique mixte, l'ordre juridique positif soulève aussi le problème du juge compétent et du droit applicable au litige, même si ce problème se trouve ici amplifié du fait de la soumission des institutions islamiques aux règles de droit positif

---

<sup>739</sup> Abdelssatar ALkhouweildi, article intitulé « *Dirassat mouqarana lil qawanin al massrifia al mounazima lil mouassassat al maliya al islamiya – fi mou'atar al haiyat al shariya lil mouassassat al maliya al islamiya* », Bahreïn, 2007, p. 8.

commun. Cette situation va affaiblir davantage les institutions financières islamiques dans la mesure où les conflits de financement islamique entrent dans le champ de compétence des juridictions nationales et conduit à la production de décisions contraires à la Charia islamique.

A la lumière de ce qui précède, il ressort que l'environnement juridique dans lequel fonctionnent les institutions financières islamiques constitue un vrai défi menaçant l'avancée de ces institutions et influant négativement sur leur croissance, tant que l'intervention du législateur n'a pas eu lieu. Celui-ci doit en effet mettre en place un environnement juridique adapté et encourageant, pour que le droit soit un élément qui puisse favoriser le développement ainsi que l'épanouissement de la finance islamique.

Au-delà de ces obstacles et difficultés techniques et juridiques, le défi majeur auquel la finance islamique doit faire face dans les années à venir, tient au problème du règlement de ses litiges de manière conforme à sa philosophie et ses principes de fonctionnement.

## **§2. La problématique de la justice étatique face à la finance islamique**

Le recours au juge étatique pour régler les litiges relatifs à la finance islamique soulève de nombreuses difficultés et interrogations. Celles-ci tiennent à son aptitude à s'engager dans cette voie et à sa capacité à prendre en considération la spécificité de la finance islamique. En effet, au regard de sa jurisprudence relative aux litiges de financement islamique (**B**), il apparaît que le juge étatique souffre de nombreux handicaps trouvant leurs sources dans le problème de la légitimité et des dysfonctionnements de la justice étatique (**A**).

### **A)- Explication du problème**

Le rôle problématique du juge étatique dans la résolution et la prise en compte de la singularité des litiges relatifs à la finance islamique s'explique par deux facteurs : l'un de nature philosophique touchant à la nature même de la justice étatique, l'autre de nature technique concernant l'efficacité de son action. Le premier facteur concerne la légitimité discutable de ce juge au regard du caractère religieux de l'industrie financière islamique (**1**). Le second facteur est relatif aux dysfonctionnements de la justice étatique,

dysfonctionnements qui contribuent à réduire largement son efficacité dans le règlement des litiges en général, et des différends sur les financements islamiques en particulier (2).

### **1)- Une légitimité discutable : un droit et un juge étatiques séculiers**

La question fondamentale qui se pose lorsqu'un litige de financement islamique est soumis à un juge étatique est celle de savoir si ce juge possède la légitimité nécessaire pour assumer une telle mission. La réponse à cette question semble problématique dans la mesure où l'immense majorité des systèmes juridiques et juridictionnels contemporains s'inscrivent dans une conception séculière du droit et du juste.

En effet, la modernité s'est traduite sur le plan juridique par un processus de sécularisation et de rationalisation, illustré par un double phénomène d'autonomisation et d'unification. Dans les sociétés traditionnelles, le droit reste étroitement lié à la religion ; il s'inscrit dans une conception du monde qui trouve ses racines dans une philosophie religieuse qui lui donne sens et essence. C'est dans la volonté divine que s'enracine l'autorité de la norme juridique. En rupture avec cette conception, un mouvement de laïcisation permet au droit d'acquérir son autonomie par rapport au fait religieux, en devenant un dispositif normatif spécifique, gouverné par une logique propre<sup>740</sup>.

Ainsi, dans les sociétés occidentales, une conception particulière du droit commence à émerger et se met en place sous l'effet d'un mouvement intellectuel. L'objet des penseurs est de créer un ordre juridique autonome aussi bien dans sa forme, que dans son fondement et contenu. Pour aboutir à cette finalité, le droit se trouve désacralisé, c'est-à-dire qu'il est détaché de l'influence religieuse. A travers ce mouvement de désacralisation, un ordre juridique autonome et se suffisant à lui-même se met en place. Dans ce contexte, « Les hommes, se substituant à Dieu et à ses lois révélées, sont devenus peu à peu le point de départ et le point d'arrivée du droit. Point de départ, parce que c'est d'eux-mêmes que le droit naît ; ils sont les créateurs des règles juridiques. Point d'arrivée, parce que c'est vers eux que le droit va revenir s'appliquer ; ils sont les sujets du droit. La conséquence d'une telle

---

<sup>740</sup> Jacques Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? », in Jean Clam et Gilles Martin (sous la direction de), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 25.

conception est que l'Etat devient maître de son droit et se trouve crédité d'une pleine activité juridique »<sup>741</sup>.

Le monopole normatif du pouvoir politique, c'est-à-dire le monopole de l'édiction des normes juridiques en dernier ressort s'est imposé partout en Occident. L'appropriation étatique du pouvoir législatif s'est affirmée avant même la naissance du régime représentatif. C'est sous l'égide de la monarchie que ce phénomène s'est affirmé. Cette nouvelle conception juridique rompt radicalement avec les conceptions dominantes à l'époque médiévale qui imposaient à l'autorité étatique une législation dérivée de l'usage et de la religion. Désormais, la norme juridique exprime la volonté du pouvoir étatique, lequel agit au nom du corps social. Dans ces conditions, le phénomène juridique s'articule, dans la conception juridique occidentale moderne, autour d'un acteur social majeur, à savoir l'Etat séculier. Ce phénomène d'étatisation et de sécularisation du droit marque l'entrée dans une modernité juridique détachée de la religion. Cela traduit, sur le plan juridique, l'entrée des sociétés modernes dans une civilisation de droit volontaire, non immuable, modifiable<sup>742</sup>.

Cette situation s'explique dans la mesure où l'Etat est considéré comme l'unique institution qui pourrait réaliser et satisfaire l'intérêt public. « Il est seul en mesure de défendre la société et ses valeurs fondamentales, de rendre justice à la victime, de faire payer au criminel le prix de son acte tout en le protégeant de la vengeance et de la violation de ses droits et de sa dignité au cours et à la suite du procès »<sup>743</sup>.

A l'inverse, le droit traditionnel est marqué par le pluralisme : dans les sociétés classiques, les sources du droit sont multiples, il existe donc une très grande diversité de statuts juridiques. L'apparition de l'Etat moderne va entraîner un mouvement d'unification. Concentrant entre ses mains le pouvoir de contrainte, l'Etat entend être la source exclusive de l'ordre juridique, tout comme le seul détenteur de la force matérielle, c'est à dire du pouvoir de la contrainte physique<sup>744</sup>.

Ainsi, le droit étatique va imposer progressivement sa suprématie, en se substituant, ou du moins en se superposant, aux ordres juridiques préexistants et en devenant le seul cadre juridique de référence pour l'ensemble de la société. Cette promotion s'est doublée de

---

<sup>741</sup> Ali Issa, *Islam et Droit constitutionnel en Egypte, en Syrie et au Maroc : étude comparée*, Thèse de droit, Université de Lorraine, 2015, p. 371.

<sup>742</sup> Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, Tunis, 1980, pp. 58-59.

<sup>743</sup> Mohieddine Amzazi, *Essai sur le système pénal marocain*, <http://books.openedition.org/cjb/384>

<sup>744</sup> Norbert Elias, *La dynamique de l'Occident*, Calmann-Lévy, Paris, 1975.

profondes transformations dans la configuration même de l'ordre juridique étatique. Poussant la rigueur formelle beaucoup plus loin que les autres, ce dernier se caractérise par une rationalisation et laïcisation des processus de production de la règle juridique, confiés à des organes spécialisés, aux compétences bien définies. Mais surtout, l'exécution des normes est garantie par l'intervention d'appareils de contrainte chargés d'appliquer les normes et de réprimer les manquements éventuels. L'Etat moderne tend à devenir « l'ordre juridique total »<sup>745</sup>, qui intègre et ramène à lui tous les autres.

Ce phénomène d'étatisation et de sécularisation de l'ordre juridique s'observe également dans les pays de tradition musulmane. Dans les sociétés islamiques traditionnelles, la Charia constitue le système de référence, le cadre général qui régit toutes les activités sociales, économiques, juridiques, politiques, culturelles, intellectuelles et religieuses. Ici, la Charia est la source principale du droit et le critère de validité des autres sources normatives, comme les traditions par exemple. Tout doit être légitimé par référence à la loi islamique, tout doit fonctionner dans le cadre défini par les règles et finalités de la Charia. Ce système de normativité commence à changer profondément avec l'apparition de l'Etat moderne, puisque c'est la volonté de l'Etat, incarnée dans sa production juridique, qui devient la source première de la règle juridique et le cadre de référence qui valide et conditionne les autres sources normatives. Dès lors, le droit applicable officiellement devant les tribunaux est le droit posé par l'institution étatique. C'est le temps du positivisme étatique d'inspiration séculière. L'émergence dans les pays musulmans d'un droit trouvant ses sources dans la seule volonté de l'appareil étatique va remettre fondamentalement en cause la normativité traditionnelle fondée sur la suprématie de la Charia. Il s'agit d'une innovation radicale dans l'histoire juridique des sociétés musulmanes.

Ce mouvement de sécularisation et d'étatisation du droit démarre dans les pays musulmans à partir de la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. En effet, à partir de cette période, certains Etats musulmans ont procédé à la modernisation de leur système juridique en s'inspirant des modèles juridiques occidentaux, notamment du modèle français<sup>746</sup>. Ce

---

<sup>745</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1969, p. 393.

<sup>746</sup> Dans le cadre de l'Empire Ottoman des Tanzimat (Réformes), « six grands codes d'inspiration française furent promulgués par la Sublime Porte entre 1850 et 1879. Il s'agit du code de commerce de 1850, du code pénal de 1858, du code de commerce maritime de 1863. Trois codes de procédure, civile, commerciale et pénale ont également été adoptés en 1869 et 1867. Entre 1869 et 1876 parut le premier code civil musulman appelé : *Majallat al-Ahkam al-'adliyya*. C'est le premier véritable code civil musulman des époques modernes. Il renferme les textes relatifs aux transactions civiles, tels qu'ils ont été exposés dans la doctrine Hanafite. Il s'agit donc d'une codification fondée sur une seule école juridique musulmane ». Voir Ali Issa, op. cit, p. 375. Notons qu'en 1917, le législateur ottoman a promulgué le Code de la famille. Celui-ci se fonde sur le droit musulman. Cf. Guido Tedeschi, « Le centenaire de la Mejlle », *Revue internationale de droit comparé*, n°21, 1969, pp. 125-

mouvement va s'amplifier et gagner presque tous les pays musulmans au cours du XXème siècle. A l'heure actuelle, la plupart des branches du droit (droit civil, droit pénal, droit commercial, droit judiciaire etc.) sont dominées par des règles juridiques modernes d'inspiration séculière. Concrètement, seul le domaine du statut personnel (mariage, divorce, filiation, succession etc.) a été préservé de cette vague de modernisation et de laïcisation qui a submergé les autres domaines juridiques. Cette matière reste le terrain privilégié de la normativité islamique. C'est dans ce domaine qu'elle trouve son incarnation et sa traduction positive. C'est également par ce biais que la loi islamique entretient la réalité de sa normativité et l'apparence symbolique de l'islamité de l'ordre juridique<sup>747</sup>.

Dans ces conditions, des transformations profondes viennent bouleverser l'ordre juridique dans les pays musulmans.

En premier lieu, le droit se désacralise dans la mesure où la norme juridique devient simplement l'expression de la volonté de l'Etat. C'est l'Etat qui donne à la norme sa qualité de règle juridique et son impérativité. On assiste donc à la valorisation de la loi positive. Le corpus juridique sera désormais essentiellement législatif et réglementaire.

En deuxième lieu, les jurisconsultes religieux (Oulémas) ont perdu leur rôle juridique. Le droit étatique se sécularise aussi bien dans sa substance, que dans les processus de sa création. Dans les sociétés islamiques traditionnelles, les Oulémas se placent à la tête de l'appareil producteur de l'ordre juridique. L'effacement de la puissance juridique des Docteurs de la Loi aura des incidences négatives sur le développement du droit islamique en général, et du droit islamique financier en particulier.

En troisième lieu, le pouvoir créateur du juge, c'est-à-dire le rôle normatif de la jurisprudence, se trouve largement réduit au profit du droit codifié. Notons que le système traditionnel de la normativité islamique repose essentiellement sur la figure du juge qui était, lui-même, un jurisconsulte religieux, et du mufti qui aide le juge au besoin dans l'application de la Charia aux cas d'espèces en élucidant la règle applicable. Enfin, la désacralisation du fondement du droit aura pour conséquence la rénovation complète de la forme et du contenu de la règle juridique. Cette refonte formelle et substantielle du droit va aboutir à des

---

133. On constate le même phénomène en Egypte qui procède à la rénovation de son ordre juridique sur la base des codifications françaises. En réalité, la majorité des législations égyptiennes ont été sécularisées dès la fin du XIXème siècle. Cette sécularisation consiste à importer le modèle juridique français en 1875 et en 1883 pour les nouvelles juridictions mixtes et nationales alors instituées. Voir à cet égard, Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Karthala, Paris, 1993, pp. 147-148.

<sup>747</sup> Voir à cet égard, Ali Issa, *Islam et Droit constitutionnel en Egypte, en Syrie et au Maroc : étude comparée*, op, cit, p. 370 et s.

transformations profondes quant à l'institution ou à l'organe chargé de la mise en œuvre du nouveau droit<sup>748</sup>.

En effet, dans les sociétés contemporaines, le système juridictionnel est de nature séculière : il se trouve en décalage constant avec les lois religieuses. Ce phénomène se vérifie aussi bien dans les pays occidentaux que dans les pays musulmans. Désormais, le juge qui applique le droit est le juge de l'Etat et non l'homme de religion qui veille au respect de la primauté et de l'intégrité de la loi divine. Cela marque, en effet, une rupture radicale avec le modèle judiciaire traditionnel.

A l'origine, le pouvoir judiciaire fait partie des attributions du Calife, il lui appartient en propre. Du point de vue juridique, le droit islamique ne conçoit pas la justice comme une autorité indépendante du pouvoir califal. C'est le Calife, titulaire originaire de la justice, qui investit le Cadi de ce pouvoir en lui accordant une délégation<sup>749</sup>. Pendant la période du Califat Abbasside, le Calife nomme « le Juge des juges » qui assure la désignation des autres Cadis dans les tribunaux islamiques. Il arrive parfois que le juge soit nommé par le Wali (gouverneur)<sup>750</sup>.

Ce qui caractérise la justice islamique traditionnelle, c'est son unité et sa simplicité. A vrai dire, « le système judiciaire musulman est resté toujours fidèle au principe de l'unité de juge : l'Islam n'a pas connu le système des assemblées judiciaires. Le tribunal se compose toujours d'un juge unique qui connaît, en principe, de toutes sortes de litiges. L'unité de juridiction doit être envisagée aussi à un autre niveau. Il n'existe pas dans la justice musulmane des degrés séparés de juridiction, tels que l'appel et la cassation. Un troisième aspect très important de l'unité de juridiction dans le système cadial, c'est son unité au point de vue de la qualité des justiciables et au point de vue de l'autorité supérieure. D'une part, toutes les catégories de sujets du monde islamique sont justiciables de la juridiction du cadi. Il n'existe pas dans le système judiciaire musulman des juridictions propres aux bourgeois des villes ou aux nobles, par exemple. D'autre part, la justice est partout la justice de l'Etat : il n'y a pas d'autres justices distinctes : seigneuriales, municipales »<sup>751</sup>.

---

<sup>748</sup> Yadh Ben Achour, « Droit et changement social : l'exemple tunisien », *Revue de droit public*, n°1, 1989, p. 142.

<sup>749</sup> Sur la conception musulmane de l'organisation judiciaire voir, Emile Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, E.J.Brill, Leiden, 1960.

<sup>750</sup> Chafik Chehata, *Droit musulman : applications au Proche-Orient*, Editions Dalloz, Paris, 1970, p. 26.

<sup>751</sup> Emile Tyan, « La condition juridique du kadi ou juge musulman », in *Introduction à l'étude du droit comparé*, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, Tome 1, 1<sup>ère</sup> Partie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1938, p. 131.

Juge commun et unique, le Cadi avait une compétence générale, il était compétent pour statuer sur tous les différends en matière civile, pénale, commerciale. Comme le souligne Edmond Rabbath, « les tribunaux de la Charia avaient gardé une compétence générale, au civil comme au criminel, aussi longtemps que l'Etat islamique avait évité le contact des idées étrangères »<sup>752</sup>. A cette époque, le juge musulman avait des compétences très étendues, puisqu'il exerçait en plus de sa fonction de trancher les litiges, des attributions plus ou moins apparentées à la juridiction, comme le contrôle de l'administration financière et la police du marché et<sup>753</sup>.

Toutefois, du fait de l'influence de la modernisation juridique amorcée dès la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, la place de la justice islamique commence à subir une régression considérable<sup>754</sup>. En effet, cette justice, qui constituait la garantie de l'application et du respect de la normativité islamique dans la société musulmane, a vu réduire progressivement son domaine d'intervention. Cette limitation des attributions du Cadi va déboucher dans l'immense majorité des pays musulmans sur la suppression pure et simple de l'institution comme c'est le cas en Egypte et au Maroc par exemple. Cela témoigne de l'évolution séculière du droit et de la justice en terre d'islam.

Même dans les pays où l'institution a été conservée, comme en Syrie et au Koweït par exemple, le champ d'intervention du Cadi se trouve largement réduit, puisqu'il se limite aux matières relevant du statut personnel. Avec cette abolition ou cette limitation de la juridiction islamique traditionnelle, les systèmes judiciaires des pays musulmans se trouvent uniformisés et sécularisés, sous la direction du ministère de la Justice, c'est-à-dire sous la surveillance du pouvoir étatique. Comme dans les pays occidentaux, le juge dans les pays musulmans se

---

<sup>752</sup> Edmond Rabbath, *L'évolution politique de la Syrie sous mandat de 1920 à 1925*, Les presses modernes, Paris, 1928, p. 183.

<sup>753</sup> Awad Abdelaziz, *L'administration ottomane dans la province syrienne 1864-1914* (en arabe), Dar al Ma'arif, Le Caire, 1969, pp. 112.

<sup>754</sup> Dans le cadre de l'Empire ottoman, le processus de sécularisation de la justice démarre dès la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. Il accompagne le mouvement d'occidentalisation du droit qui est à l'œuvre dans la même période. En effet, « à partir de 1839, les sultans ottomans procédèrent à des réformes visant à rénover les structures de l'Etat en s'inspirant du modèle occidental, et plus particulièrement du modèle français. Le pouvoir ottoman ne s'était pas contenté de promulguer des codes modernes ; il s'était aussi intéressé à la marche des tribunaux. En 1879, furent créés des tribunaux civils, dits « *nizamyia* ». Placés sous la direction du ministère de la Justice, ces tribunaux étaient compétents pour juger les litiges entre des sujets ottomans, quelle que soit leur appartenance religieuse. En fait, la création de telles juridictions a porté une très grande atteinte à l'universalité de la compétence du cadi. Ce dernier se voyait disqualifié tant au pénal qu'au civil et commercial. Autrement dit, les tribunaux religieux musulmans, dont la compétence était autrefois générale, sont devenus avec les Tanzimats des juridictions du statut personnel ». Cf. Ali Issa, *Islam et Droit constitutionnel en Egypte, en Syrie et au Maroc : étude comparée*, op, cit, p. 361.

trouve chargé de l'application d'un droit positif trouvant ses sources d'inspiration dans la volonté de l'Etat, d'un droit coupé des sources normatives religieuses qui inspiraient autrefois le juge de la Charia. C'est le juge de l'Etat et du droit de l'Etat. Il est au service du juste tel que cela est perçu par le Code de l'Etat. Il est investi en vue de trancher les litiges et d'assurer la paix sociale conformément au droit étatique.

Ainsi, dans la quasi-totalité des systèmes juridiques contemporains, l'interprétation et l'application du droit sont l'apanage des juridictions nationales sécularisées. Ce phénomène s'observe dans la plupart des pays musulmans qui ont adopté un système judiciaire largement calqué sur le modèle français. Dans ces pays, le juge a un profil très proche de celui d'un juge moderne, il est formé dans les facultés de droit positif et selon les standards internationaux<sup>755</sup>.

De plus, sa spécialisation en droit musulman repose sur une approche largement positiviste. Le droit musulman s'en trouve amoindri, là où sa normativité paraît favorisée par l'environnement politico-juridique. Dans cette perspective, Léon Buskens et Baudouin Dupret soulignent que même à l'endroit où la normativité islamique s'avère déterminante, à savoir le droit de la famille, la référence au droit musulman n'apparaît pas systématiquement. Cette référence se trouve en quelque sorte médiatisée par le recours à la loi, source première de l'ordre juridique positif. A cet égard, « le juge s'attache sans doute plus à manifester sa capacité à juger correctement, selon les standards de la profession, les contraintes formelles qui s'appliquent à son exercice, les sources juridiques sur lesquelles elle s'appuie et les normes du travail interprétatif qu'elle suppose, qu'à réitérer le primat islamique du droit qu'il met en œuvre. Dans le cours de son travail, le juge ne semble pas s'orienter massivement vers la nécessité d'évaluer le prédicat islamique de toute chose, même dans le domaine du droit où la généalogie islamique des règles semble la plus manifeste »<sup>756</sup>.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il est donc permis de s'interroger sur la capacité, voire la légitimité, du juge étatique de trancher des litiges relatifs à la finance islamique. Cette interrogation est d'autant plus légitime que les activités, et par conséquent, les litiges de financement islamique s'inscrivent dans une optique philosophique religieuse se démarquant nettement de l'optique et de l'univers dans lesquels fonctionne la justice étatique.

---

<sup>755</sup> Il est intéressant de noter que le programme d'enseignement et les matières juridiques enseignées dans les facultés de droit arabes sont très proches du système français. Il s'agit, en réalité, d'un phénomène plus large qui touche la plupart des pays musulmans.

<sup>756</sup> Léon Buskens et Baudouin Dupret, « L'invention du droit musulman. Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique », article disponible sur le site : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00835164>, p. 16. Voir également, Baudouin Dupret (sous la direction de), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, 2012 ; Baudouin Dupret *La charia. Des sources à la pratique, un concept pluriel*, Paris, La Découverte, coll. « Cahiers libres », 2014

Cette difficulté conceptuelle s'accompagne d'une autre difficulté de nature technique ou plus pratique rendant encore plus malaisé le travail du juge et son efficacité dans le règlement des litiges de financement islamique.

## **2)- Une efficacité contestable : les dysfonctionnements de la justice étatique**

Depuis quelques années, la justice étatique souffre de nombreux handicaps structurels, pratiques et techniques qui limitent considérablement l'efficacité de son action dans le règlement des litiges en général, et des conflits relatifs à la finance islamique en particulier. Elle est plongée dans une « crise ». En effet, celle-ci est multidimensionnelle et s'explique par la combinaison de plusieurs facteurs.

*En premier lieu*, la justice étatique subit les conséquences dévastatrices de l'explosion du contentieux. Sa crise est d'abord une crise d'encombrement et de croissance de la demande judiciaire. En novembre 2010, le vice-président du Conseil d'Etat français déclarait à propos du contentieux administratif : « L'augmentation du contentieux est une constante de la juridiction administrative depuis ses origines. Mais elle a pris, au cours des dernières décennies, une ampleur considérable [...] : 20 000 requêtes avaient été enregistrées en 1970 ; plus de 172 000 l'ont été en 2009. Depuis une quarantaine d'années, le contentieux administratif augmente en moyenne de 6% par an et il double presque tous les dix ans »<sup>757</sup>.

Cette remarque du vice-Président du Conseil d'Etat français est également valable pour les autres types de contentieux, notamment les contentieux commerciaux et civil. Ce phénomène que l'on observe dans la plupart des sociétés contemporaines au cours de ces dernières années tient à plusieurs facteurs : l'augmentation du nombre de justiciables (hommes, femmes et enfants, personnes morales de toutes sortes telles que les entreprises et les associations par exemple, y compris de droit public, nationaux et étrangers), qui exerce son effet mécanique ; l'inflation des textes législatifs et réglementaires qui nourrissent la demande de droit, conjuguée avec l'idéologie de la réparation, qui fait du moindre trouble un dommage appelant un responsable ; l'effacement du rôle régulateur des anciennes institutions sociales telles que la famille, les corporations professionnelles, les communes, les collectivités religieuses, l'école, etc. Ces institutions ont perdu leur place régulatrice au profit de l'institution judiciaire étatique. La croissance s'explique aussi par la démocratisation

---

<sup>757</sup> Jean-Marc Sauvé, *Revue française de droit administratif*, n°4, 2011, p. 684.

considérable de l'accès à la justice avec la mise en place des systèmes d'aide juridictionnelle pour les justiciables les plus défavorisés. Mais le vrai problème consiste dans le fait que la plupart des législateurs ne se sont pas préoccupés suffisamment de trouver des solutions appropriées à cette difficulté en accordant à l'institution judiciaire les moyens nécessaires lui permettant de se développer proportionnellement à cette demande croissante de justice. En France par exemple, au milieu du XIXe siècle, le corps judiciaire comptait environ 6 000 magistrats pour 37 millions de sujets. En 2006, ce chiffre est d'environ 8 000 pour quelque 62 millions d'habitants<sup>758</sup>. Sans doute, on ne peut pas reprocher au justiciable l'usage de son droit à faire prévaloir ses droits. Comme l'indique Olivier Gohin, « c'est l'Etat qui, sur la durée, est incapable de trouver les réponses qui conviennent à la montée irrésistible du contentieux »<sup>759</sup>.

*En deuxième lieu*, la justice étatique se présente comme une justice lente. En effet, le justiciable doit, dans certains cas, attendre plusieurs mois, voire plusieurs années, avant d'obtenir une solution judiciaire définitive à son conflit. Sa cause n'est pas entendue dans un délai raisonnable. Le constat est bien attesté par la pratique judiciaire de la majorité des ordres juridiques étatiques, en remettant en cause fondamentalement l'Etat de droit. A titre d'illustration, on peut citer l'exemple français. En effet, dans un arrêt du 24 octobre 1989, *H contre France*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé « excessif, dans les circonstances de l'espèce et eu égard aux critères consacrés par sa jurisprudence, la durée de quatre ans pour le traitement du dossier contentieux par le tribunal administratif de Strasbourg, en l'absence de complexité de l'affaire »<sup>760</sup>.

A la lumière de cet exemple tiré du droit administratif français, on peut s'interroger sur la durée que la justice étatique devra encore consacrer pour trancher l'affaire en appel et en cassation. Ce qui est encore plus grave, c'est que cette lenteur excessive se vérifie à l'occasion des affaires relativement simples. Qu'en sera-t-il en cas d'affaire plus complexe et impliquant des aspects financiers très techniques?

Ce phénomène de lenteur s'explique par la combinaison d'un certain nombre de facteurs : l'explosion du contentieux devant le juge étatique ; la complexification et la longueur de la procédure dès le début du procès jusqu'à l'exécution de la décision définitive

---

<sup>758</sup> Loïc Cadiet, « justice - Les institutions ». In Universalis éducation [en ligne]. Encyclopædia Universalis, consulté le 11 février 2017. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/justice-les-institutions/>.

<sup>759</sup> Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, 8<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, Paris, 2014, p. 175.

<sup>760</sup> CEDH, 24 octobre 1989, série A, n°162-A, H c/France : JDI 1990, 709.

(problèmes relatifs à la notification, à la pluralité des degrés de juridictions, à l'exécution de la décision rendue, etc.).

Cet inconvénient majeur de la justice étatique rend celle-ci peu compatible avec la nature des litiges relatifs à la finance islamique qui exigent une solution rapide. Supposons la survenance d'un grand litige de financement islamique qui comporte de très nombreux documents exigeant une traduction officielle. Ici, il est fort probable que les parties, ou du moins l'une d'elles conteste la traduction proposée par la justice étatique. Ces deux éléments, à savoir la traduction effectuée à travers le juge et la contestation de l'une des parties, ont pour conséquence inévitable la perte du temps et de l'effort.

De plus, comme leur nom l'indique, les litiges relatifs à la finance islamique mettent en jeu normalement des enjeux financiers considérables. C'est pourquoi, tout retard dans le règlement définitif du litige causerait certainement de graves préjudices aux opérateurs de ce secteur d'activité.

Par ailleurs, l'incapacité de la justice étatique de trancher rapidement et dans un délai raisonnable les conflits qui lui sont soumis pose des interrogations relatives à son utilité sociale et à sa raison d'être. La justice, au même titre que les autres services publics (administration, législatif, etc.), est instituée pour servir la collectivité en assurant la pacification des rapports sociaux de façon rapide. Comme le dit très justement René Chapus, « juger bien, c'est d'abord, en appel comme en premier ressort, juger vite »<sup>761</sup>. En effet, la crédibilité et la légitimité de la justice étatique reposent dans une large mesure sur la rapidité avec laquelle les litiges sont tranchés.

*En troisième lieu*, le juge étatique pourrait manquer de compétence technique dans le litige qui lui est soumis. Ce constat est particulièrement probable en matière de finance islamique, compte tenu du caractère à la fois religieux et technique des litiges relatifs à cette activité. Cela aura des incidences négatives sur la qualité de la solution judiciaire donnée au litige et à sa conformité avec les exigences éthiques et juridiques du droit musulman qui conditionne la légitimité des activités financières islamiques. Le manque de compétence professionnelle dans ce domaine particulier amène le plus souvent le juge étatique à solliciter l'avis et l'intervention des experts en finance islamique, ce qui conduit à alourdir et ralentir la procédure de règlement du litige.

---

<sup>761</sup> René Chapus, *Rapport de synthèse*, in CNRS et IFSA, Trentième anniversaire des tribunaux administratifs, éditions du CNRS, 1986, p. 341.

*En quatrième lieu*, la justice étatique ne contribue pas toujours à la réalisation de la paix sociale. Néanmoins, force est de noter que la justice a une double fonction : une fonction courte consistant dans l'acte de juger ou de trancher un conflit et une fonction longue résidant dans la réalisation et le maintien de la paix civile. Mais cette seconde et ultime finalité de la justice étatique se trouve compromise par la place primordiale accordée au dossier devant le tribunal étatique. La dimension humaine du conflit n'est pas suffisamment prise en compte. Elle se trouve négligée au profit des arguments formels des parties. Or, le procès soulève, la plupart du temps, des questions relatives aux intérêts économiques divergents, aux conflits de valeurs, aux malentendus, aux non-dits. En effet, l'équation juridique ne peut pas traduire la réalité profonde de l'être humain. A travers sa procédure, la justice étatique laisse intacte toute la partie invisible du procès où siègent les véritables enjeux de la question posée<sup>762</sup>.

Devant le juge étatique tout est réduit à un ensemble de papiers qui ne reflètent que très imparfaitement la vie sociale. Ici, chaque partie défend sa propre cause en laissant de côté tout ce qui pourrait lui nuire et en mettant en avant tout ce qui pourrait la servir. Par sa décision mettant fin au litige, le juge étatique consacre une dualité moins propice au rétablissement de la paix sociale. Car on aura presque toujours une partie « gagnante » et une partie « perdante ». Dans ce système binaire, les parties vont rivaliser pour aboutir à la mort judiciaire de l'adversaire. Or, la partie qui s'estime perdante se reconnaît difficilement dans la décision rendue par le juge. Cette ambivalence consacre la rupture définitive des liens entre les parties au litige. Ce point revêt une importance toute particulière en matière de finance islamique dans la mesure où le fondement religieux de cette finance recommande vivement la tolérance, la fraternité, la coopération, la compréhension mutuelle, et la poursuite des relations entre les membres de la société. Tous ces principes plaident en faveur d'un règlement des conflits qui puisse assurer la reprise des relations entre les parties.

*En cinquième lieu*, la décision judiciaire pourrait éprouver certaines difficultés d'exécution du fait de la réticence de la partie perdante. Il est bien établi dans presque la totalité des ordres juridiques, que les décisions de première instance font l'objet d'un appel, ce qui revient à retarder la solution définitive du litige. Notons que ce problème d'exécution n'est pas propre à la justice étatique, il concerne les autres modes de règlement des litiges.

---

<sup>762</sup> Béatrice Blohorn-Brenneur, Justice Etatique et médiation, <http://www.beatricebrenneur.com/wp-content/uploads/2013/03/Justice-Etatique-et-m%C3%A9diation.pdf>.

*En sixième lieu*, la justice étatique est généralement tenue d'appliquer sa loi nationale. Or, celle-ci n'est pas toujours compatible avec la culture, les convictions, les mœurs, et l'attente des parties. Cette problématique se pose avec acuité particulière dans le domaine de la finance islamique, puisqu'elle pourrait aboutir à des solutions qui ne sont pas conformes à ses principes et règles. Ce risque est d'une probabilité très forte parce que l'immense majorité des lois étatiques actuelles s'inspire des principes déconnectés des sources normatives islamiques. En outre, la multiplication contemporaine des textes législatifs et réglementaires aboutit parfois à des conflits de normes acculant des particuliers à des impasses dont on ne peut trouver d'issue qu'en équité- alors que la mission du juge étatique, en tant que telle, est de dire le droit tel qu'il est formulé par le législateur national<sup>763</sup>.

*En septième lieu*, la justice étatique n'est pas sans frais pour les justiciables comme pour l'Etat. Elle a nécessairement un coût, et ce coût est d'autant plus élevé quand la justice est de qualité. Or, l'État ne peut assumer seul l'intégralité de cette charge. La justice étant un service offert aux justiciables, il est donc normal que les justiciables assument une partie de la dette judiciaire. Bien que la plupart des Etats actuels déclarent la gratuité de la justice, cette expression ne doit pas faire illusion<sup>764</sup>. Certains Etats ont mis en place un système d'aide juridictionnelle. Mais cette aide profite à certaines catégories de personnes aux ressources assez modestes. De ce fait, un nombre très important de justiciables potentiels s'en trouve exclu, tandis que leurs revenus se situent parfois à la frange de l'aide juridictionnelle. Or le poids que représente le coût d'une procédure dans la trésorerie de ces ménages n'en est pas moins difficilement supportable. Comme l'indique Loïc Cadiet, « une procédure de divorce contentieux, sans incident particulier ni voie de recours, coûte, en moyenne, l'équivalent de plus de deux mois de salaire minimum »<sup>765</sup>. L'essentiel des frais du procès judiciaire est lié aux honoraires parfois très élevés des avocats et à la lenteur et à la longueur de la procédure.

*En huitième lieu*, l'absence dans un contrat international de financement islamique d'une clause attributive de compétence désignant les juridictions d'un Etat comme seules compétentes pour connaître des litiges que le contrat pourrait dans l'avenir générer, aboutit à la concurrence des juridictions et à l'incertitude sur la détermination du juge compétent. Ce conflit de juridictions tient au fait qu'il n'existe pas de juridictions internationales publiques

---

<sup>763</sup> Serge Guinchard, André Varinard et Thierry Debar, *Institutions juridictionnelles*, 13<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2015, pp. 47-48.

<sup>764</sup> Loïc Cadiet, « justice - Les institutions ». In Universalis éducation [en ligne]. Encyclopædia Universalis, consulté le 11 février 2017. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/justice-les-institutions/>.

<sup>765</sup> Ibid.

aptes à connaître des litiges de financement international et que chaque État détermine unilatéralement la compétence de ses juges. Il en résulte des conflits de juridictions créant des situations où les juridictions de plusieurs États peuvent être compétentes en même temps pour connaître du même litige. Il est très instructif de constater que, même dans les espaces judiciaires organisés par des règles unifiées de compétence, comme l'Union européenne, cette problématique existe. Il en découle un certain nombre d'inconvénients. En effet, ne rien prévoir et laisser s'appliquer le droit des conflits de juridictions est téméraire. Ce choix par défaut crée une grande incertitude sur la prévisibilité du juge compétent pour connaître d'un futur litige. À cette imprévisibilité factuelle s'ajoutera une imprévisibilité juridique tenant aux difficultés d'interprétation des règles de conflit de juridictions<sup>766</sup>.

*En neuvième lieu*, le problème du conflit de juridictions s'accompagne parfois d'un problème de conflit de lois. Dans l'hypothèse où le droit applicable à un contrat international de financement islamique n'a pas été désigné par les parties dans ce contrat, la compétence du juge de tel État plutôt que de tel autre peut avoir des conséquences sur le droit applicable et de ce fait sur la solution donnée au fond du litige. En effet, dans la plupart des ordres juridiques, le choix par les parties du droit applicable au contrat est en principe libre et produira ses effets dans ces ordres juridiques, mais en l'absence d'un tel choix les règles de détermination du droit applicable varient très largement d'un ordre juridique à l'autre. Sera appliquée tantôt la loi du lieu d'exécution du contrat, tantôt la loi du lieu de sa conclusion, ou la loi désignée par un faisceau d'indices censés conduire à la loi qui présente les liens les plus étroits avec la relation contractuelle. Ce qui s'avère plus grave encore, c'est que le contrat peut être déclaré non valable par l'application des lois dites de police de l'État considéré ou, à l'inverse, sa validité sera reconnue par le juge d'un autre État à la réglementation plus libérale. Dans ces conditions d'incertitude quant à la loi applicable, choisir telle juridiction plutôt que telle autre, c'est exclure ou au contraire conditionner l'application de telle loi de police susceptible de remettre en cause la validité du contrat ou de certaines de ses dispositions. En outre, le juge applique en général les lois de police de son État, rarement les lois de police étrangères<sup>767</sup>.

Le traitement de l'exception d'ordre public résultant de l'application d'une loi de police étrangère peut donc varier d'un ordre juridique à l'autre<sup>768</sup>. Cette insécurité juridique nuit à la

---

<sup>766</sup> Louis Buchman et Eric Loquin, « Préférez l'arbitrage », *Gazette du Palais*, n°260, 2008, p. 9.

<sup>767</sup> Sur cette question, voir Nicolas Nord, *L'ordre public et les lois de police en droit international privé*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2003 ; Pierre Mayer, « Les lois de police », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, hors-série, 1988, *Journée Du Cinquantenaire*, pp. 105-120.

<sup>768</sup> Louis Buchman et Eric Loquin, « Préférez l'arbitrage », *op. cit.*, p. 9.

stabilité des activités financières islamiques et permet parfois d'adopter des solutions contraires aux règles et principes de la finance islamique.

*En dixième lieu*, le recours à la justice étatique conduit parfois au moins l'une des parties à défendre sa cause devant un juge étranger. Prenons l'hypothèse d'un contrat international de financement islamique entre deux sociétés : l'une de nationalité anglaise et l'autre de nationalité koweïtienne. Etant donné les rapports de force favorables à la société anglaise, une clause de compétence au profit du juge anglais a été prévue au contrat. En cas de futur litige, c'est le juge anglais qui sera compétent pour statuer. Dans ce cas, la société koweïtienne se trouvera dans l'obligation de plaider devant un juge étranger, tandis que son cocontractant, dans notre exemple la société anglaise, défendra sa cause devant son juge national. Cette solution présente des inconvénients. D'une part, il y a un risque de partialité de la juridiction nationale saisie en faveur de son national, bien qu'un tel phénomène se rencontre en fait rarement. D'autre part, l'obligation de plaider à l'étranger nuit très généralement au principe d'égalité entre les parties. L'une des parties est tenue de constituer son dossier et de débattre dans une langue étrangère, de se soumettre à des règles de procédure inhabituelle, d'apporter des preuves par des procédés non familiers<sup>769</sup>.

*En onzième lieu*, la justice étatique impose la présence des parties devant le juge, et ce conformément aux règles de la contradiction et aux garanties relatives au procès équitable. Cela nécessite parfois des déplacements à l'étranger, comme l'a bien montré notre exemple précédent, ce qui engendre pour la partie intéressée de nombreux frais aussi bien financiers que psychologiques (frais de transports, de logement, perte du temps, absence au travail, éloignement de son pays, de sa famille, etc.). A partir de là, la justice étatique, dans sa configuration actuelle, se démarque nettement des techniques récentes de règlements des litiges qui proposent aux parties des formules mieux adaptées à leurs besoins en évitant surtout le déplacement. Ces nouvelles techniques consistent essentiellement dans la procédure menée à distance, comme en témoigne le développement remarquable des modes de règlement sur internet. Inscrits dans l'évolution technologique moderne, caractérisée par la compression du temps et de l'espace, ces modes occupent une place de plus en plus importante dans le monde contemporain en mettant dès lors en question les formules traditionnelles du règlement des conflits.

---

<sup>769</sup> Force est de constater qu'il existe de très grandes différences entre le droit des preuves dans le système juridique anglais (Common Law) et celui des droits continentaux qui inspirent le droit koweïtien (ce droit s'inspire du modèle français).

*Enfin*, la justice étatique est, dans la plupart des pays, confrontée à une crise de confiance : les citoyens n'ont plus confiance envers leur juge étatique. Ce phénomène s'explique par la combinaison de plusieurs facteurs<sup>770</sup>. Premièrement, l'indépendance du juge par rapport au pouvoir politique est partielle. Cette indépendance est presque absente dans certains pays où le pouvoir exécutif occupe une place prépondérante dans l'ordre constitutionnel. C'est le cas notamment de l'immense majorité des pays arabes où le Chef de l'Etat apparaît comme la pierre angulaire de l'ensemble du système politique. Il exerce une influence certaine sur l'organisation et le fonctionnement de la magistrature. Dans ce contexte, la justice étatique est susceptible d'être orientée par les décisions du pouvoir politique, ce qui affecte très gravement son impartialité et sa crédibilité. Deuxièmement, on assiste dans la plupart des sociétés contemporaines à la dégradation progressive du statut social du magistrat étatique, avec la perte de son prestige traditionnel et son assimilation à un fonctionnaire d'Etat presque comme les autres. A l'heure actuelle, le juge tire sa légitimité et son existence de la volonté de l'Etat qui le désigne et lui accorde une rémunération et non des membres de la société. Troisièmement, la corruption et le clientélisme qui peuvent être constatés dans certains pays ont des incidences négatives sur l'image que les membres de la société se font de l'institution judiciaire étatique. Car la corruption qui touche un Etat s'étendra nécessairement au corps de la magistrature qui fait partie intégrante de l'institution étatique considérée. En effet, l'apparition d'une justice étatique corrompue détruit l'idée même de juste et de droit dans la mesure où ce n'est plus la règle juridique universelle et abstraite qui s'applique, mais plutôt le sentiment personnel et les relations d'intérêts de divers ordres. Ici, le droit va céder la place à une zone de non-droit où tout devient fonction de la pure subjectivité arbitraire. Comme le soulignent Louis Buchman et Eric Loquin, « malheureusement le fléau de la corruption ruine la justice rendue dans de nombreux États et cela dans les quatre continents »<sup>771</sup>.

Finalement, le formalisme sur lequel repose le système judiciaire étatique constitue dans certains cas un véritable obstacle à la réalisation du juste et des droits. Il arrive souvent que l'une des parties au litige invoque des arguments formels pour empêcher son « adversaire » à faire valoir ses droits légitimes au fond. Dans ce cas, tenu de faire appliquer le droit, le juge se trouve dans l'obligation de respecter les procédures formelles même si cela pourrait aboutir à des solutions contraires à ses propres convictions et à l'équité. Devant la

---

<sup>770</sup> Sur le problème de la confiance envers la justice étatique, voir Conseil supérieur de la Magistrature, *Les Français et leur justice. Restaurer la confiance*, La documentation française, Paris, 2008.

<sup>771</sup> Louis Buchman et Eric Loquin, « Préférez l'arbitrage », *Gazette du Palais*, n°260, 2008, p. 9.

justice étatique, la règle implicite qui domine peut être formulée de la manière suivante : « *la fin justifie les moyens* ». Cela amène les parties à chercher et à exploiter les vides juridiques qui pourraient exister dans les législations en vigueur pour permettre la prise d'une décision qui leur soit favorable.

L'exemple français illustre particulièrement cette crise de confiance dans laquelle est plongée la justice étatique. Selon Loïc Cadiet, les enquêtes d'opinion disent assez la piètre confiance des Français à l'égard de leur justice, et cette défiance est constante. En 1995, une enquête réalisée à l'initiative du ministère de la Justice classait la justice au dernier rang de l'ensemble des services publics. En 1997, les personnes interrogées étaient encore 100 à la trouver coûteuse et 87 à la trouver vieillotte, son image d'ensemble étant jugée mauvaise par 66. Selon ce même sondage, la justice est soumise au pouvoir politique pour 82 des personnes interrogées, 73 d'entre elles estimant que les juges font preuve de mansuétude envers les élus

<sup>772</sup>

## **B)- Manifestations pratiques du problème**

L'originalité des institutions financières islamiques réside essentiellement dans le fait qu'elles doivent se conformer, dans l'exercice de leurs activités et dans les buts poursuivis, aux principes et règles de la Charia islamique. En effet, ces institutions se voient imposées une obligation de principe : le respect des préceptes islamiques. En application de ce principe fondamental, les systèmes de fonctionnement et les statuts constitutifs des institutions financières islamiques affirment cette obligation de conformité. C'est également sur la base de cette obligation que l'institution financière islamique obtient la confiance de ses clients dépositaires, investisseurs et autres. Elle est sans doute la clé de sa réussite et de son succès. Néanmoins, nous pouvons constater dans la majorité des Etats, que les droits et législations qui réglementent les activités des institutions financières islamiques sont en réalité issus du droit positif. C'est ici qu'est centralisée la problématique principale, dans la mesure où ces institutions financières et banques islamiques exercent leurs activités en général dans l'environnement juridique qui les entoure.

---

<sup>772</sup> Loïc Cadiet, « justice - Les institutions ». In Universalis éducation [en ligne]. Encyclopædia Universalis, consulté le 11 février 2017. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/justice-les-institutions/>.

Ce qui complique encore davantage les choses, c'est que les opérateurs de finance islamique insèrent en général dans leurs contrats de financement islamique, une clause de droit applicable se référant aux droits étatiques, notamment au droit anglais. Cette clause s'accompagne le plus souvent d'une clause attributive de compétence au profit du juge étatique, et plus particulièrement au juge anglais.

Le choix du juge étatique dans les contrats de finance islamique s'explique par plusieurs raisons.

En premier lieu, le juge étatique est conçu par les acteurs de financement islamique comme l'organe naturel chargé de la résolution des conflits et des litiges.

En second lieu, les acteurs de financement islamique ont cru que le juge étatique trancherait les litiges conformément aux principes et règles de la Charia.

En troisième lieu, les opérateurs de finance islamique ont une faible culture en matière de modes alternatifs de règlement des litiges. De plus, ils estiment que la sentence arbitrale, par exemple, n'a pas de force juridique contraignante pour les parties contrairement au jugement étatique qui s'impose aux parties.

Par ailleurs, le choix du juge anglais dans les contrats de finance islamique tient essentiellement à l'indépendance et surtout à la compétence de juridictions anglaises. En effet, la capitale anglaise était toujours une place financière importante et le juge anglais a acquis une expérience dans le contentieux financier. En outre, la justice anglaise se caractérise par sa rapidité dans le règlement des litiges qui lui sont soumis. Ce point revêt une importance capitale pour les institutions financières islamiques étant donné la prohibition des intérêts moratoires en droit musulman. Pour toutes ces raisons, les opérateurs de finance islamique font confiance au juge anglais plus qu'au juge des Etats musulmans. En réalité, peu de contrats de finance islamique, sauf en Malaisie, sont soumis à des juridictions d'Etats musulmans. Les institutions financières islamiques préfèrent aussi le droit anglais aux droits étatiques des pays musulmans<sup>773</sup>.

Pourtant, ce recours au juge étatique n'est pas sans poser des problèmes. En effet, l'une des questions soulevées devant le juge étatique à cet égard est l'identification de la loi applicable au contrat de finance islamique. La Charia peut-elle constituer un droit applicable à

---

<sup>773</sup> Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », *Revue internationale de droit comparé*, N°4, 2015, pp. 930-931.

un contrat international de finance islamique ? Cette question s'est essentiellement posée devant la juridiction anglaise (1) et les juridictions de certains pays musulmans (2).

### 1)- La juridiction anglaise

Le problème central posé devant le juge anglais est intimement lié à la loi applicable aux contrats de financement islamique. A cet égard, deux cas de figure peuvent être distingués. Le premier cas concerne le choix exclusif du droit anglais (a), alors que le second est inhérent au choix de la Charia comme loi applicable à côté du droit anglais (b).

#### *a)- Le choix exclusif du droit anglais*

Comme nous l'avons déjà vu, la majorité des contrats internationaux de finance islamique prévoit une clause de choix du droit applicable se référant exclusivement au droit anglais. Dans ce cadre, la question qui se pose au juge anglais est celle de l'impact de la désignation du contrat de finance islamique sur le choix du droit applicable. Autrement dit, on peut s'interroger sur le point de savoir si l'utilisation des termes techniques empruntés au droit financier islamique est de nature à limiter la portée du choix exclusif de la loi anglaise. En pratique, le problème se pose lorsque l'une des parties à un contrat régi par la loi anglaise demande la nullité de celui-ci en se référant sur la législation islamique. Dans ce cas, la partie concernée estime que le fait que le contrat repose sur une terminologie issue de la tradition juridique islamique rend la loi islamique applicable et ce malgré le choix de la loi anglaise par les parties<sup>774</sup>.

Avec la présence d'une clause de choix de la loi anglaise, les juridictions anglaises ont tendance systématique à refuser l'application de la loi islamique. Pour le juge anglais, le fait d'utiliser des termes issus de la tradition juridique islamique n'a pas pour conséquence de rendre la législation musulmane applicable à ce contrat. Dire que le contrat est un contrat de *Mourabaha* n'aboutit donc pas à la mise en œuvre de la loi islamique. Telle est la position du juge anglais dans l'arrêt *Investment Company Of The Gulf (Bahamas) Limited v Symphony*

---

<sup>774</sup> Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », art. cit, p. 931.

*Gems N.V and Ors*, rendu le 13 février 2002<sup>775</sup> à propos d'un contrat de *Mourabaha* soumis au droit anglais<sup>776</sup>.

Dans cette affaire, la banque effectua une opération de financement à travers l'outil de *Mourabaha* avec le défendeur Symphony en date du 27 janvier 2000, dans cette opération la banque a consenti une facilité de financement renouvelable à travers l'achat et la vente de *Mourabaha* à Symphony afin que celui-ci puisse acheter son stock de marchandises constitué de diamants et pierres précieuses. Les documents contractuels ont déterminé la banque en qualité de vendeur et Symphony en tant qu'acheteur. De plus, les documents ont défini précisément l'exécution de l'opération de la manière suivante : accord entre l'acheteur et le vendeur pour l'achat par le vendeur des offres du financeur adéquat, afin que le vendeur puisse vendre celles-ci à l'acheteur selon la clause 3 de la convention. Se basant sur cet accord contractuel, Symphony demanda à la banque, à deux reprises, d'acheter une grande quantité de pierres précieuses et de diamants purs disponibles au Ghana du financeur (precious hk ltd).

Le montant total du marché était de 15 millions de dollars américain, Symphony demanda à la banque de payer le prix sur le compte du financeur dans l'agence de Zurich en Suisse. La banque acheta les offres demandées du financeur et paya la somme de 15 millions de dollars sur le compte du financeur comme l'a précisé Symphony. Il était prévu que les pierres précieuses et les diamants soient vendus à Symphony par *Mourabaha* pour un montant de 900 834.15 dollars. Le montant fut différé et Symphony demanda à payer le prix total par facilités tel que cela figure dans les documents contractuels. Cependant, Symphony n'honora aucune échéance de la somme, d'où le fait que la banque saisit les juridictions britanniques pour trancher le litige en octobre 2001.

La défense de Symphony se résume par la prétention que la banque n'a pas à percevoir la somme litigieuse, car elle n'effectuait pas son rôle de vendeur pour livrer les offres vendues à Symphony en tant qu'acheteur dans la vente de *Mourabaha* précitée. Elle y ajoute le défaut de livraison des pierres précieuses et diamants par la banque, car le financeur originaire n'a

---

<sup>775</sup> *Investment Company Of The Gulf (Bahamas) Limited v Symphony Gems N.V and Others*. Sur cette question voir, U.F. Moghul et A.A. Ahmed, « Contractual Forms in Islamic Finance Law Inv. Co. Of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V and Ors : A First Impression of Islamic Finance », *Fordham International Law Journal*, vol. 27, Issue 1 2003 Article 7, p. 150.

<sup>776</sup> On trouve la clause contractuelle suivante : « 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 ».

pas rempli son obligation d'importer celles-ci du Ghana. Pour la défense de Symphony, comme l'objet vendu n'a pas été livré, elle n'est pas tenue de verser le prix.

A la lumière de l'analyse du contrat de financement, la juridiction supérieure britannique a trouvé que la transaction comporte deux contrats distincts qui peuvent être qualifiés de contrats de vente : un contrat de vente entre le financeur et le vendeur et un autre entre le vendeur et l'acheteur. Pour comprendre la nature du contrat de *Mourabaha*, la juridiction a demandé l'avis d'experts dont celui du Professeur Ahmad AL Saman.

Dans l'avis de ce dernier, figure que pour que le contrat de *Mourabaha* soit valide, il incombe à la banque, premièrement, d'être en possession de marchandises déterminées et qu'elles entrent dans son patrimoine, de plus, il faut que la banque assume l'entière responsabilité si la marchandise est défectueuse ou perdue. Ce n'est qu'après cela que la banque est en mesure de vendre au client la marchandise au même prix en plus du bénéfice contractuel.

Après l'analyse de la nature et des conditions du contrat entre la banque et Symphony, l'expert tire la conclusion suivante : l'accord litigieux ne remplit pas les caractéristiques essentielles du contrat de *Mourabaha*.

Cependant, du fait des conditions explicites figurant dans l'accord et qui énoncent l'obligation de respecter le droit britannique dans la mise en œuvre du contrat, la juridiction britannique a alors conclu que l'accord était conforme au droit britannique malgré le résultat de l'expertise qui affirme que l'accord n'est pas conforme aux caractéristiques essentielles du contrat de *Mourabaha*. La juridiction a, par son application du droit britannique, trouvé que le contrat était valide, exécutoire et a donc tranché en faveur de la banque. L'argument motivant la décision de la juridiction était la disposition de l'accord énonçant que la livraison de la marchandise n'était pas une condition essentielle pour la récupération par le vendeur des échéances auprès de l'acheteur.

Cette affaire a mis l'accent sur les difficultés auxquelles peuvent être confrontées les opérations financières islamiques. Elle montre aussi que le juge étatique, en l'occurrence le juge anglais, a requalifié le contrat de finance islamique pour le soumettre à son droit national positif sans prendre en considération les exigences de la Charia en matière financière. Ceci vide les contrats de financement islamique de leur substance et finalités. En outre, le recours des opérateurs de finance islamique aux juridictions non islamiques aura pour effet le refus de la reconnaissance totale ou du caractère normatif des préceptes de la Charia islamique. Ce

phénomène peut engendrer la reconnaissance de la validité et du caractère obligatoire des opérations financières en dépit de leur violation des conditions posées par le droit islamique<sup>777</sup>.

La même solution a été retenue dans l'arrêt *The Investment Dar Company KSCC v Blom Développement Bank SAL*<sup>778</sup> s'agissant d'un contrat qualifié de « *wakalah* agreement » régi par la loi anglaise. Il ressort de ces arrêts que, pour le juge anglais, la Charia ne peut constituer un moyen pour contester la validité d'un contrat de finance islamique soumis au droit anglais.

### ***b)- Le choix de la Charia comme droit applicable au contrat***

Il arrive parfois que certains contrats de finance islamique contiennent des clauses de choix plus élaborées faisant référence à la Charia. Il y a aussi le choix mixte ou combiné, en ce sens que le contrat est soumis à un droit étatique, souvent le droit anglais, à condition qu'il ne contredise pas la Charia<sup>779</sup>.

On relève également la clause du tronc commun en vertu de laquelle les principes communs de la Charia et du droit étatique sont le droit applicable au contrat<sup>780</sup>. Force est de constater qu'on ne trouve dans la pratique aucune référence exclusive à la Charia dans un contrat international de finance islamique. Dans tous les cas, ces clauses soulèvent la question du caractère juridique ou de la normativité de la Charia. Quelle que soit la formule utilisée (la Charia est un système correctif, principal ou correctif), on rencontre un problème identique : peut-on soumettre un contrat à la Charia ? La Charia peut-elle constituer un droit applicable à un contrat international de finance islamique<sup>781</sup>?

Cette question a été examinée par la Cour d'appel de Londres dans une décision très célèbre. Il s'agit de la décision dite *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Limited and Others*<sup>782</sup> qui a approuvé une décision rendue en première instance<sup>783</sup>.

---

<sup>777</sup> WI 346969 [Q.B. COMM.CT.], 2002/2/13

<sup>778</sup> *The Investment Dar Company KSCC v Blom Developments Bank SAL* [2009] EWHC 3545 (Ch), disponible sur ce site : <[http://leam.westlawbusiness.com/PDFs/Investment\\_Dar Co\\_KSCC\\_v\\_Blom\\_Developments.pdf](http://leam.westlawbusiness.com/PDFs/Investment_Dar_Co_KSCC_v_Blom_Developments.pdf)>.

<sup>779</sup> Par exemple, on trouve la formule suivante : « Ce contrat est régi par le droit anglais sous réserve des principes de la Charia applicable ».

<sup>780</sup> « Ce contrat est soumis au principes communs au droit de l'État X et à la Charia ».

<sup>781</sup> Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », art. cit, p. 932.

<sup>782</sup> English Court of Appeal decision, *Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain EC*, 2004, APP. L.R. 01.28. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/19.html>.

Les faits de l'affaire commencent en 1995, lorsque deux sociétés Beximco ont conclu un contrat de *Mourabaha* avec Shamil Bank, en vertu duquel la banque Shamil finance les sociétés pour acheter des marchandises spécifiées. Le contrat était assorti d'une garantie fournie par les deux administrateurs des Sociétés et par la société mère de Beximco (Garants). En 1996, les mêmes sociétés ont conclu un deuxième accord *Mourabaha* avec la même banque. Après avoir versé plusieurs paiements à la banque, les sociétés ont manqué à leur obligation de paiement dans les deux contrats de *Mourabaha* de 1995 et 1996. Par la suite, elles ont conclu deux contrats d'échange en matière de satisfaction et d'utilisation avec Shamil Bank. En 2002, les deux sociétés n'ont pas versé le montant de 49,7 millions de dollars américains. Les contrats de financement respectifs contiennent une clause de choix du droit applicable se référant à la Charia et à la loi anglaise. Cette clause stipule : «Subject to the principles of the Glorious Charia, the agreements should be governed and construed in accordance with English law ». Dans ce cas, le demandeur invoque la nullité du contrat en raison de sa non-conformité aux règles de la Charia<sup>784</sup>.

Le tribunal de première instance a jugé la société Beximco de verser à la banque Shamil le montant de 49 millions de dollars. En même temps, il a précisé qu'il n'était pas nécessaire de se préoccuper des principes de la Charia. En faisant appel de l'arrêt, la société Beximco a invoqué la non-conformité des contrats aux principes de la Charia et l'applicabilité de celle-ci au contrat. Elle estime que le droit anglais devrait permettre l'application des principes de la Charia<sup>785</sup>.

La Cour d'appel de Londres s'est référée à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En réalité, cette Convention met en place des règles de conflit uniformes aux contrats internationaux. Suite à cette référence, la Cour a refusé de reconnaître le caractère juridique de la Charia. Selon elle, la Charia n'étant pas un droit pouvant être choisie par les parties, c'est le droit anglais qui s'applique exclusivement au contrat.

Pour écarter la loi islamique, le juge anglais s'appuie sur trois types d'arguments. « En premier lieu, la Charia n'est pas un droit national d'un pays au sens de la Convention

---

<sup>783</sup> Voir sur cette décision, Aldohni, « The Challenge of Islamic Banking Disputes in the English Courts : The Applied Law », *Journal of International Banking and Financial* 2009, p. 350.

<sup>784</sup> Mohammad Aljarallah, *Arbitrating international Islamic finance disputes*, Thèse de droit, University of California, 2010, p. 16.

<sup>785</sup> Ibid.

de Rome. Cette convention, selon le juge anglais, fait obligation de désigner une loi nationale. Or, la Charia ne répondant pas à ce critère. En second lieu, la Charia ne renvoie pas à un corpus juridique précis et bien défini, mais plutôt à un terme générique, vague et ambigu. Enfin, la Charia diffère selon l'école juridique et l'interprétation donnée par tel ou tel jurisconsulte. Elle est traversée par les contradictions et les imprecisions »<sup>786</sup>.

Selon la Cour : « The judge declined to construe the wording of the clause as a choice of Sharia law as the governing law for the following reasons. First, Article 3.1 of the Rome Convention (which by s.2(1) of the Contracts (Applicable Law) Act 1990 has the force of law in the United Kingdom) contemplates that a contract "shall be governed by the law chosen by the parties" and Article 1.1 of the Rome Convention makes it clear that the reference to the parties' choice of the law to govern a contract is a reference to the law of a country. There is no provision for the choice or application of a non-national system of law such as Sharia law (paragraphs 39, 48 and 51). In any event, the principles of the Sharia are not simply principles of law but principles which apply to other aspects of life and behaviour (paragraph 53). Even treating the principles of Sharia as principles of law, the application of such principles in relation to matters of commerce and banking were plainly matters of controversy (paragraphs 49 and 53). In particular there is controversy as to the strictness with which principles of Sharia law will be interpreted or applied. In consequence it was highly improbable that the parties to the agreements intended an English court to determine any dispute as to the nature or application of such controversial religious principles which would involve it in the task of deciding between opposing points of view which themselves might be based on geopolitical and particular religious beliefs (paragraphs 49-54) »<sup>787</sup>.

Une partie de la doctrine a critiqué la jurisprudence Beximco. Ainsi, le professeur J.C. Colon l'a qualifiée de tragique<sup>788</sup>. De son côté, le professeur Georges Affaki a appelé

---

<sup>786</sup> Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », art. cit., p. 933.

<sup>787</sup> Dans le paragraphe 40, le juge a ajouté : « Finally, so far as the "principles of ... Sharia" are concerned, it was the evidence of both experts that there are indeed areas of considerable controversy and difficulty arising not only from the need to translate into propositions of modern law texts which centuries ago were set out as religious and moral codes, but because of the existence of a variety of schools of thought with which the court may have to concern itself in any given case before reaching a conclusion upon the principle or rule in dispute. The fact that there may be general consensus upon the proscription of *Riba* and the essentials of a valid *Morabaha* agreement does no more than indicate that, if the Sharia law proviso were sufficient to incorporate the principles of Sharia law into the parties' agreements, the defendants would have been likely to succeed. However, since I would hold that the proviso is plainly inadequate for that purpose, the validity of the contract and the defendants' obligations thereunder fall to be decided according to English law. It is conceded in this appeal that, if that is so, the first and second defendants are liable to the Bank ».

<sup>788</sup> Julio Colon, « Choice of Law and Islamic Finance », Texas International Law Journal, 2011, p. 424.

à éviter « l'erreur Beximco »<sup>789</sup>. Selon lui, « Si la Charia 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 droit »<sup>790</sup>. De même, la Commission de finance islamique du Comité de droit financier de la Place de Paris (Paris Europlace association)<sup>791</sup> confirme la normativité de la Charia dans son rapport. Le rapport précise : « Bien qu'elles ne constituent pas une loi, du moins dans le sens d'ensemble codifié qui distingue les systèmes juridiques de tradition civiliste, les règles de la Charia relatives aux financements islamiques constituent un ensemble de règles de conduite sociale, générale et abstraite, qui se veut contraignant et qui est susceptible d'être sanctionné par un tribunal. Ces règles produisent irrémédiablement des effets juridiques qui lient les personnes qui choisissent de s'y astreindre. Il s'agit là des critères classiques permettant de conclure à la juridicité des règles »<sup>792</sup>.

Dans une étude récente sur la finance islamique et la justice étatique, Walid Ben Hamida affirme que le refus de donner effet à une clause désignant la Charia contredit la volonté des parties de voir le droit qu'elles ont choisi, appliqué par le juge. C'est la mise en œuvre du principe d'autonomie de la volonté. De plus, du fait de ce refus, la non-conformité de leur contrat aux règles de la Charia ne peut pas être sanctionnée. Il ajoute que cette jurisprudence est un peu contradictoire. En effet, le juge anglais reconnaît la normativité ou la juridicité des principes généraux du commerce internationaux (la *lex mercatoria*). C'est ainsi que les parties peuvent soumettre leur contrat à ces principes. Or, ces derniers sont imprécis et vagues et ne constituent pas un ensemble de règles préexistantes, codifiées et d'application abstraite. Il y a donc une contradiction à reconnaître la juridicité de la *lex mercatoria* et de dénier à la Charia cette qualité. Bien qu'elles soient d'origine religieuse, les normes financières de la Charia ont été élaborées par l'effort de la doctrine islamique et surtout par la pratique des institutions financières islamiques. À partir de là, on peut même soutenir que les principes financiers de la Charia forment une *lex islamica*, une sorte de branche nouvelle et spéciale de la *lex mercatoria*.

---

<sup>789</sup> Georges Affaki, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », in La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique, J.-P. Laramée (dir.), Secure Finance, 2008, p. 163.

<sup>790</sup> Georges Affaki, « La Chari'a en dehors des terres d'Islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », Revue internationale de droit comparé, n°3, 2014, p. 760.

<sup>791</sup> Association fondée en 1993, Paris Europlace vise à promouvoir l'attractivité de la place financière de Paris.

<sup>792</sup> Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques, G. Affaki (dir.), I. Fadlallah, D. Hascher, A. Pézard, F.-X. Train, 21 sept. 2009, p. 16.

Force est d'ailleurs de constater que le droit anglais lui-même est un droit imprécis, il est de nature essentiellement casuistique<sup>793</sup>.

La jurisprudence Beximco se réfère également à des sentences, au demeurant très critiquées, rendues en application des concessions pétrolières conclues entre des pays du golfe arabe et des sociétés occidentales. En l'occurrence, il s'agissait des concessions régies par la loi de Qatar et d'Abu Dhabi. Néanmoins, le tribunal arbitral a décidé de soumettre ces concessions à la loi anglaise en refusant par là de donner effet aux clauses de choix du droit applicable. Dans cette perspective, le tribunal avance l'idée selon laquelle les droits choisis reposent sur la loi islamique qui ne comporte pas de règles relatives aux contrats. Ainsi, pour les arbitres, la Charia n'est pas un droit positif au sens moderne du terme<sup>794</sup>.

La référence du juge anglais à l'idée de divergence entre les juristes pour nier la normativité de la Charia peut paraître surprenante. Car le droit étatique lui-même est traversé par la pluralité d'interprétations sans que cela puisse remettre en cause sa normativité et son caractère juridique. En cas d'opposition sur la signification ou le contenu de la norme, le juge, notamment le juge anglais qui est familier à cette situation, doit recourir à des experts pour dégager une solution cohérente et départager les interprétations divergentes. La divergence doctrinale ne peut nullement trouver sa solution dans la négation de la normativité du système juridique considéré.

En tout état de cause, le remplacement de la Convention de Rome 1 de 1980 par le Règlement de Rome 1 du 17 juin 2008<sup>795</sup> incite logiquement à s'interroger sur la portée de la jurisprudence Beximco. En effet, cette jurisprudence refusant l'application de la Charia s'appuie essentiellement sur la Convention de Rome qui ne valide pas les clauses désignant un droit d'origine non étatique. A ce titre, les parties ne sauraient valablement désigner une loi ne présentant pas cette caractéristique. Mais cette exigence a été nuancée par le Règlement de 2008. Celui-ci est moins strict en ce qui concerne le choix d'un droit non étatique comme la Charia. En effet, dans le considérant n° 13, il est indiqué « ce règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». De même, il convient de noter que dans la

---

<sup>793</sup> Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », art. cit., pp. 934-934.

<sup>794</sup> Petroleum Development (Trucial Coasts) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi (1951) 18 ILR 144, Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd ; (1953) 20 ILR 534.

<sup>795</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) - JO L 177 du 4.7.2008.

version anglaise, la formulation de l'article 1 sur le champ d'application du règlement, diffère de celle de la Convention : elle vise des situations impliquant un « conflict of laws » et non plus les « laws of different countries ». Il en va de même dans la version française dont l'article premier évoque que « le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois ». A la lumière de ces évolutions normatives, il est légitime de se demander si le juge anglais pourrait toujours maintenir sa jurisprudence refusant la mise en œuvre de la Charia comme droit applicable aux contrats de finance islamique.

Cela étant dit, la résistance à l'égard de la Charia s'observe également dans la jurisprudence des juridictions de certains pays musulmans.

## **2)- Les juridictions de certains pays musulmans**

La question de l'application de la Charia aux contrats de financement islamique s'est posée devant les juridictions de certains pays musulmans, notamment la Malaisie. On se bornera ici à évoquer quelques exemples.

### ***Cas n°1 : banque Islam de Malaisie contre Adnan BEN OMAR***

De nombreuses affaires furent traitées par les juridictions malaisiennes concernant des contrats de finance islamique, et toutes ces affaires sont portées devant les juridictions civiles et non pas devant les juridictions chariatiques. De ce fait, ces affaires seront tranchées par les règles des juridictions civiles dont l'origine est le droit anglais. D'où des contradictions entre les décisions rendues et les principes de la Charia. Cette situation est illustrée dans une affaire opposant la banque Islam à Adnan BEN OMAR<sup>796</sup>.

Dans cette affaire, le demandeur (la banque islamique malaisienne) a octroyé au défendeur (M. Adnan BEN OMAR) un service financier consistant en un paiement différé. Conformément au service, le défendeur avait vendu un terrain immobilier au profit de BIMB contre la somme de 265 000 Ringgit<sup>797</sup> en date du 2 mars 1984, montant qu'il a perçu. Le

---

<sup>796</sup> Cette affaire est citée par Anko Rabi'a, op, cit, pp. 80-81.

<sup>797</sup> Equivalent 622.71 dollars.

jour même, BIMB rendit le terrain au défendeur contre la somme de 584 000 Ringgit<sup>798</sup> payée sur 180 mensualités. Pendant ce temps le défendeur hypothéqua le terrain à BIMB en tant que garantie de la dette avec un contrat écrit qui donne droit à BIMB de vendre le terrain hypothéqué dans le cas où il ne paierait pas ses mensualités au défendeur.

Ce dernier ne paya pas les mensualités depuis le mois d'avril 1985 ; de ce fait, BIMB demanda à la juridiction de vendre le terrain hypothéqué en vertu de la décision n°83 de la Cour suprême. Le prix de la vente du terrain hypothéqué devait combler la différence du montant différé restant de 543 995 898 Ringgit<sup>799</sup>.

La Cour suprême a jugé en faveur du demandeur BIMB, la décision était sur le fondement suivant :

Toutes les transactions entre les parties concernées ont été effectuées dans la connaissance parfaite du défendeur, et dans le but d'obtenir le prêt selon les principes de la Charia islamique. Les contrats de vente et d'achat ont été dressés dans l'objectif d'une vente selon un montant différé du prix. Ainsi, les parties à l'affaire étaient consentantes sur la fixation du montant à 583 000 Ringgit en tant que facilité de financement de la part du demandeur pour le défendeur ; et il s'agissait du montant compris à l'hypothèque.

A la lecture de la décision 83, une seule interprétation raisonnable paraît possible : la demande du montant des intérêts ou du paiement à échéance de la dette au jour fixé dans le document de la demande. Mais il n'est pas fait obligation que ces deux soient joints car dans l'affaire visée il n'est pas fait question de la présence de tout intérêt étant donné la nature du crédit islamique.

Le défaut pour le défendeur de payer le montant par échéance a été précisé expressément dans le document de la demande et ce par la partie demanderesse. C'est ainsi que cette dernière se conforme à la décision 83 exposée précédemment.

Le défendeur n'a aucun droit de réclamer une réduction puisque c'est une prérogative du demandeur sur la base de son bon vouloir puisque le défendeur a violé les termes du contrat par son défaut de paiement du montant par facilité tel que prévu dans le contrat. Le demandeur dispose donc du droit d'arrêter le service et de réclamer le paiement total.

L'affaire BIMB contre Adnan BEN OMAR a démontré des problématiques diverses concernant la Charia islamique dont :

---

<sup>798</sup> Equivalent 157 568 dollars.

<sup>799</sup> Equivalent 147 026 000 dollars.

Premièrement, le procédé par lequel a été accordé le financement islamique s'apparente à une vente à crédit (Bay' al Inah). Ce type de contrat est considéré comme légitime en Malaisie sur la base de la décision officielle de l'Assemblée consultative chariatique auprès de la banque centrale de Malaisie conformément à la doctrine Chaféite.

Deuxièmement, la compréhension de la Cour au sujet des opérations financières islamiques était faible. En effet, en dépit des preuves et explications avancées par l'avocat de la partie demanderesse, la Cour persiste à traiter l'opération comme une opération de crédit alors que le crédit et la vente sont soumis à des règles différentes au regard de la Charia islamique. Mais elle a nommé le crédit par crédit islamique sans préciser le contenu de cette appellation. Elle s'est, en effet, limitée à dire que le crédit islamique ne peut aboutir au paiement d'intérêts. De plus, aucune consultation de l'expert en règles islamiques n'a été effectuée lorsque la Cour a entendu les expertises et les règles applicables aux opérations de vente différée. Il apparaît donc clairement que la Cour n'a pas abordé l'affaire sous le prisme des règles chariatiques islamiques, au contraire, elle a fait application du droit étatique malaisien qui régit les opérations de banque et contrats financiers classiques.

Troisièmement, certaines règles d'ordre général en Malaisie comprennent des matières qui peuvent entrer directement en opposition avec la Charia islamique, comme il a été démontré par les prétentions de la partie adverse au regard de la décision 83 de la Cour suprême dans la détermination du montant accordé par crédit, et l'imposition de la demande d'intérêts dans le formulaire de demande.

Mais, heureusement, les tribunaux ayant statué sur l'affaire avaient décidé d'utiliser l'interprétation des finalités visées dans la décision 83 : celle-ci a permis aux tribunaux d'arriver à un résultat qui ne visait pas l'application stricte dans des circonstances ayant trait aux opérations de finance islamique n'aboutissant pas aux intérêts usuraires car cela est par principe impossible. Mais si le juge avait usé d'une interprétation du sens linguistique et littéral apparent de la décision, alors la demande aurait échoué à cause des conditions non respectées.

Quatrièmement, les prétentions alléguées par le défendeur ont fait apparaître le niveau faible qui pourrait être obtenu par toute partie s'exposant aux opérations de finances islamiques, cela étant dû à leur nature. Dans ce cas, le défendeur persistait dans le traitement de l'opération en tant que crédit et non en tant que vente. Cela apparaît dans sa prétention lorsqu'il allègue avoir reçu 265 000 Ringgit seulement de la banque islamique BIMB. Dans ce cas, il ne devait pas réclamer le paiement du montant restant de la facilité, à savoir le montant

originnaire de 583 000 Ringgit, puisque ce dernier est le montant du contrat de vente différé après en avoir déduit les échéances payées antérieurement.

Il est clair que le défendeur pensait que le contrat était un contrat de prêt chiffré à 250 000 Ringgit, et n'a pas compris qu'il s'agissait plutôt d'un contrat de vente. Il devait retenir cette dernière qualification afin que sa demande de paiement du montant différé de 583 000 Ringgit soit justifiée.

Cette compréhension erronée de l'un des cocontractants de la nature des opérations financières islamiques peut provoquer des effets contradictoires et négatifs à long terme. De ce fait, cela peut aboutir à des accusations relatives à ces opérations, comme étant onéreuses et provocatrices. Cela fait naître un sentiment, auprès du client, qu'il est dans une situation plus déplorable que celle où il aurait traité avec les établissements de crédit usant du Riba.

### **Cas n°2 : Arab Malaysian Finance Berhad v Taman Ihsan Jaya Sdn Bhd and Ors**

Le 18 juillet 2008, la Cour suprême de Malaisie a rendu un jugement collectif sur onze affaires distinctes impliquant Bank Islam Malaysia Berhad et Arab Malaysian Finance Berhad en tant que demandeurs. La principale question posée devant la Cour était de savoir si un contrat de paiement différé (Ba'i Alajal) est considéré comme un contrat porteur d'intérêts et, par conséquent, contraire à la loi malaisienne sur la finance islamique (1983) et à la loi sur les banques et les institutions financières (1989). La Cour s'est penchée sur la question de la marge bénéficiaire dans le prix de vente qui était nettement plus élevée que dans les prêts conventionnels. La Cour a notamment examiné si ces bénéfices équivalaient à une usure prohibée par la loi islamique. Le tribunal ne s'est référé à aucune école juridique islamique dans l'interprétation du contrat. Pour elle, il n'y a ni nécessité ni raison de renvoyer cette question au conseil consultatif de la Charia. Ainsi, la Cour a considéré que le contrat du Ba'i Alajal est contraire au Règlement bancaire et inapplicable puisqu'il contient un élément d'intérêt. La Cour a donc conclu que les demandeurs avaient le droit de réclamer uniquement le prix d'achat, estimant que les demandeurs en ont le droit, en vertu de l'article 66 de la Loi de 1950 sur les contrats<sup>800</sup>.

---

<sup>800</sup> Mohammad Aljarallah, *Arbitrating international Islamic finance disputes*, Thèse de droit, University of California, 2010, p. 19.

Cette jurisprudence montre bien que la Cour suprême de Malaisie a appliqué le droit étatique malais à une opération de finance islamique tout en interprétant cette opération à la lumière des exigences juridiques du droit positif et non celles de la Charia. Ce qui va aboutir à vider le contrat de son contenu en le rattachant au système financier conventionnel.

Dans une autre affaire opposant Affin Bank Berhad v Zulikifi Abdullah (en 2006), la Cour suprême de Malaisie a refusé de donner effet à la Charia dans un contrat de finance islamique. Le litige porte sur un contrat Ba'i Alajal conclu entre la banque Affin Berhad et l'un de ses employés. Bien que la finance islamique occupe une place importante dans le pays et que le juge possède une grande expérience en la matière, l'application du droit malais à ce contrat a été maintenue par les tribunaux civils. En effet, ces tribunaux refusent de tenir compte les préceptes de la loi islamique<sup>801</sup>.

### **Cas n° 3 : Affaire devant la justice syrienne**

Cette affaire montre que la justice nationale a du mal à comprendre la nature et la spécificité de l'activité des institutions financières islamiques. Exposons les faits : une banque islamique finança un concessionnaire de voitures dans l'importation de voitures, de sorte que les documents et garanties soient établis au nom de la banque, celle-ci devant les présenter à son client conformément aux règles de fonctionnement des banques islamiques. Le client a reçu les voitures et n'a pas payé sa dette. La banque l'assigne alors en justice et demande au juge une saisie conservatoire sur les fonds du client. Mais le juge refusa cela, au motif que les voitures sont arrivées en Syrie au nom de la banque islamique conformément aux documents qui ont été présentées au client, et donc que le client n'avait pas la qualité d'importateur sur l'acte d'importation, et que donc le partenariat (I'timad) n'a pas été conclu en son nom.

Il a fallu expliquer au juge la modalité de fonctionnement du financement des opérations commerciales internationales applicables en l'espèce, et cela a pris un certain temps, le client a pu vendre les voitures en Irak avant que celles-ci soient saisies par le juge<sup>802</sup>.

---

<sup>801</sup> Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », art. cit, p. 937.

<sup>802</sup> Mahieddine Alameddine, « Le travail bancaire du point de vue islamique » (en arabe), Etude présentée au Centre de l'arbitrage commercial des Etats du Conseil de coopération du Golfe arabe, Bahreïn, 2000.

**Cas n° 4 : La requalification de l'*Ijara* arrivant à terme en contrat de vente à échéance par le tribunal de première instance de Dubaï du 24 mars 2010**

Les faits : en date du 11 décembre 2007, l'entreprise demanderesse qu'on qualifiera de bailleur accepta la location d'un bien immobilier au profit du défendeur qualifié de locataire. Cet accord fut finalisé le 11 décembre 2007.

Les documents suivants ont été signés :

- a) Par les deux parties : a été conclu un contrat de location signé par le bailleur et le locataire.
- b) Par le locataire : celui-ci signa une promesse d'achat qui comporte un engagement qui n'est pas susceptible d'être annulé, l'achat du bien immobilier objet du contrat de location arrivant à son terme pour une durée estimée à 25 ans, c'est-à-dire l'acquisition en cas de violation des termes et conditions du contrat ou de la promesse d'achat.
- c) Par le bailleur : ce dernier signa une promesse de vente qui comporte un engagement inconditionnel et qui n'est pas susceptible d'être rétracté, à vendre le bien immobilier à la fin de la durée de location en contrepartie du prix diminué des loyers versés. Cela peut également être envisagé en cours d'exécution du contrat si le locataire en exprime la volonté.

Suite à l'incapacité du locataire à régler trois loyers, le bailleur demanda au locataire d'acheter le bien immobilier et de régler le montant convenu dans le contrat de location. Devant l'inaction du locataire à répondre de la demande du bailleur, ce dernier l'assigna en justice devant le tribunal de première instance de Dubaï.

La décision du tribunal :

Le tribunal jugea que la requalification correcte de la relation contractuelle entre les parties et celle d'un contrat de vente valablement formé et dont les conditions de validité sont remplies, dans lequel il a été convenu le paiement du prix sous forme d'échéances, et où le transfert de propriété est conditionné par la survenance d'un des deux évènements suivants. Le premier est le fait pour le débiteur de remplir son obligation qui est celle de payer la

totalité des échéances dues, le deuxième événement étant la survenance d'une violation du contrat.

La Cour ajouta pour justifier sa décision : « la Cour ne retient pas la qualification du contrat comme étant un contrat de location couplé de promesses croisées d'achat et de vente, considérant que la volonté des parties lors de la conclusion du contrat était celle de conclure un contrat de vente parfait, sauf qu'elles n'avaient pas considéré cette vente comme étant la vente finale, et qui se réalise lors du paiement de la totalité des échéances, ou lors de l'engagement du défendeur à tout moment de régler le paiement final convenu dans le cas où l'une des parties violerait le contrat dans les conditions mentionnées ».

La Cour ne s'est pas uniquement basée sur des éléments de fait, mais elle a appliqué aux promesses de vente et d'achat des fondements juridiques, et cela en écartant l'application de l'article 146 de la loi sur les transactions civiles émiratie, relatif à l'absence de rencontre de la volonté des parties à la conclusion du contrat. Dans le cas soumis au tribunal, « la volonté des parties s'est manifestée explicitement à travers un consentement mutuel des parties au contrat, en ce sens où la vente soit effectuée. Ce contrat ne peut être donc considéré comme une promesse de vente, et ce même si l'engagement de l'acheteur s'affaiblit [...] il est établi par la doctrine et la jurisprudence que la promesse de vente et d'achat liant les parties se réalise lorsque le propriétaire de la chose s'engage à la vendre à l'autre partie, et réciproquement l'autre partie s'engage à la lui acheter, et le contrat sera dans cette situation un seul contrat s'imposant aux deux parties et qui constitue une vente qui se réalise effectivement ».

Comment le tribunal est arrivé à cette solution ?

Quels sont les fondements de la requalification du contrat d'*Ijara* en contrat de vente ?

Pour arriver à la solution retenue, le tribunal s'est basé sur un faisceau d'indices factuels confortant son choix de requalifier le contrat qui lui est soumis en contrat de vente, et non en contrat d'*Ijara* :

- a) La conjugaison du contrat de location avec une promesse de vente par le bailleur et d'achat par le locataire ;
- b) Que le prix de la chose ne soit autre que les loyers versés, et que ce soit exactement ces loyers payés par le locataire qui constituent les échéances du prix ;

- c) L'acte d'approbation à la demande de financement, la signature du contrat de location, les promesses d'achat et de vente à une seule et même date.

La Cour affirma sa position sur l'existence d'un contrat, et non pas une simple promesse émanant des parties, lorsqu'elle cite : « la volonté des parties s'est manifestée explicitement à travers un consentement mutuel des parties au contrat, en ce sens où la vente soit effectuée. Ce contrat ne peut être donc considéré comme une promesse de vente, et ce même si l'engagement de l'acheteur s'affaiblit [...] il est établi par la doctrine et la jurisprudence que la promesse de vente et d'achat liant les parties se réalise lorsque le propriétaire de la chose s'engage à la vendre à l'autre partie, et réciproquement l'autre partie s'engage à la lui acheter, et le contrat sera dans cette situation un seul contrat s'imposant aux deux parties et qui constitue une vente qui se réalise effectivement »<sup>803</sup>.

#### **Cas n° 5 : Jugement inédit<sup>804</sup>**

Les faits commencent par un contrat *Mourabaha* daté du 13 janvier 2001 entre une banque islamique (Banque) et une société (Compagnie) pour acheter des machines d'une valeur de 200,000 dollars américains. La Société a convenu avec la Banque (dans le contrat *Mourabaha*) d'acheter ces machines une fois que la Banque les a achetées auprès des fournisseurs. La Société a offert à la Banque une hypothèque immobilière, en garantie du prix des machines, et versé un acompte de 18,5% sur le prix total des machines. La Banque a ouvert une lettre de crédit en faveur de la Société pour lui permettre de recevoir les machines dans un port. Cependant, la Compagnie n'a pas pu prendre la possession des machines au port. En conséquence, elle a manqué aux paiements relatifs au contrat de *Mourabaha*. La Banque a donc vendu l'hypothèque et liquidé les actifs. Cependant, la Société a poursuivi la Banque, affirmant que le contrat était nul et que, par conséquent, elle devrait recevoir son prêt hypothécaire et son acompte de la Banque. La question devant le tribunal était de savoir si la lettre de crédit peut être utilisée avec le contrat de *Mourabaha*. En 2003, la juridiction inférieure a accueilli la demande de la Société et a annulé le contrat de *Mourabaha*. Toutefois, en 2004, la Cour d'appel a rejeté l'idée du tribunal de première instance et a qualifié la lettre

---

<sup>803</sup> Abdel Sattar Khoweilidi, « Modèles des précédents jurisprudentiels et arbitraux relatifs aux litiges financiers dans l'industrie bancaire » (en arabe), Conférence n°38 Al Baraka sur l'économie islamique, Djeddah, 3 et 4 juin 2017, p. 274.

<sup>804</sup> On n'a pas d'informations sur le pays dans lequel ce jugement a été rendu.

de crédit établie par la Banque à la Société comme une livraison effective des machines, même si la Société n'a pas pris possession de celles-ci. Cela a été confirmé par la Cour de cassation en 2005.

Néanmoins, la Compagnie a demandé une révision de la décision de la Cour de cassation en estimant que la Banque a méconnu la loi islamique en ce qui concerne la livraison des machines dans le contrat de *Mourabaha*. En effet, le contrat entre les parties n'était pas fondé sur le paiement par lettre de crédit, donc le contrat est nul. De son côté, la Banque a soutenu devant la Cour de révision que le contrat était bien conforme à la Charia et qu'elle, conformément à la coutume juridique internationale du commerce, avait entièrement livré et permis à la Société de recevoir les machines en émettant une lettre de crédit. En outre, la Banque a déclaré qu'elle avait payé le prix des machines au fournisseur et que, par conséquent, sa responsabilité a pris fin avec la remise des titres de propriété des machines à la Société. La Cour de révision a déclaré que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le contrat *Mourabaha* n'avait aucun lien avec la lettre de crédit. Par conséquent, la Banque était responsable des défauts et de la livraison effective des machines au port. Ainsi, la demande de révision de la Société a été accordée<sup>805</sup>.

De l'analyse de ces jurisprudences étatiques relatives aux contrats de financement islamique, il apparaît que le recours au juge étatique ne peut pas répondre aux besoins et exigences de cette finance. En effet, le juge étatique n'est pas en mesure d'appliquer et d'interpréter correctement les contrats de finance islamique. En raison de sa formation centrée sur le droit positif, le juge étatique aura des difficultés à comprendre les principes et les termes juridiques des contrats de finance islamique. Le manque de formation solide sur le droit musulman relatif à la finance l'empêche de déterminer l'existence d'un contrat valide, ses conditions précises ou sa rupture ; d'identifier l'intention des parties ; de fournir à ses jugements une justification islamique pertinente. Cette situation s'explique également par le fait que le juge étatique n'a pas facilement accès aux sources de la loi islamique. Interpréter la loi islamique exige des connaissances approfondies des sources et des règles de cette loi. En outre, le juge étatique n'est pas conscient des différentes dimensions des contrats de finance islamique et de leurs particularités, qui nécessitent une distinction claire avec d'autres transactions de finance classique. Dans la plupart des cas, il aborde les transactions financières islamiques soit d'un point de vue purement positif, soit du point de vue hybride en

---

<sup>805</sup> Cette affaire inédite résume l'étude de Abdessattar Khouilidi intitulée « Previous Courts Judgments on Islamic Finance Products », cité par Mohammad Aljarallah, *Arbitrating international Islamic finance disputes*, op, cit, p. 21.

essayant de combiner les concepts du droit islamique avec ceux du droit positif. Cela conduit, dans l'un ou l'autre cas, à l'application incorrecte ou à la non-application de la loi islamique.

Il résulte de tout ce qui précède que le refus du juge étatique dans certains pays à appliquer la Charia aux contrats de financement islamique, ou à reconnaître à cette dernière le caractère normatif, conduit naturellement à envisager d'autres alternatives en dehors du cadre étatique pour garantir la spécificité de la finance islamique et l'application des principes de la Charia aux opérations financières islamiques. C'est le rôle que peuvent assumer les modes alternatifs de règlement des litiges.

## **Chapitre 2. L'efficacité limitée des modes alternatifs amiables de règlement des litiges relatifs à la finance islamique**

L'expression « modes alternatifs de règlement des conflits », désigné par l'acronyme MARC, est d'apparition récente. Elle date, en effet, des années 1990 : elle exprime en français la notion anglo-américaine d'*Alternative Dispute Resolution*<sup>806</sup>. Elle a fini par s'imposer dans le discours des juristes, même si d'autres expressions viennent d'être proposées comme celle de « solution de rechange au règlement des litiges » (SORREL), retenue un temps par les juristes québécois, de « modes alternatifs de règlement des litiges (MARL), parfois utilisée en doctrine, de « résolution amiable des conflits » ou encore « résolution amiable des différends »<sup>807</sup>. Toutes ces expressions pourraient être considérées comme équivalentes et expriment une seule réalité.

Le *Lexique des termes juridiques* définit les modes alternatifs de règlement des conflits comme « l'ensemble de procédés visant à résoudre des conflits ou des litiges, sans recourir à un juge, notamment par la voie de la conciliation ou de la médiation conduite par un tiers »<sup>808</sup>. Par « Modes alternatifs de règlements des conflits », nous entendons toutes les méthodes qui visent à régler un conflit ou un litige en dehors de l'institution judiciaire

---

<sup>806</sup> Loïc Cadiet, « Compte rendu de l'ouvrage de C. Samson et J. McBride (sous la direction de), Solutions de rechange au règlement des conflits – Alternative Dispute Resolution, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1993, in *Revue internationale de droit comparé*, n°4, 1994, p. 1213 ; Du même auteur, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in, *La médiation*, Société de législation comparée, Dalloz, 2009, p. 14.

<sup>807</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, Dalloz, 2016, pp. 27-28.

<sup>808</sup> Serge Guinchard et Thierry Debard (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, 2016-2017, 24<sup>ème</sup> édition, « Modes alternatifs de règlement des conflits ».

étatique. Elles sont donc différentes des modes traditionnels de règlement basés sur l'intervention de la justice étatique. Ces procédures englobent aussi bien l'arbitrage que les autres procédures alternatives.

Mais notre raisonnement se focalisera ici sur les méthodes alternatives en dehors de l'arbitrage, c'est-à-dire les méthodes qualifiées d'amiabes<sup>809</sup>. L'arbitrage sera étudié dans les chapitres qui suivent.

En vérité, les modes alternatifs de règlement des conflits sont l'expression récente d'un phénomène ancien. Dans son principe, la recherche de la solution d'un différend autrement que par une décision de justice étatique ou publique n'est pas nouvelle. L'arbitrage, comme la médiation et la transaction, sont de très vieilles institutions juridiques qui remontent très loin dans l'histoire normative de l'humanité. Elles font partie intégrante de la tradition juridique islamique. Le droit musulman, comme le droit coutumier de l'Arabie préislamique, fait une large place à l'arbitrage et à la médiation<sup>810</sup>. Comme l'indique, à juste titre, Jacques El-Hakim, « Par ailleurs, dans de nombreux pays (tribus arabes, asiatiques ou africaines, Chine, Japon, peuple juif, etc.)<sup>811</sup>, la conciliation représente, depuis des millénaires, le mode de base de règlement des conflits et n'a cessé de coexister avec les processus modernes de règlement et de s'y adapter »<sup>812</sup>.

Mais la nouveauté réside dans l'amplification considérable, la diversification et l'institutionnalisation du phénomène dans la période contemporaine, participant d'une tendance plus générale à la contractualisation de la justice. C'est le temps de la société contractuelle. C'est en ce sens et dans cet environnement que nous entendrons présenter successivement les sources du développement des modes alternatifs de règlement des conflits (**Section 1**), leur typologie (**Section 2**) ainsi leur fonction et leur rôle dans la pratique

---

<sup>809</sup> Les modes alternatifs amiables sont les modes qui ne se basent pas sur une logique juridictionnelle. Tandis que l'arbitrage, bien qu'il soit un mode alternatif du règlement des conflits, s'appuie sur une logique juridictionnelle incontestable.

<sup>810</sup> Force est de constater que l'arbitrage et la médiation existent dans la société arabe d'avant l'Islam et le droit musulman a reconnu leur validité comme modes de règlement des litiges qui naissent entre les membres de la société islamique. Nous y reviendrons plus loin.

<sup>811</sup> Sur l'arbitrage dans la tradition juive, voir François Xavier Licari, « L'arbitrage Rabbiniq, entre Droit Talmudique et Droit des Nations », *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 58.

<sup>812</sup> Jacques El-Hakim. « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 49 N°2, Avril-juin 1997, p. 347. Sur la médiation en droit musulman, voir Sélim Jahel, « Le concept de médiation dans l'Islam », *Revue internationale de droit comparé*, N° 1, 2017, p. 101 et s.

financière islamique moderne (**Section 3**).

## **Section 1. Aux sources du développement des modes alternatifs de règlement des litiges**

Depuis quelques décennies, on assiste au développement remarquable des modes alternatifs de règlements des litiges. Ces modes tendent à occuper une place de plus en plus importante dans la pacification des rapports sociaux et économiques. Ce phénomène s'observe presque dans les quatre coins du monde. Comment expliquer l'essor actuel de ces méthodes de règlement des conflits ? La réponse à cette question s'articule essentiellement autour de deux propositions : l'émergence d'une nouvelle conception de la justice (§1) et la crise de l'Etat et de sa justice (§2).

### **§1. Vers une nouvelle conception de la justice**

Tiraillé entre deux feux, le juge étatique assume une tâche très difficile lorsqu'il se trouve face à un litige en général, et à un litige de financement islamique en particulier. Le justiciable attend de lui des solutions, voire une intervention qui pourrait combler peut-être un vide juridique. En parallèle, la légitimité de l'intervention du juge s'affaiblit progressivement.

La gestion alternative des litiges relatifs à la finance islamique, fruit de l'autodétermination et du pluralisme, accentue ce phénomène. Emancipées des contraintes du formalisme étatique, les parties sont considérées comme capables d'aménager leurs propres règles de résolution des conflits. Ce contexte ne paraît guère favorable à la juridiction étatique puisque traditionnellement le procès s'impose comme un « phénomène d'institution et d'autorité »<sup>813</sup>. On constate « les désirs des justiciables de s'approprier non seulement leur propre conflit, mais aussi le processus de règlement lui-même »<sup>814</sup>. Dans ces conditions, une nouvelle conception de la justice semble émerger en mettant en question la physionomie ancienne de la fonction de juger. Cette mutation fondamentale, si elle se justifie par

---

<sup>813</sup> Loïc Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?, Mélanges Gérard Farjat, Frison-Roche, Paris, 2000, p. 23.

<sup>814</sup> Jean Van Compernelle, « Médiation et contentieux familial », in Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution, p. 49.

l'apparition d'une nouvelle approche de la justice (A), conduit inévitablement à l'élargissement du concept même de justice en permettant l'association du justiciable au processus de règlement du litige le concernant (B).

## **A)- L'émergence d'une nouvelle analyse de la justice**

A l'heure actuelle, la justice fait l'objet d'analyses nouvelles qui bouleversent sa compréhension traditionnelle. Celles-ci s'inspirent des approches économiques (1) et philosophiques (2) qui l'orientent vers une garantie effective des droits du justiciable (3).

### **1)- L'analyse économique de la justice**

Depuis quelques années, des concepts et terminologies économiques viennent enrichir le discours processualiste. Dans cette perspective, deux approches se développent<sup>815</sup>. D'inspiration purement économique, la première approche considère la justice comme un marché concurrentiel<sup>816</sup>. Dans sa version la plus extrême, qualifiée de « réductionniste »<sup>817</sup>, elle ouvre la porte à un « dumping judiciaire »<sup>818</sup> entre les différents Etats. Cette vision réserve une large place à la simplification excessive des procédures et de l'organisation judiciaire. Il s'agit en fait de s'imposer comme la justice la plus attractive<sup>819</sup>. Ici, la rationalité économique de l'acteur a la primauté sur la rationalité axiologique et symbolique qui caractérise l'action judiciaire. Il est vrai que l'observateur ne peut ignorer l'élément économique et que toute réforme doit tenir compte de données budgétaires. Néanmoins, l'analyse économique de la justice permet aussi d'insister sur la qualité de ce service public, sans pour autant le considérer comme un marché concurrentiel. La justice n'est alors plus assimilée à un marché ni soumise à ses règles. La procédure doit ménager la vocation de la

---

<sup>815</sup> Voir Bruno Deffains, V° Economie de la justice, in Dictionnaire de la justice, (sous la direction du Loïc Cadiet), Presses Universitaires de France, Paris, 2004.

<sup>816</sup> Bertrand Lemmencier, « L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée », *Justices*, n° 1, 1995, p. 135 et s.

<sup>817</sup> Expression empruntée à Loïc Cadiet, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », in *L'américanisation du droit*, APD, t. 45, 2001, p. 89.

<sup>818</sup> Loïc Cadiet, « Efficience versus équité ? », *Mélanges Jean Van Compernelle*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 25 et s.

<sup>819</sup> Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, n°3, 2001, p. 251 et s.

justice, une certaine équité ainsi que la réalisation des droits, et le principe d'efficience, proposé par les partisans de la théorie économique<sup>820</sup>. Ce principe d'efficience désigne une utilisation optimale des deniers publics afin de satisfaire au mieux la garantie des droits en évitant le gaspillage des dépenses publiques. Comme l'indique Loïc Cadiet, « un procès de qualité est un procès conforme à la fois aux principes d'équité et aux principes d'efficacité »<sup>821</sup>. Cette analyse économique de la justice sera enrichie d'une analyse philosophique.

## 2)- L'analyse philosophique

Les fondements philosophiques de la nouvelle conception de la justice trouve sa source d'inspiration dans les apports de la théorie de l'agir communicationnel. On présente souvent les nouveaux concepts de justice comme reposant sur la pensée développée par l'école de Francfort. Auteur dit de la « deuxième génération »<sup>822</sup>, Habermas systématise ce que l'on appelle un « paradigme procédural »<sup>823</sup>. Il critique à la fois la référence libérale classique, incapable d'appréhender les inégalités factuelles et le paradigme de l'Etat providentiel qui ignore le droit des personnes à l'autodétermination.

En effet, « la complexification du monde » bat en brèche la domination de ce dernier modèle tout en le plongeant dans une crise de légitimité. Selon Habermas, le monde complexe appelle une régulation qui, dans un cadre de l'Etat providentiel passe par un développement de la machine administrative. Au fur et à mesure que cette machine se développe, sa légitimité démocratique s'efface derrière l'instrumentalisation. Dès lors, la légitimité de cet essor est atteinte et engendre une inefficacité souhaitée. En raison de leurs défauts intrinsèques, les deux modèles classiques ne jouissent pas d'une véritable légitimité<sup>824</sup>. Le paradigme procédural préconisé conditionne l'avènement d'une « démocratie radicale », où le droit et, par voie de conséquence, la justice bénéficient d'une pleine légitimité grâce à des « procédures et conditions communicationnelles (qui) permettent de former l'opinion et la

---

<sup>820</sup> Guy Canivet, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drai, p. 243.

<sup>821</sup> Loïc Cadiet, « Efficience versus équité ? », Mélanges Jean Van Compernelle, op. cit, n° 9.

<sup>822</sup> Gilbert Hottois, *De la renaissance à la postmodernité, une histoire de la philosophie moderne et contemporaine*, Editions De Boeck, 1998, p. 381.

<sup>823</sup> Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, Editions Gallimard, Paris, 1992, p. 415.

<sup>824</sup> Ibid. p. 456.

volonté par la discussion »<sup>825</sup>.

Les espaces publics politiques accroissent la participation des citoyens et renforcent la légitimité du droit issu de ce processus délibératif. Force est de constater que cette place centrale de la discussion n'est pas seulement l'apanage d'Habermas. D'autres auteurs ont également mis l'accent sur le rôle primordial de la discussion. Ainsi Perelman a pu insister sur la place de l'argumentation dans ce qu'il nomme la nouvelle rhétorique<sup>826</sup>. En effet, la pensée d'Habermas présente un ensemble de notions qui se retrouvent en matière de justice amiable : la discussion et la communication permettent d'assurer un haut degré de légitimité à la règle issue de cette procédure et dès lors d'assurer une réalisation effective des droits personnels. Dans ce sens, on assiste à l'émergence de l'idée selon laquelle la procédure peut être considérée comme une source de légitimation.

Par ailleurs, la justice amiable, du fait qu'elle insiste sur la participation des justiciables au processus décisionnel, permet de contrecarrer les critiques adressées à la science juridique. Certains auteurs ont considéré que le droit s'impose comme un instrument de domination. C'est le cas notamment de Foucault, pour qui la loi « se réfère toujours au glaive » en engendrant un système de contrôle sur les individus<sup>827</sup>.

Ces théories qui considèrent le droit comme un processus de domination au profit des intérêts des dominants repose sur l'idée conceptualisée par Pierre Bourdieu selon laquelle le droit constitue un champ social autonome. La justice amiable permet de briser cette prétendue autonomie du champ juridique selon laquelle « le champ juridique réduit ceux qui, en acceptant d'y entrer, renoncent tacitement à gérer eux-mêmes leur conflit (par le recours à la justice ou à un arbitre non officiel ou par la recherche directe d'une solution à l'amiable) à l'état de client des professionnels ; il constitue les intérêts pré-juridiques des agents en causes judiciaires et transforme en capital la compétence qui assure la maîtrise des ressources juridiques exigées par la logique du champ »<sup>828</sup>. Cela étant, l'analyse philosophique de la justice pose donc la question de la qualité de ce service public.

---

<sup>825</sup> Ibid. p. 466.

<sup>826</sup> Chaïm Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2001.

<sup>827</sup> Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. 1, Gallimard, 1976, p. 287.

<sup>828</sup> Pierre Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 64, 1986, p. 11.

### 3)- L'effectivité des droits du justiciable

L'effectivité des droits du justiciable s'impose comme l'une des principales vocations de la justice dans un Etat de droit. En effet, la lenteur de la justice étatique pourrait affecter la protection effective des droits des personnes, puisqu'elle permettrait à l'une des parties au litige dans certaines circonstances d'organiser de manière frauduleuse son insolvabilité en mettant en échec la légitimité des prétentions de l'autre partie. Ce problème doit notamment être combattue pour l'entrave qu'elle érige face à la réalisation des droits du justiciable<sup>829</sup>.

C'est pourquoi, un effort a été amorcé en vue de trouver une solution à ce problème et de mettre en place de nouveaux mécanismes permettant la réalisation des droits et la protection des intérêts des personnes contre les pratiques déloyales de toutes sortes. L'espoir a été mis dans les modes alternatifs de règlement des litiges. En cherchant une justice rapide et efficace, les justiciables commencent à s'orienter de plus en plus vers ces techniques qui offrent, du fait de leur célérité, une garantie efficace de la protection de leurs droits. En réalité, la mise en place d'une justice qui réalise effectivement les droits ne signifie nullement pas que toutes les demandes doivent être satisfaites. Cette effectivité passe nécessairement à travers une juste appréciation du bien-fondé des prétentions opposées.

Par ailleurs, le droit à l'exécution de la décision s'inscrit dans la même logique. Du fait de son caractère « imposé » ou non négocié, la décision judiciaire est susceptible d'être non exécutée volontairement par l'intéressé, ce qui nécessite l'intervention de la puissance publique pour assurer l'exécution forcée de la décision rendue. Ces difficultés éventuelles dans l'exécution de la décision judiciaire ont des incidences négatives sur la réalisation effective des droits du justiciable.

C'est la raison pour laquelle la solution amiable se trouve de plus en plus sollicitée par les membres de la société pour échapper au risque d'inexécution inhérent à toute solution imposée. Comme l'indique le conseiller Gridel, « Il est pertinent de penser que toute solution donnée à un litige présente davantage de chances d'être volontairement exécutée lorsque les parties ont été associées à son élaboration et se sont résignées à son contenu »<sup>830</sup>. Les situations financières, caractérisées par une altérité particulière, constituent le terrain

---

<sup>829</sup> Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Editions Sirey, Paris, 1948, n° 31 et 36. Sur la célérité comme condition de la réalisation effective des droits, Didier Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, Paris, 2006, n° 63 et s.

<sup>830</sup> Jean-Pierre Gridel, « Regards sur le juge aux affaires familiales », Litec, Paris, 2001, p. 4.

d'élection des solutions négociées. Dès lors, comment un tiers extérieur pourrait-il comprendre les enjeux intimes du conflit financier, notamment du conflit financier islamique ? Dans ce type d'affaires qui reposent sur des fondements religieux et éthiques, une exacte pondération des intérêts en présence est alors indispensable. Elle conditionne l'acceptation du jugement par les justiciables<sup>831</sup>.

Selon Dekeuwer-Défossez, « l'expérience a, en effet enseigné que les mesures décidées d'un commun accord sont de meilleure qualité et mieux respectées et que la justice est donc plus efficace lorsqu'elle homologue un accord que lorsqu'elle impose ex nihilo une solution extérieure » aux parties<sup>832</sup>. Ces éléments montrent que l'essor remarquable des modes alternatifs de règlement des litiges s'explique en partie par la recherche d'une solution qui permette de contourner le risque d'inexécution. Par leur participation à la création de la solution, les parties seront en mesure de la respecter volontairement. De ce point de vue, la bonne exécution de la décision apparaît comme un instrument important de la réalisation effective des droits des parties.

## **B)- Un concept de justice élargi : vers une justice plus proche des parties**

L'expansion spectaculaire des modes alternatifs de règlement des litiges est intimement liée à l'association des parties au processus décisionnel et à l'impératif de la création d'une justice plus proche des individus et de leurs attentes. En effet, l'association des parties au règlement du litige qui les oppose contribue assurément à favoriser l'efficacité de la décision prise. Il s'agit de susciter l'adhésion des parties à la solution par une participation dont l'intensité varie en fonction de la technique employée. De ce point de vue, la justice amiable apparaît comme une justice assurant la notion de civilité, c'est-à-dire le vouloir vivre ensemble au quotidien<sup>833</sup>.

Ainsi en face d'une « justice imposée » apparaît une « justice négociée », une justice conventionnelle ou contractuelle. C'est le temps de la participation des citoyens à la fonction

---

<sup>831</sup> Loïc Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, 1998, p. 99.

<sup>832</sup> Françoise Dekeuwer-Défossez, « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », p. 177.

<sup>833</sup> Jean Charbonnier, « Regards sur la codification de la procédure civile », in *Colloque sur les 20 ans du NCPC*, décembre 1997, La documentation française, Paris, 1998, p. 117.

de juger<sup>834</sup>. Dans la conception étatique de la justice, le règlement du litige repose sur une décision unilatérale d'un tiers institué par la puissance publique. Ici, la volonté des parties ne détermine ni la désignation de ce tiers ni le contenu de la solution. A la différence de cette conception, la justice alternative postule la participation des parties au règlement du litige qui les oppose ; elle s'appuie sur la négociation et le dialogue entre les intéressés. Les parties ne sont alors plus les spectateurs passifs de la solution judiciaire. Elles deviennent acteurs et auteurs du contenu de la décision les concernant. Et c'est grâce à cette participation active qu'une conciliation des intérêts en présence puisse être envisagée. On suppose en effet que les parties sont les meilleures « juges » de leurs propres intérêts<sup>835</sup>.

Les modes alternatifs de règlement des litiges s'affirment ainsi comme le creuset d'un véritable pluralisme juridique, ce dernier mettant l'accent sur « l'existence au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »<sup>836</sup>. De ce point de vue, le phénomène doit être mis en perspective avec la dérèglementation<sup>837</sup>. Comme le rappelle Mireille Delmas Marty, « Par rapport à la conception classique d'une réglementation juridique imposant le strict respect des règles précises, obligatoires et hiérarchisées, une telle prolifération peut être considérée comme une dérèglementation dans la mesure où la norme étatique est en recul [...] »<sup>838</sup>.

Toutefois, certains auteurs considèrent qu'il est excessif d'interpréter ce recul comme une baisse de la pression juridique. Il est bien plutôt le signe d'un déplacement du droit à travers un retrait de l'État ou du moins une modification de ses modalités d'intervention. On évoque à ce sujet le passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, d'une régulation de type autoritaire à une régulation de type contractuel<sup>839</sup>. Dans ces conditions, on assiste au rapprochement de la justice vers les parties. Une sorte de justice de proximité voit le jour. Ce rapprochement se vérifie aussi bien au niveau matériel et formel (1), qu'au niveau social (2). C'est sans doute ce qui explique le mieux l'attraction qu'exercent les modes alternatifs de règlement des litiges sur les sociétés contemporaines. De nombreuses voix

---

<sup>834</sup> Vincent Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Lextenso Editions, Paris, 2010, p. 128.

<sup>835</sup> Ibid. pp. 128-129.

<sup>836</sup> Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », RRJ, Droit prospectif, PUAM, 1993-2, p. 574.

<sup>837</sup> Jacques Chevallier, « Les enjeux de la dérèglementation », RDP, 1987, no 2, p. 281.

<sup>838</sup> Marie Delmas Marty, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des gardes-fou ? », in, *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 211.

<sup>839</sup> Antoine Pirovano, *Changement social et droit négocié, de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Economica, Paris, 1988.

réclament actuellement une justice plus proche des justiciables, c'est à dire plus accessible, plus présente et surtout plus lisible. Autant d'attentes auxquelles le règlement alternatif est susceptible de répondre.

### **1)- Une proximité matérielle et formelle**

N'étant pas soumis aux contraintes liées à l'espace et au temps judiciaire, les modes alternatifs de règlement des litiges n'ont pas à en respecter les exigences. Ils ont ainsi les moyens de sortir du tribunal et d'irriguer les espaces sociaux les moins accessibles. Par proximité matérielle, il faut entendre le rapprochement des lieux de règlement du litige et l'évitement du déplacement des justiciables, ainsi que les contraintes qui en découlent. C'est le cas également en ce qui concerne le temps. En effet, ce dernier s'adapte à la spécificité de chaque contentieux et aux démarches que réclame l'élaboration d'une solution négociée<sup>840</sup>.

La proximité matérielle se manifeste par la possibilité offerte aux parties de régler directement leur litige sans avoir besoin de faire appel à l'intervention d'un tiers vis à vis duquel elles seraient appelées à se rapprocher. On notera que le contact direct et la négociation entre les parties en cause se trouve largement facilités par le développement remarquable des moyens de communication et d'information comme l'Internet par exemple<sup>841</sup>. Depuis quelques années, en effet, on assiste à une véritable floraison de sites opérationnels proposant des services de règlement non juridictionnel des litiges « en ligne». « Il s'agit de processus de médiation ou de conciliation utilisant les ressources des nouvelles technologies de l'information et de la communication et qui permettent ainsi aux parties en litige de résoudre leurs différends depuis leur poste d'ordinateur relié au réseau Internet »<sup>842</sup>.

Cette possibilité offerte aux parties d'élaborer une issue négociée en évitant le déplacement ne se limite pas aux techniques de règlement direct des litiges. Elle peut être également constatée dans le cadre d'intervention des tiers médiateurs ou conciliateurs. Dans ce cas, la réalisation d'une solution amiable peut alors se faire par un échange de courriers

---

<sup>840</sup> Eric Camous, « Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité? », *Gazette du Palais*, n°303, 2003, p. 5 et s.

<sup>841</sup> Thibaut Massart, « la médiation au service d'internet », *Petites Affiches* du 26 août 2002, p. 31.

<sup>842</sup> Fabrice Siirainen, « Quelques réflexions sur les MARC (modes alternatifs de résolution des conflits) en ligne dans le commerce électronique », in, J.-B. Racine, *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits*, pluralisme du droit, L'Hermès, 2002, p. 131.

auprès d'un tiers dont la mission consiste uniquement à formuler un avis. Les parties restent totalement libres pour en suivre les recommandations ou saisir le juge. Ainsi, en recourant aux modes alternatifs de règlement des litiges, les parties peuvent s'exprimer sans avoir à en subir les contraintes géographiques. Cette proximité matérielle du règlement alternatif s'accompagne d'une proximité temporelle qui concourt à un meilleur ajustement des démarches entamées en vue de la réalisation d'une solution négociée et acceptée<sup>843</sup>.

La proximité temporelle des modes alternatifs de règlement des litiges se manifeste par leur capacité à répondre aux attentes des parties et aux spécificités des contentieux concernés. Ces techniques se caractérisent alors par leur capacité à comprimer le temps. En effet, deux facteurs expliquent cette situation. Le premier est lié à la nature contractuelle des techniques développées. Le second réside dans la volonté des parties de mettre rapidement un terme au litige.

Quelle que soit la technique utilisée (échange direct entre les parties en cause ou intervention d'une tierce personne encadrant la démarche), les modes alternatifs de règlement des litiges sont de nature fondamentalement contractuelle. En effet, la solution négociée trouve son origine et son fondement dans l'échange des consentements des parties. Or le contrat est émancipé des contraintes procédurales qui rythment l'instance. Techniquement, la procédure contentieuse repose sur des principes supérieurs qui dépassent la seule volonté des parties. Le respect du contradictoire et des droits de la défense, celui de l'égalité des armes imposent des contraintes que ne connaît pas, en tant que tel, le droit des contrats<sup>844</sup>. Comme l'a fait remarquer Xavier Lagarde, « D'un point de vue pratique, l'absence de respect des formalités procédurales est une absolue nécessité. D'une part parce que ces formalités n'ont pas été conçues dans la perspective d'un règlement négocié du litige, d'autre part parce qu'en tout état de cause, une négociation s'accommode mal d'un carcan procédural »<sup>845</sup>.

Bien entendu, cela ne veut bien par dire que le règlement amiable est le résultat d'accords spontanés. Dans la plupart des cas, il est le fruit d'un processus. Toutefois, ce dernier renvoie aux pourparlers contractuels et non au débat judiciaire. Même en cas d'intervention d'un tiers, ce sont les parties qui ont la totale maîtrise du temps. Or ce dernier

---

<sup>843</sup> Eric Camous, « Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité? », Gazette du Palais, n°303, 2003, p. 5.

<sup>844</sup> Ibid.

<sup>845</sup> Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », Rev. arb., 2001, p. 433.

a, au regard des modes alternatifs, vocation à raccourcir. En effet, le temps qui s'écoule provoque des préjudices considérables aux relations entre les parties<sup>846</sup>.

De plus, dans certaines circonstances, le litige génère un coût particulièrement élevé pour les parties concernées. C'est notamment le cas dans le domaine financier et économique. Un litige entre deux entreprises peut être particulièrement onéreux, notamment lorsqu'elles se trouvent liées par des accords de longue durée. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les dérives procédurales de la justice étatique ont coïncidé avec le succès des modes alternatifs en ce domaine. Cela explique le recours récemment augmenté des opérateurs économiques et financiers aux techniques plus souples et donc plus rapides<sup>847</sup>.

Cela étant, la proximité matérielle et temporelle des modes alternatifs de règlement des litiges est donc indéniable et constitue aujourd'hui l'un de leurs principaux attraits. C'est toutefois dans leur capacité à se rapprocher du corps social qu'ils expriment sans doute leur plus grande richesse.

## **2)- Une proximité sociale**

Certains auteurs interprètent le phénomène de juridictionnalisation des contentieux comme le signe d'une confiscation des litiges par le corps judiciaire, autrement dit par le pouvoir étatique<sup>848</sup>. Les litiges ne connaîtraient d'autres formes d'expression que celles que propose le droit « étatique » et ne pourraient trouver d'autre mode de règlement qu'à travers l'intervention de son juge. A l'inverse, les modes alternatifs de règlement des litiges sont présentés comme une forme de réappropriation du traitement des conflits par le corps social lui-même. Leur expansion est de nature à favoriser des formes originales de régulation sociale propres à favoriser un rapprochement relationnel **(a)** et normatif **(b)** de la justice vers le justiciable.

---

<sup>846</sup> Charles Jarrosson, « La médiation et la conciliation : essai de présentation, Rev. Droit et patrimoine, décembre 1999, n<sup>o</sup> 77, p. 41.

<sup>847</sup> Eric Camous, « Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité? », Gazette du Palais, n<sup>o</sup>303, 2003, p. 5 et s.

<sup>848</sup> Jean-Pierre Bonafe-Schmitt, « La part et le rôle joués par les modes informels de règlements des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (étude comparative France-USA) », Revue Droit et Société, 1987, n<sup>o</sup> 6, p. 267

### ***a)-Le rapprochement relationnel opéré par les modes alternatifs de règlement des litiges***

La recherche d'une solution négociée a pour conséquence d'impliquer personnellement les parties concernées. En effet, même avec l'existence d'un tiers chargé de rapprocher leurs points de vue, les parties ne peuvent laisser à ce dernier le soin de décider à leur place. C'est pourquoi, les démarches appliquées s'écartent nécessairement du cadre relationnel qui gouverne le procès étatique. Dans un procès, les débats ne visent pas à convaincre la partie adverse mais le magistrat. Le but n'est pas de trouver un terrain d'entente mais de développer une argumentation propre à emporter la conviction de celui qui est appelé à prononcer la décision.

Cela conduit nécessairement à stigmatiser l'attitude de la partie adverse, à pointer ses torts et ses défaillances. Il ne s'agit donc pas de communiquer, mais de convaincre celui qui décidera de l'issue du litige. Une issue qui se fera impérativement conformément aux règles juridiques en vigueur dans l'Etat auquel il appartient. Bien que la décision judiciaire puisse mettre un terme à la controverse juridique, il n'est absolument pas certain qu'elle tarisse définitivement la source du contentieux. On peut difficilement imaginer que trois années de procédure puissent mettre fin à un conflit qui dure depuis des années. Faute de communication, le conflit risque de connaître toujours des incidences sociales qui pourront se manifester à tout moment. Or c'est justement cette communication que les modes alternatifs de règlement des litiges ont tendance à promouvoir<sup>849</sup>.

Cela permet aux parties concernées de « discuter, de négocier entre elles ou par l'intermédiaire d'un tiers en vue de parvenir à un accord mettant fin à leur conflit. C'est d'ailleurs en ce sens qu'interviennent les médiateurs ou les conciliateurs. Le tiers sollicité dans le cadre des MARC agit comme présence relationnelle qui a conçu la création possible d'un lien et qui le réalise. Qu'il soit médiateur ou conciliateur, le tiers intervenant est donc tenu d'organiser les échanges entre les parties dans l'espoir que celles-ci parviendront à rapprocher leurs points de vue respectifs »<sup>850</sup>. C'est pourquoi il est généralement présenté comme le «

---

<sup>849</sup> Eric Camous, « Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité? », Gazette du Palais, n°303, 2003, p. 5 et s.

<sup>850</sup> Estelle Girardo-Rouhette, « La mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits : une mission aux contours incertains », in J.-B. Racine, *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, op. cit., p. 36 .

maître d'œuvre de l'élaboration d'une solution consensuelle »<sup>851</sup>, invité à « retisser un lien distendu entre les parties »<sup>852</sup>. Son rôle consiste à écouter, apaiser les passions, éclairer les prétentions respectives, rétablir le dialogue autour de propositions, de solutions susceptibles de rapprocher les parties<sup>853</sup>.

Il convient de noter que le rôle de l'intervention et l'étendue de sa mission varie en fonction de la nature spécifique de chaque contentieux.

Comme les contentieux économiques et financiers où le conflit a pour objet le plus souvent un droit dont l'un se réclame titulaire et que réfute l'autre. L'intervention des tiers vise bien plus à trouver une solution qui satisfasse les parties qu'à organiser une discussion entre elles, même si la discussion s'avère nécessaire pour y arriver.

Les vertus de la discussion et du dialogue mutuel trouvent un terrain privilégié dans le domaine des contentieux relatifs au statut personnel et familial. Dans cette perspective, « la médiation fournit aux parties des normes de décisions qui pourront être utilisées pour le règlement des difficultés ultérieures suscitées par le nouveau fonctionnement familial »<sup>854</sup>. Mais, ces normes ne sont pas nécessairement celles auxquelles se réfèrent les juridictions étatiques dans la construction leurs jugements. C'est en effet le propre des modes alternatifs de règlement des litiges que de permettre à leurs auteurs de s'accorder à partir d'autres règles que celles auxquelles se réfère le juge dans la motivation de sa décision.

### ***b)- Le rapprochement normatif opéré par les modes alternatifs de règlement des litiges***

Si la norme juridique étatique peut être appelée à servir à la construction d'une solution négociée et conventionnelle, son interprétation peut être laissée à la volonté des parties concernées. Il peut, à titre d'exemple, arriver que des notions comme l'intérêt de la personne ou la faute reçoivent une interprétation différente de celle qui s'applique devant le juge étatique. Mais surtout il est tout à fait possible aux parties de se référer à d'autres normes

---

<sup>851</sup> Dorvaux, Leveel, Benmaad, « La médiation pénale : bilan d'application et perspectives d'évolution (Etude pratique dans le ressort de Toulon et de Draguignan pour les années 1996 à 1999) », in, J.-B. Racine, *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, op. cit., p. 273.

<sup>852</sup> Alain Pekar Lemrereur, « Structuration et rôle du processus dans les compétences de médiation : le cas du notaire médiateur », *Droit et patrimoine*, no 77, décembre 1999, p. 62.

<sup>853</sup> Eric Camous, « Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité? », *Gazette du Palais*, n°303, 2003, p. 5 et s.

<sup>854</sup> Lucienne Topor, *La médiation familiale*, Que sais-je ?, 1992, p. 94.

que celles qui guident le travail de la justice étatique. Dès lors, elles peuvent faire accéder à la vie juridique des règles sociales qui sont, à leurs yeux, plus proches de leurs préoccupations et de leurs intérêts et plus favorables au règlement de leur litige. En témoigne, notamment, le rôle important joué par la notion d'équité.

En effet, le recours à l'équité constitue une pratique constante dans l'activité de ceux qui interviennent dans le domaine des modes alternatifs de règlement des litiges. Ainsi il est indiqué, selon les procédures de médiation proposées, que «le médiateur imagine des solutions équitables et acceptables à ces situations conflictuelles»<sup>855</sup> ou encore, les avis du « médiateur» sont rendus « en droit ou en équité»<sup>856</sup>.

Bien plus, la présence de l'équité peut être constatée même en l'absence de tout texte y faisant référence expresse. Cette place éminente accordée à l'équité n'est pas surprenante dans la mesure où cette notion entretient des relations étroites avec les modes alternatifs de règlement des litiges. Il s'agit d'une notion fondamentalement subjective. Elle partage avec le règlement amiable le même fondement : la subjectivité. «Qu'il s'agisse de l'analyse retenue par Aristote ou de celle développée par Saint Thomas d'Aquin, l'objet du recours à l'équité est double : garantir une justice individualisée mais aussi rechercher un équilibre entre des intérêts divergents, en se fondant sur les spécificités directement liées aux personnes concernées. En tant que notion fondée sur l'idée de conciliation, cette acception permet de préciser la nature de la notion et ne peut s'imposer qu'en fonction des circonstances de chaque cas »<sup>857</sup>. Elle constitue donc la meilleure garantie d'un traitement pour chaque individu en déterminant dans chaque situation particulière, les conditions d'un équilibre durable.

A partir de là, l'équité peut parfaitement se libérer de la référence au droit positif et reposer uniquement sur l'esprit du juste qui caractérise ceux qui en font usage. C'est ce qui explique qu'elle se réclame du droit naturel, ou de la raison, soit moins pompeusement de la morale soit tout simplement du sens commun, d'une sorte d'évidence à la fois logique et sentimentale<sup>858</sup>. Et c'est bien cette évidence que cherchent à faire triompher ceux qui s'investissent dans la recherche d'une solution négociée. Il s'agit de substituer à une légalité abstraite, dépersonnalisée, une justice plus humaine, plus conforme aux intérêts et préoccupations de chacun et dans laquelle les justiciables puissent se reconnaître plus

---

<sup>855</sup> Article 1.2, alinéa 3 du protocole d'accord du 8 février 1995 relatif au médiateur de la Poste français.

<sup>856</sup> Article 3, alinéa 6 du protocole sur la médiation au sein du GEMA.

<sup>857</sup> Christophe Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Paris, 2000, p. 13.

<sup>858</sup> Sur la question de l'équité, voir Vincent Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Lextenso Editions, Paris, 2010, p. 128 et s.

facilement. L'équité que certains systèmes juridiques avaient violemment rejetée retrouve ainsi, dans les modes alternatifs de règlement des litiges, un terrain particulièrement fertile à son expansion. Il en va de même des codes de bonne conduite privés.

Depuis longtemps, la doctrine et plus particulièrement celle du droit économique s'est faite l'écho d'une expansion de normes non étatiques dont les codes de bonne conduite privés sont certainement l'illustration la plus remarquable<sup>859</sup>. Il s'agit en effet d'un « ensemble d'engagements adoptés par une entreprise ou un groupe d'entreprises privées, rassemblés dans un document unique appelé indifféremment code, charte ou guide et qui présentent la caractéristique de ne pas être formellement obligatoire »<sup>860</sup>. Appartenant au domaine privé, ces codes ont un caractère purement volontaire. L'essor de ce phénomène s'explique par diverses raisons. Certaines expriment le souci des professionnels de faire leur propre police afin d'éviter l'intervention législative ou réglementaire de l'Etat. L'objectif est de convaincre les autorités publiques des vertus de l'autorégulation professionnelle et éviter ainsi d'aggraver une inflation normative étatique qui ne cesse d'être dénoncée<sup>861</sup>.

Ces codes ont vocation à exprimer les préoccupations éthiques que nourrit la vie des affaires. En effet, il apparaît que « conjuguer éthique et stratégie dans les entreprises les plus performantes du monde devient la condition d'une réussite durable. C'est la redécouverte fracassante d'une vérité aussi vieille que le monde des marchands : la confiance produit de la valeur ajoutée »<sup>862</sup>.

Concrètement, l'expansion rapide des codes de bonne conduite est certainement liée à l'avantage concurrentiel qu'ils sont censés apporter à l'entreprise ou à la profession concernée. Il est bien établi que « l'objectif le plus immédiat des codes est sans doute de normaliser l'activité professionnelle à l'égard de la clientèle, mais il s'agit sans doute plus de la clientèle virtuelle ou potentielle que de la clientèle déjà acquise. En fait c'est surtout le public, dans son ensemble, qui est visé. Mais il arrive qu'une activité professionnelle dépende de l'accueil que lui réservent des tiers, les pouvoirs publics [...] l'opinion publique. Le code de conduite apparaît essentiellement comme un instrument de promotion d'une activité économique »<sup>863</sup>. C'est à la lumière de ces données que l'on peut aisément comprendre le lien étroit établi entre

---

<sup>859</sup> Gerard Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », Mélanges B. Goldman, p. 47.

<sup>860</sup> Jean-Baptiste Racine, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », op. cit., p. 410.

<sup>861</sup> Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, Paris, 1986, p. 134.

<sup>862</sup> Diener, « Ethique et droit des affaires », 1993, chr., p. 18.

<sup>863</sup> Gerard Farjat, op. cit., p. 47.

le développement des codes de bonne conduite et la montée d'un discours relatif à la qualité des produits et services auquel les entreprises sont de plus en plus sensibles.

Bien qu'elles aient suscité un certain nombre de réserves<sup>864</sup>, ces explications permettent d'appréhender le phénomène de normalisation professionnelle actuellement en cours. Or ces normes consacrées par les codes de bonne conduite sont fréquemment exploitées par les opérateurs économiques dans les débats que nourrit la recherche d'une solution négociée ou dans les avis que formulent les médiateurs sollicités. Elles expriment ainsi un souci d'autorégulation largement mis en lumière par la doctrine contemporaine. A cet égard, les normes édictées par l'AAOIFI<sup>865</sup> en matière de finance islamique s'inscrit dans la même logique. En effet, ces normes, qui jouent actuellement un rôle très important dans la régulation de ce secteur et la résolution de ses litiges, visent à réglementer les activités financières islamiques en dehors des cadres juridiques étatiques.

Cela étant dit, le développement des modes alternatifs de règlement des litiges apparaît aussi comme une réponse logique à la crise de l'institution étatique.

## **§2. Les modes alternatifs comme réponse à la crise de l'Etat et de sa justice**

Le développement remarquable des modes alternatifs de règlement des conflits tient à l'effet conjugué de ce que la plupart des auteurs appellent la crise de la justice étatique. Cette crise est depuis longtemps constatée par la doctrine comme par la pratique. Elle est principalement liée à l'explosion du contentieux judiciaire et à l'encombrement des rôles des juridictions qui en sont les conséquences. Les juridictions éprouvent les plus grandes difficultés à faire face à la montée de la demande judiciaire. La durée des procédures s'allonge au point de faire douter de leur efficacité<sup>866</sup>. Le phénomène est universel et affecte presque toutes les sociétés de la planète<sup>867</sup>.

Des réformes ont pourtant été entreprises afin d'adapter l'appareil judiciaire étatique aux défis contemporains. Le recours au juge unique s'est amplifié, en même temps que la

---

<sup>864</sup> Eric Camous, « Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité? », *Gazette du Palais*, n°303, 2003, p. 5 et s.

<sup>865</sup> Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions.

<sup>866</sup> Eric Camous, *Règlements non-judicieux des litiges de la consommation. Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, LGDJ, Paris, 2002, p. 2.

<sup>867</sup> Céline Slobodansky, « Quand la médiation vient au secours des chefs d'entreprise », *LPA*, 2013, N° 246, p.3

procédure s'est modernisée<sup>868</sup>. On ne compte plus les modifications, les transformations mises en œuvre afin d'accélérer le rythme du procès. Autant d'initiatives dont la réalisation ne semble cependant pas être à la hauteur des enjeux qui les sous-tendent. Il est par conséquent logique que le contentieux se dirige vers d'autres sphères moins encombrées et mieux à même de répondre aux attentes exprimées. Même l'Etat s'est activement engagé dans cette voie, c'est-à-dire dans la voie de la mise en place des modes non-judicieux de règlement des litiges<sup>869</sup>. En effet, les législateurs dans beaucoup d'Etats ont mis en œuvre différentes réformes visant à promouvoir les différents modes alternatifs de règlement des litiges. La conciliation et la médiation en sont les manifestations les plus emblématiques<sup>870</sup>.

En dépit de leur importance, les difficultés de la justice étatique revêtent néanmoins un caractère clairement pragmatique, voire opportuniste. Ces handicaps dont souffre la justice étatique ne sont, en réalité, que la conséquence ou le résultat d'un phénomène encore beaucoup plus profond qui touche cette fois-ci à l'évolution des modes de régulation sociale, c'est-à-dire à la structure même de la société moderne. En effet, l'Etat s'est progressivement affaibli et, par conséquent, la loi étatique a cessé d'être le centre de l'univers juridique. Elle est désormais concurrencée par d'autres normes, que ce soit d'origine internationale ou interne<sup>871</sup>. Ce déclin de l'hégémonie de l'Etat et de son droit est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et de la justice en particulier. Il offre aux acteurs de la vie économique et sociale de nouveaux espaces de liberté juridique qu'investissent conventions et contrats de toutes sortes<sup>872</sup>. Dans ce contexte, on est progressivement passé d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, d'un ordre juridique construit par le haut à un ordre juridique construit par le bas. Il convient de noter que ces éléments ont été approfondis dans les développements antérieurs.

---

<sup>868</sup> Serge Guinchard, « L'ambition d'une justice civile renouvelée : commentaire du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 », *Droit 1999, Chronologie*, p. 65.

<sup>869</sup> Bernard Brunet, « Les modes alternatifs de règlement des litiges, quelques propos sur la réforme de la justice et du droit », *G. P.* 21-22 décembre 1997, doctrine, p. 2.

<sup>870</sup> Charles Jarrosson, « Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaire de la loi du 8 février 1995 », *Revue de l'arbitrage*, n°2, 1995, p. 219.

<sup>871</sup> Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit. p. 4.

<sup>872</sup> Pirovano (sous la direction de), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988.

## Section 2. Typologie des modes alternatifs de règlement des conflits

Il existe aujourd'hui de nombreux modes alternatifs de règlement des litiges. Selon Jacques El-Hakim, on recense aux États-Unis d'Amérique près de quatre-vingt modes différents de règlement des conflits<sup>873</sup>. Mais dans la pratique, la plupart de ces méthodes reposent sur l'intervention d'une tierce personne (personne physique ou institution) qui tente de rapprocher les points de vue des parties en vue de trouver une solution qui satisfasse les intérêts essentiels réciproques et mette fin à leur litige. Dans cette perspective, nous nous limiterons à l'étude de quelques modes qui nous semblent très importants. Il s'agit de la négociation (§1), de la transaction (§2), de la médiation et la conciliation (§3) et de l'expertise (§4).

### §1)- La négociation

La négociation en tant que mode amiable de règlement des litiges repose sur les initiatives personnelles des parties. Ce sont elles qui tranchent leurs différends, sans l'aide ou l'intervention d'une tierce personne. La plupart des législations nationales n'ont pas donné une définition précise de la notion de négociation. Bien que certains instruments de règlement des différends régionaux et internationaux l'adoptent parmi d'autres modes de règlement, mais aucune précision n'a été apportée par ces instruments sur le contenu de la négociation. En l'absence d'une telle définition, c'est à la doctrine que revient la tâche de déterminer ce qu'est la négociation. Selon le professeur Grigore Geamanu, la négociation peut être définie comme « un processus d'examen par des moyens pacifiques d'un différend ou d'une situation internationale afin de promouvoir ou d'arriver à une certaine entente, amélioration, ajustement ou règlement entre les parties impliquées ou intéressées »<sup>874</sup>. D'autres auteurs ont donné des définitions de la négociation très proches de la définition précédente. Ils mettent l'accent sur les éléments de volonté commune et de concession réciproque à travers lesquels les parties au litige tentent de trouver une solution amiable à leur différend<sup>875</sup>.

---

<sup>873</sup> Jacques El-Hakim. « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », art. cit, p. 348.

<sup>874</sup> Grigore Geamanu, « Théorie et pratique des négociations en droit international », RCADI, 1980- I, p. 401.

<sup>875</sup> Charles Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC, N° 2-1997, p. 325., Jacques el-Hakim, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats »,

De manière générale, la négociation peut se réaliser à travers des entretiens, des communications, des dialogues, soit directs entre les parties elles-mêmes (en cas de différends entre personnes physiques), soit indirects par les représentants des parties. Quelle que soit la forme qu'elle peut prendre (directe ou indirecte), la négociation en tant que mécanisme amiable de règlement des litiges consiste en la réunion des parties au litige d'une telle façon qu'elles puissent envisager les solutions possibles à partir des propositions et contre-propositions basées sur les revendications de chacune d'elles. Pour M. Kaufman, « la négociation est la somme totale des conversations et des contrats ayant pour but de régler des conflits ou d'œuvrer vers les objectifs communs d'une discussion »<sup>876</sup>.

A vrai dire, la négociation apparaît comme la première étape dans le processus de règlement pacifique des conflits, qu'ils soient publics ou privé, nationaux ou internationaux. Par exemple, la négociation est définie de manière identique en droit international public et en droit international privé. C'est l'article 2 § 3 de la Charte des Nations Unies qui proclame : «Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger ». Dans le même ordre d'idées, l'article 33 précise : « Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix »<sup>877</sup>.

A la lumière de cet article, on remarque que la négociation a été placée au début des modes amiables de règlement des conflits. Ceci montre que les rédacteurs de la Charte des Nations Unies ont voulu accorder une place privilégiée à cette technique parmi les modes alternatifs de règlement des litiges. Cette place semble tout à fait logique, car le recours à la négociation constitue le préalable indispensable qui précède toutes les tentatives de règlement d'un litige par d'autres voies comme la médiation ou l'arbitrage par exemple. Cette primauté donnée à la négociation s'explique, d'une part, par la volonté des concepteurs de la Charte de permettre aux parties au litige d'éviter le recours aux autres voies de règlement qui sont plus

---

RIDC, N° 2- 1997, p. 347., Georges Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », RIDC, N° 2- 1997, p. 313

<sup>876</sup> Cité par Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 2013, p. 254.

<sup>877</sup> Le texte intégral de la charte des nations Unies est disponible sur le site : [www.un.org/french/aboutun/charte/pdf/charter.pdf](http://www.un.org/french/aboutun/charte/pdf/charter.pdf).

onéreuses, et d'autre part, par la volonté d'inciter les parties à se rassembler en vue d'envisager ensemble les divers points possibles leur permettant d'aboutir à une solution au litige qui les oppose. De plus, en cas d'accord, la solution dégagée sera parfaitement en phase avec les problématiques soulevées ainsi qu'avec les intérêts en présence. En effet, dans la plupart des cas, l'impossibilité de se réunir ou l'incompréhension par les parties des causes de leur litige constitue le principal obstacle à la réalisation d'un accord<sup>878</sup>. Mais, il faut noter que l'importance accordée à la négociation ne peut pas être interprétée comme l'imposition de cette technique aux parties. Ces dernières demeurent entièrement libres dans la détermination de la méthode qui leur convient en vue de régler leur litige. Elles peuvent, par exemple, recourir immédiatement à l'arbitrage ou à la conciliation sans passer préalablement par la négociation.

En outre, la notion de négociation trouve une place particulière dans les accords conclus entre les pays arabes relatifs aux investissements. Ainsi, l'accord instituant la Compagnie inter-arabe pour la garantie des investissements de 1971 est un exemple significatif à cet égard. En effet, l'article 2 de l'annexe de l'accord dispose que « Dans le cas d'un différend relevant de l'article 34 § 2 et 35 de la présente Convention, les parties concernées doivent tenter de régler ce différend par la négociation, et aucun recours ne sera fait en vue d'une conciliation ou d'un arbitrage avant d'avoir épuisé la procédure de règlement par voie de négociation. Cette négociation est réputée avoir été épuisée si les parties concernées ne parviennent pas à un règlement dans un délai de six mois à compter de la date de la demande par l'une quelconque des parties à entrer dans ces négociations ». A la lecture de cet article, il ressort que la négociation tient une place importante dans la conception des rédacteurs de cet accord. La négociation se situe à la tête des modes alternatifs de règlement des litiges, ce qui veut dire que les parties au litige doivent épuiser le recours à cette méthode avant tout autre recours.

En matière de finance islamique, les actes constitutifs des institutions financières islamiques ne contiennent aucune mention relative à la négociation en tant que mode amiable de règlement des litiges liés à ce secteur d'activité. Autrement dit, la négociation n'est prévue par aucun texte juridique fondant les institutions financières islamiques. Dans ces conditions, la question qui se pose est celle de savoir si les parties au litige de financement islamique peuvent en toute liberté recourir à cette technique pour trouver une solution amiable à leur

---

<sup>878</sup> Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, op, cit, p. 255.

litige. La réponse à cette question semble affirmative dans la mesure où la négociation, comme les autres modes alternatifs de règlement des litiges, repose sur la volonté des parties. C'est donc le principe de l'autonomie de la volonté qui régit cette matière, la réalisation de la négociation dépend entièrement de l'accord des parties en litige.

En réalité, la négociation apparaît comme une méthode volontaire, informelle, confidentielle, souple, rapide et pratique. Elle favorise le dialogue, la communication et la compréhension mutuelle des parties en évitant la rupture des relations professionnelles et sociales. Mais afin d'être pleinement opérationnelle dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique, la négociation suppose également la réunion d'un certain nombre d'exigences, sans lesquelles une solution acceptable peut s'avérer difficile à obtenir. Parmi celles-ci on peut citer : la bonne foi des parties, la volonté réelle de mettre fin au litige, la confiance mutuelle, la concession réciproque<sup>879</sup>.

En dépit de ses nombreux avantages, la négociation, en tant que mode amiable de règlement des litiges, présente un certain nombre d'inconvénients qui contribuent directement ou indirectement à limiter son efficacité, notamment dans le domaine de la finance islamique. A ce titre, on peut citer : le déséquilibre des rapports de force entre les parties peut conduire au fait que l'une des parties abuse de son pouvoir et impose sa conception à l'autre partie ; l'absence d'un tiers impartial peut empêcher les parties de trouver un terrain d'entente ; la possibilité offerte à chaque partie de mettre fin au processus à tout moment ; il y a des litiges ou des différends qui ne se prêtent tout simplement pas à la négociation ; l'entente peut paraître parfois difficile à se trouver lorsque les parties se réclament des opinions doctrinales très différentes, voire contradictoires ne leur permettant pas de faire des concessions réciproques ou de trouver une solution équilibrée qui satisfasse les parties ; il est difficile dans un processus de négociation de garantir la bonne foi d'une partie ou le fait qu'elle soit digne de confiance. Parfois, la négociation peut être utilisée justement pour gagner du temps et empêcher l'une des parties de faire valoir ses droits par le recours aux autres méthodes de règlement des litiges, ce qui est très préjudiciable aux institutions financières islamiques qui n'ont pas le droit de percevoir des intérêts moratoires. Il faut ajouter également que la

---

<sup>879</sup> Jaouad Benabdallah, *Règlement pacifique des différends internationaux*, Mémoire DESA, Université de Mohamed 1<sup>er</sup>, Maroc, 2007. <http://www.memoireonline.com/07/09/2384/Reglement-pacifique-des-differends-internationaux.html>

négociation ne peut pas contribuer efficacement à la promotion de l'industrie financière islamique<sup>880</sup>.

En définitive, la négociation se révèle fondamentalement comme un processus souple et adaptable qui permet aux opérateurs de la finance islamique de se réunir, se discuter et se communiquer en vue d'envisager les diverses solutions possibles à leurs litiges. Mais, le succès de cette méthode reste tributaire de la bonne volonté des parties : la réalisation d'une solution exige la plupart du temps une concession réciproque de la part des parties, concession sans laquelle l'issue de la procédure semble menacée par un échec.

## §2)- La transaction

La transaction (Al Sulh en arabe) est l'une des plus anciennes institutions du droit musulman. Elle est présente dès l'origine de ce droit. Elle occupe une place de choix dans le système normatif islamique, puisque les parties au litige sont invitées à régler leurs différends par la voie de la transaction avant tout recours à la procédure judiciaire. Cette règle constitue un principe fondamental de la méthodologie islamique du règlement des conflits. En effet, les textes religieux encourageant les parties à utiliser le Sulh comme mode privilégié de règlement des conflits. A cet égard, on peut citer les versets suivants : « Si deux groupes de croyants en viennent aux mains, réconciliez-les. Mais si l'un d'eux se montre intransigeant, combattez alors l'agresseur, réconciliez-les avec justice et impartialité, car Dieu aime les gens équitables. Les croyants sont des frères. Réconciliez donc vos frères et craignez Dieu, afin de mériter sa miséricorde »<sup>881</sup> ; « Au cas où une femme constate de la part de son mari une attitude hostile ou un certain refroidissement, il n'y a aucun inconvénient à ce que les deux époux s'ingénient à trouver une formule qui leur permette de se réconcilier »<sup>882</sup>.

Dans la Sunna, le Prophète a également encouragé le Sulh et a dit qu'il était plus gratifiant que le jeûne, la prière ou les œuvres de charité<sup>883</sup>. Dans un hadith, le Prophète a dit : « Le Sulh est autorisé entre les musulmans sauf un Sulh qui autorise un Haram (illicite) ou

---

<sup>880</sup> Sur les inconvénients de la négociation, voir *Le manuel relatif au règlement des conflits*, disponible sur le site du Ministère de la Justice canadien. <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/03.html>.

<sup>881</sup> Le Noble Coran, Sourate al Houjrat (Les Appartements), versets 9 et 10.

<sup>882</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa' (Les Femmes), verset 128.

<sup>883</sup> Hadith rapporté par Al Tarmadi, 6-9.

interdit un halal (licite)»<sup>884</sup>. Ce hadith établit de manière très claire la légitimité du Sulh tant qu'il s'inscrit dans le cadre de la Charia. Le Prophète n'a pas seulement encouragé les gens à recourir au Sulh, mais il l'a pratiqué lui-même lors du fameux Sulh Al Houdayibiyya qu'il a conclu avec les polythéistes Mecquois. Dans le règlement de leurs différends, les Compagnons recouraient fréquemment au Prophète qui assumait le rôle du Mousleih entre eux (celui qui règle les litiges selon le Sulh)<sup>885</sup>. Le Sulh trouve également sa légitimité dans l'ijma' (consensus de la communauté islamique). Le deuxième Calife, Omar, a invité les musulmans à recourir au Sulh parce que le contentieux judiciaire entraîne souvent des hostilités entre les parties impliquées<sup>886</sup>.

Littéralement, le mot arabe Sulh veut dire réconcilier et faire la paix avec un adversaire. Il est dérivé du verbe saluha ou salaha qui signifie «être sain, juste» et il dénote l'idée de paix et de réconciliation dans la loi et la pratique islamiques<sup>887</sup>. Juridiquement, la définition du Sulh varie selon les écoles. Les écoles Hanafite et Chaféite définissent le Sulh comme un contrat par lequel les parties terminent un conflit tout en étant consentants<sup>888</sup>. Cette définition suppose donc l'existence d'un conflit et le consentement des parties. L'école Malékite définit le Sulh de la manière suivante : « C'est une renonciation à un droit ou à un procès moyennant une contrepartie dans le but de mettre fin à un conflit né ou prévenir un conflit à naître »<sup>889</sup>. Cette définition montre que les Malékites se démarquent des autres écoles par le fait qu'ils n'exigent pas la survenance d'un conflit comme condition de la possibilité du recours au Sulh. Celui-ci peut intervenir en vue d'éviter la survenance d'un litige. Mais ils s'accordent avec les autres écoles sur la nécessité du consentement des parties pour que le Sulh soit valable. La contrainte aboutit à la nullité du Sulh et de la solution imposée. La règle fondamentale en la matière est ainsi : pas de Sulh sans consentement et liberté des parties. L'école Hanbalite adopte une définition très proche de celle proposée par les Hanafites et les Chaféites. Pour cette école, le Sulh est un contrat par lequel les parties en conflit se réconcilient. Le but du Sulh, qui se fait souvent sur la base d'une renonciation de certaines prétentions, est de terminer un litige né<sup>890</sup>.

---

<sup>884</sup> Hadith rapporté par Abou Daoud dans ses Sunan, Hadith n°3596.

<sup>885</sup> Assid Salah, *Le contrat de Sulh dans les transactions commerciales en Fiqh islamique* (en arabe), Mémoire de Master, Université Al Najah, Palestine, 2006, p. 18.

<sup>886</sup> Al Baihaki, *Al Sunan al koubra*, 5/311.

<sup>887</sup> Ibn Mandour, *Lissan al Arab*, 2/516 ; Ibrahim Moustafa et d'autres, *Al Mouja'am al Wassit*, 1/520, mot « Sulh ».

<sup>888</sup> Ibn Abdin, *Hachiat Rad al mouhtar*, 5/628 ; Al Kaffal, *Hiliat al oulama fi ma'rifat madaheb al foukaha'*, 2/7.

<sup>889</sup> Al Dardir, *Al Charh al saghir*, 3/540.

<sup>890</sup> Ibn Koudamah, *Al Moughni*, 4/476.

S'il résulte, de ce qui précède, que les jurisconsultes musulmans donnent des définitions très proches du Sulh, il y a une divergence entre eux en ce qui concerne la nature juridique de ce contrat.

La majorité de la doctrine affirme que le Sulh n'est pas un contrat indépendant mais dérive d'un autre contrat : cela signifie qu'il n'a pas d'existence propre. Il est soumis aux mêmes règles et conditions qui régissent le contrat principal. Sa qualification varie selon le domaine dans lequel il intervient. Il est rattaché au contrat de vente s'il intervient dans le cadre des transactions commerciales, au contrat de location s'il intervient dans le cadre de la location de l'utilité de la chose<sup>891</sup>. Cela donne une très grande variété au contrat de Sulh ; tout dépend de la matière dans laquelle il intervient. En droit musulman, le Sulh est un contrat *Lazem* (obligatoire) qui s'impose aux parties ; une fois la solution arrêtée par le biais du Sulh, l'une des parties ne peut pas y revenir sans l'accord de l'autre partie. Pour que sa révocation soit valable, il faut donc l'accord des deux parties. Si aucune solution n'a été trouvée, le contrat de Sulh sera sans effet et perdra son caractère contraignant<sup>892</sup>.

Le Sulh a occupé une place très importante dans l'histoire juridique islamique, compte tenu de son rôle dans la pacification des rapports sociaux en diffusant la paix et en évitant l'hostilité et les conflits entre les membres d'une société. Force est de noter que les champs d'intervention du Sulh sont assez diversifiés en droit musulman ; il existe également de nombreuses variétés du Sulh. Celles-ci ont été étudiées de manière approfondie par les jurisconsultes et il n'est pas question pour nous d'y revenir ici<sup>893</sup>. Cela étant dit, la conception islamique du Sulh a une influence certaine sur certaines législations contemporaines.

A l'heure actuelle, le concept de transaction ne diffère pas sensiblement du concept de Sulh en droit islamique classique. Le *Vocabulaire juridique* de Cornu définit la transaction comme un « contrat par lequel les parties à un litige [...] mettent fin à l'amiable en se faisant des concessions réciproques »<sup>894</sup>. Le Code civil français, dans son article 2044, en donne la définition suivante : « La transaction est le contrat par lequel les parties terminent une

---

<sup>891</sup> Al Bouhoti, *Kassaf al Kina'*, 3/379 ; Al Zaila'i, *Tabiyyin al hakaik*, 5/31 ; Al Nawawi, *Rawdat al talebin*, 4/193.

<sup>892</sup> Voir à cet égard la *Mejelle* ottomane, article 1556.

<sup>893</sup> Pour plus de détails sur cette question voir, Ministère des Wakfs et des Affaires islamiques, *Encyclopédie du Fiqh*, op. cit, tome 27, p. 323, « Sulh » ; Assid Salah, *Le contrat de Sulh dans les transactions commerciale en Fiqh islamique* (en arabe), Mémoire de Master, Université Al Najah, Palestine, 2006, p. 31 et s. ; Hakimah Yaacob, *Alternative Dispute Resolution (ADR): expanding options in local and cross border islamic finance cases*, international shari'ah research academy for Islamic finance (ISRA), malaysia, 2012, p. 97 et s.

<sup>894</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1024.

contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Cette définition se retrouve dans la plupart des législations civiles arabes. Ainsi l'article 549 du Code civil égyptien définit la transaction comme «un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître et ce, au moyen de concession réciproque de chacune d'elles d'une partie de ses prétentions »<sup>895</sup>. A la différence de cette tendance, le Code civil irakien, inspirée de l'école juridique Hanafite, donne la définition suivante de la transaction : « un contrat par lequel les parties terminent un conflit amiablement »<sup>896</sup>. Comme on le voit, la définition adoptée par le législateur irakien, à la différence du Code égyptien, n'évoque pas expressément la condition des concessions réciproques de chacune des parties. Il en va de même du Code français ; celui-ci ne prévoit pas non plus cette condition. Toutefois, tous les auteurs ou presque sont d'accord pour dire que les concessions réciproques sont l'essence de la transaction<sup>897</sup>. Sans nier la nécessité de concessions réciproques, Boyer en adopte une conception très extensive. Pour lui, la concession n'est qu'une renonciation à un droit d'action<sup>898</sup>.

S'agissant de la place de la transaction en matière de finance islamique, le Centre Islamique International pour la Conciliation et l'Arbitrage (IICRA) a joué un rôle important dans la consécration de la transaction en tant que mécanisme de résolution des litiges liés à la finance islamique. A cet égard, son règlement prévoit que « le Centre étudie les efforts de transaction précédents. S'il s'avère que ces efforts ne sont pas épuisés, le demandeur est invité à recourir à la transaction. Si ce dernier est d'accord, le Secrétaire général proposera la transaction au défendeur afin de rapprocher les points de vue et de nommer un conciliateur si cela est nécessaire. Si le demandeur refuse la transaction ou s'il s'avère que les efforts de rapprochement sont épuisés, le Secrétaire général procède à l'arbitrage »<sup>899</sup>.

En principe, la transaction peut se réaliser sans l'intervention d'un tiers. Mais dans la pratique, la transaction est réalisée, dans la plupart des cas, par l'intervention d'un tiers

---

<sup>895</sup> Cette définition a été reprise par la majorité des autres législations arabes avec, parfois, quelques différences dans la forme. C'est le cas de l'article 517 du Code civil syrien ; article 548 du Code civil libyen ; article 459 du Code civil algérien ; article 1098 du Code des obligations et des contrats marocain ; article 1458 du Code des obligations tunisien ; article 1035 du Code des obligations libanais ; article 552 du Code civil koweïtien.

<sup>896</sup> Article 698 du Code civil irakien. Force est de constater que cet article a inspiré d'autres Codes civils arabes comme l'article 647 du Code civil jordanien, article 736 du Code des opérations des Emirats Arabes Unis et l'article 286 du Code des opérations soudanais.

<sup>897</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1987, p. 199.

<sup>898</sup> Louis Boyer, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Recueil Sirey, Paris, 1947, Première partie, Chapitre 2.

<sup>899</sup> Centre Islamique International pour la Conciliation et l'Arbitrage (IICRA), Livre de la procédure du Centre, [http://www.iicra.com/iicra/ar/page/details/page\\_id/39a3fd7e20ceec3d629f2c8f9ceb4145](http://www.iicra.com/iicra/ar/page/details/page_id/39a3fd7e20ceec3d629f2c8f9ceb4145)

(médiateur, conciliateur, arbitre, juge etc.), lequel peut à tout moment, guider les parties sur la voie d'une transaction en leur proposant de faire des concessions<sup>900</sup>. La transaction peut intervenir avant toute procédure de règlement des litiges ou interrompre le fonctionnement des procédures déjà lancées. En d'autres termes, rien n'empêche le recours à la transaction au cours de la procédure judiciaire ou arbitrale tant qu'il n'y a pas un jugement définitif ou une renonciation par l'une des parties à ses prétentions<sup>901</sup>.

La réalisation de la transaction est conditionnée par la présence de trois éléments inséparables : une situation litigieuse, une intention des parties de mettre fin au litige et une réciprocité des concessions<sup>902</sup>. En effet, ces éléments sont l'essence même de la transaction ; ils lui sont consubstantiels. La plupart des législations modernes exigent l'écrit pour la formation de la transaction. Mais il s'agit d'une condition de preuve et non de forme<sup>903</sup>. En tant qu'acte de disposition, la transaction exige la capacité et le pouvoir de disposer des objets compris dans la transaction. Il est donc impossible de transiger sur des droits que l'ordre public rend indisponible<sup>904</sup>. Notons que ce principe se retrouve en droit musulman classique qui interdit la transaction en matière de droit de Dieu (ordre public).

L'intérêt principal de la transaction réside dans ses effets. La transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée. C'est le principe retenu par la plupart des législations contemporaines<sup>905</sup>. Selon Loïc Cadiet et Thomas Clay, c'est cette qualité qui permet de qualifier la transaction de mode alternatif de règlement des litiges<sup>906</sup>. Toutefois, cela ne veut pas dire que les parties ont, en transigeant, fait un acte juridictionnel. L'expression « autorité de la chose jugée » signifie que l'effet extinctif qui accompagne la transaction résulte de la

---

<sup>900</sup> A titre d'exemple, supposons l'existence d'un procès devant les deux directeurs généraux des sociétés en litige, assistés d'un conseiller neutre (conciliateur). Rien n'empêche le conciliateur de guider les parties sur la voie d'une transaction pour mettre fin à leur litige. Cf. Philippe Fouchard, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », 2001, p. 110.

<sup>901</sup> Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 2013, p. 260.

<sup>902</sup> Nabile Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Editions Yvon Balais, 1998, p. 219.

<sup>903</sup> Article 522 du Code civil égyptien ; article 520 du Code civil syrien ; article 551 du Code civil libyen ; article 711 du Code civil irakien ; article 555 du Code civil koweïtien ; article 2044, alinéa 2 du Code civil français. En vertu de certains instruments de règlement des différends, l'écrit est une condition de forme (article 25 de la convention de Washington).

<sup>904</sup> Article 2045 du Code civil.

<sup>905</sup> C'est le cas par exemple de l'article 2052, alinéa 1 du Code civil français, article 553 du Code civil égyptien, art. 521 du Code civil syrien, art. 552 du Code civil libyen, art. 462 du Code civil algérien, art. 556 du Code civil koweïtien, art. 648 du Code des obligations yéménite, art. 1042 du Code des contrats libanais, art. 1105 du Code des obligations marocain, art. 1467 du Code des obligations tunisien.

<sup>906</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 82.

force obligatoire des obligations acceptées par les parties qui s'engagent à faire valoir uniquement les droits que le contrat leur confère. Autrement dit, par le biais de la transaction, les parties peuvent fixer entre elles de façon définitive l'état de leurs droits respectifs. Cette fixation s'apparente à un jugement, d'où l'emploi de l'expression « autorité de la chose jugée ». <sup>907</sup>

Mais à la différence du jugement, l'autorité de la chose jugée en matière de transaction est *relative* en ce sens que où la solution dégagée lie les seules parties au litige. Par ailleurs, la majorité des droits internes reconnaît également la force obligatoire de la transaction dans le cas où les parties accordent au juge le pouvoir d'homologuer leur accord. Dans cette optique, Bruno Oppetit affirme qu'il s'agit là d'«un jugement d'expédient, par lequel le juge s'approprie les éléments conventionnels préparés par les parties et constate le plus souvent une transaction intervenue entre elles, constitue un acte de nature juridictionnelle»<sup>908</sup>. Cela tient, selon l'auteur, au fait que le jugement dans ce cas est un véritable jugement fondé sur la volonté des parties.

Concernant la nature du règlement par voie de transaction, la plupart des législations modernes s'accordent à reconnaître que ce règlement a un effet révélateur ou déclaratif et non pas translatif ou créateur de droits<sup>909</sup>. Au final, la transaction peut être une méthode efficace dans des domaines variés comme par exemple le droit du travail, de la responsabilité civile, des assurances et bien d'autres. Mais en même temps, elle peut être instrumentalisée par des parties de mauvaise foi pour tarder le règlement des litiges. La transaction en tant que mode alternatif de règlement des litiges présente des handicaps que nous allons étudier en détail ci-après.

### **§3)- Médiation et conciliation**

A la différence de la transaction qui s'opère essentiellement sous la direction des parties au litige, la médiation et la conciliation reposent principalement sur l'intervention d'un tiers qui aide les parties à trouver une solution convenable à leur litige. En effet, ces méthodes

---

<sup>907</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op, cit, p. 199.

<sup>908</sup> Bruno Oppetit, « Arbitrage, médiation et conciliation », *Revue Arbitrage*, 1984, p. 318.

<sup>909</sup> L'article 554 du Code civil égyptien dispose que « la transaction a un effet déclaratif. Cet effet est limité en droits en litiges sans tout autre droit ». Dans le même sens, l'article 522 du Code civil syrien ; l'article 553 du Code civil libyen ; l'article 463 du Code civil algérien ; l'article 557- 1 du Code civil koweïtien.

peuvent être considérées comme le mode pacifique par excellence du règlement des conflits, c'est le degré de justice le plus élaboré car les parties s'estiment satisfaites. Elles expriment leur volonté d'éviter que la solution à leurs difficultés ne leur soit imposée. Elles constituent également un mode de droit commun pour la résolution des litiges dans certains pays comme le Japon, la Chine et les pays d'Afrique<sup>910</sup>.

A l'heure actuelle, elles occupent une place centrale dans le règlement des litiges relatifs à des aspects économiques et sociaux assez variables et figurent parmi les modes les plus utilisés dans le domaine des contrats.

En tant que modes de règlement des conflits, la médiation et la conciliation ne sont pas des institutions récentes. Elles remontent très loin dans l'histoire juridique de l'humanité<sup>911</sup>. La majorité des religions réfèrent à ces deux modes de règlement d'une façon ou d'une autre. Le droit musulman, par exemple, s'est particulièrement intéressé à ces modes de règlement tout en les rattachant à l'institution du Sulh (transaction).

Les mutations économiques et les développements sociaux ont affecté fondamentalement la forme de la médiation et de la conciliation. Dans un contexte marqué par le mouvement d'échange et les investissements internationaux des sociétés transnationales, ces institutions ont profondément changé. Cependant, le changement de la forme et du champ d'action de la médiation et de la conciliation n'a pas bouleversé leur conception originelle. Elles demeurent des mécanismes dont l'objet est de faire intervenir une tierce personne pour permettre aux parties au litige de trouver une solution à leur difficulté en dehors du pouvoir politique et de l'institution judiciaire étatique.

De manière générale, le conciliateur ou le médiateur n'a aucune autorité sur les parties ni durant les négociations ni après la fin de sa mission. Le propre de ces méthodes est de trouver une solution négociée, voulue et non imposée. Des auteurs ont tenté de définir ces deux notions. Ainsi, le professeur Antaki définit le médiateur comme «un tiers neutre choisi par les parties, sans pouvoir décisionnel, qui intervient dans un différend dans le but d'aider les parties à développer elles-mêmes leurs propres solutions »<sup>912</sup>. Parlant de la conciliation, le

---

<sup>910</sup> Charles Jarrosson, La notion d'arbitrage, op. cit., p. 176 ; Pierre Verkhovskoy, « Particularisme de l'arbitrage en République Populaire de Chine », DPCI, no 2, tome 5, juin 1979, p. 271.

<sup>911</sup> K. Mbaye, « Le règlement des litiges hors des tribunaux », in *Conciliateurs, la conciliation, une étude comparative*, Colloque de l'Association internationale des sciences juridiques, Pau, juillet 1981, Economica, Paris, 1983, p. 20-21.

<sup>912</sup> Nabile Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, op. cit., p. 176.

professeur Jarrosson estime qu'il s'agit d'une situation conflictuelle à laquelle les parties veulent mettre fin en cherchant une solution satisfaisante pour chacune d'entre elles. Les parties peuvent se concilier seules ou bien recourir à un tiers qui les y aidera<sup>913</sup>.

On peut se demander s'il existe une différence entre la conciliation et la médiation. En effet, la majorité de la doctrine affirme qu'il n'y pas de différence fondamentale entre les deux notions. Selon certains auteurs, la différence entre conciliation et médiation réside dans les moyens utilisés pour aboutir à la conciliation. La médiation constitue une simple forme de conciliation qui se réalise par un tiers. Elle dérive de la conciliation dans son sens général. Dans ce contexte, le médiateur apparaît comme un conciliateur particulièrement actif. Il prend un part plus importante dans la recherche d'une solution et prépare un projet de solution et fait des recommandations<sup>914</sup>.

D'après Jacques El-Hakim, « le médiateur pouvant, mettre au point et suggérer lui-même aux parties une formule d'accord, alors que le conciliateur aurait un rôle plus passif se limitant à informer les parties de leur situation, de leurs intérêts, de leurs droits et de leurs obligations respectifs, à les rapprocher, à les faire communiquer entre elles et à tenter d'obtenir leur adhésion à une solution commune qui serait ensuite consignée dans un accord ou une transaction »<sup>915</sup>.

Le professeur Antaki souligne que la différence entre médiation et conciliation relève de la technique d'intervention du tiers. Selon l'auteur, « le médiateur est un conciliateur de type interventionniste qui se permet de poser des questions directives, de critiquer les positions, d'émettre des opinions, de faire des suggestions et d'utiliser sa capacité de

---

<sup>913</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op, cit, p. 182. Force est de constater qu'on trouve plusieurs définitions de la médiation et de la conciliation dans les dictionnaires juridiques. Ainsi, selon le dictionnaire juridique, la médiation est « une technique procédurale de solution des conflits par laquelle des personnes qu'un différend oppose, ou qui souhaitent en prévenir l'arrivée, tentent de parvenir à une solution transactionnelle en utilisant les bons offices d'une personne dite médiateur ». Selon le Grand Dictionnaire encyclopédique (Larousse), « le mot médiation provient du latin *mediatio*, qui est au milieu ». Le *Petit dictionnaire Larousse* définit la conciliation comme « l'action de rétablir la bonne entente entre personnes qui s'opposent » et le conciliateur est « la personne dont la mission est de susciter le règlement amiable des conflits privé » (cf. Le Petit Larousse, 1998, p. 245). La conciliation a été également définie comme « un processus de communication dans le but de créer, modifier ou terminer une relation » (cf. J. Gagnon, *Réussir par la négociation*, Montréal, Edit. Québecor, 1990, p. 21). Cf. Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, op, cit, p. 265.

<sup>914</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op, cit, pp. 176-177 ; Jean-Claude Goldsmith, « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) », *Rev. dr. aff. int.*, 1996, p. 222, n° 1.

<sup>915</sup> Jacques El-Hakim, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », art, cit, p. 349.

persuasion pour pousser, sinon forcer, les parties à réduire l'écart qui les sépare jusqu'à aboutir à un accord»<sup>916</sup>.

De son côté, le Conseil de l'Europe met l'accent sur la différence méthodologique entre conciliation et médiation. Il affirme à cet égard que « la conciliation a pour objet de rallier les parties entre elles, de les amener à rapprocher leurs positions, de les conduire à trouver entre elles un point d'accord commun tandis que la médiation donne à la personne qui la réalise un rôle d'intermédiaire entre les parties pour aboutir, à partir des positions des parties, à une proposition de solution »<sup>917</sup>. Au-delà de ces différences techniques, médiation et conciliation se caractérisent par le fait que le tiers n'a pas de pouvoir de décision ; il ne peut pas imposer son point de vue aux parties<sup>918</sup>.

En ce qui concerne la forme que peut aujourd'hui prendre une médiation ou une conciliation, on peut distinguer deux méthodes : l'une *institutionnelle* et l'autre *ad hoc*. La forme *institutionnelle* résulte de l'intervention d'un organisme spécialisé dans le processus de règlement amiable des litiges. Alors que dans la forme *ad hoc*, la solution est le résultat de l'intervention d'une personne physique neutre et indépendante qui assure le rapprochement des parties au litige. Il s'agit d'une méthode très informelle, simple et moins coûteuse, ce qui explique le recours fréquent à cette méthode. Mais quelle que soit la forme employée (*institution* ou *ad hoc*), la médiation et la conciliation puisent leur autorité et leur raison d'être dans la convention des parties en conflit. Les deux méthodes se fondent sur le contrat.

A la différence de la procédure judiciaire et arbitrale, la procédure devant le médiateur ou le conciliateur se caractérise par l'absence de contraintes formelles. En effet, une plus grande liberté est accordée au tiers assurant le règlement du conflit. Celui-ci bénéficie de toute la marge de manœuvre voulue pour trouver une solution appropriée qui satisfasse les parties. Il peut d'ailleurs effectuer tout effort indispensable à l'élaboration d'un projet de résolution du différend. En tout état de cause, le médiateur comme le conciliateur émettra un simple *avis* et non une décision obligatoire qui s'impose aux parties. Il ne tranche pas un litige ce qui le distingue nettement de l'amiable compositeur. En effet, ce dernier tranche lui-même le litige sans même consulter au préalable les parties ou les impliquer dans sa décision. Cette situation

---

<sup>916</sup> Nabile Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, op. cit., p. 83.

<sup>917</sup> « Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées », conférence multilatérale : conciliation, médiation et arbitrage, Lisbonne (Portugal), 31 mai-2 juin 1999, Edition Conseil de l'Europe, 2000.

<sup>918</sup> Xavier Lagarde, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.*, 2000- N° 3, p. 378.

s'explique par le fait que l'amiable compositeur n'a pas pour mandat de rapprocher les parties ou de proposer à ces dernières des solutions à l'amiable<sup>919</sup>. Mais force est de constater que les parties, une fois d'accord sur la solution issue de la médiation ou de la conciliation, ont la possibilité de signer un acte transactionnel pour donner à leur accord une plus grande valeur juridique en le revêtant de l'autorité de la chose jugée, ce qui le rapproche finalement d'un jugement entre les parties.

A l'heure actuelle, la conciliation et la médiation occupent une place importante dans le règlement des litiges. Elles interviennent dans des matières diverses. Certains auteurs affirment que la pratique de la clause de médiation et de conciliation est «la plus utilisée des méthodes non contentieuses de résolution des conflits »<sup>920</sup>. De plus, certaines législations nationales imposent aux tribunaux l'obligation de favoriser la médiation lors du règlement d'un litige. C'est le cas par exemple aux Etats-Unis<sup>921</sup> et dans certains pays arabes où le juge ne doit pas juger avant de proposer aux parties le règlement amiable. En Syrie et en Jordanie, la méconnaissance par le juge d'une telle obligation est une clause de nullité<sup>922</sup>. De leur côté, les tribunaux au Royaume-Uni proposent automatiquement le règlement par ce mode avant toute autre méthode<sup>923</sup>.

En matière de finance islamique, la médiation et la conciliation ne sont organisées par aucun texte juridique. Autrement dit, les actes constitutifs des institutions financières islamiques ne contiennent aucune mention relative à ces modes amiables de règlement des litiges. Cela signifie que le recours à ces mécanismes n'est ni ordonné, ni prohibé. Il est tout simplement laissé à l'appréciation et à la volonté des parties.

Cependant, ces techniques commencent de plus en plus à attirer l'attention dans le domaine de la finance islamique. L'autorité du Marché financier koweïtien a joué un rôle important à cet égard. En effet, elle a publié une charte éthique à l'intention des institutions financières fonctionnant selon les préceptes de la Charia. Cette charte contient 26 articles. Selon l'article 7, les institutions financières islamiques cherchent à régler leurs litiges par le recours aux modes amiables à travers la conciliation et la médiation. Celles-ci peuvent se

---

<sup>919</sup> Éric Loquin, *L'amiable composition en droit interne et international*, Paris, Litec, 1980, n° 624 et s ; Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, op, cit, p. 269.

<sup>920</sup> Silvestre TAndeau de Marsac, « La médiation internationale », disponible sur le site : [www.ccf franco-arabe.org](http://www.ccf franco-arabe.org).

<sup>921</sup> Loi fédérale de 1991.

<sup>922</sup> Art. 129 du Code de procédure civile syrien, art. 9 du Code de procédure jordanien.

<sup>923</sup> Rhys Clift, « La médiation au Royaume-Uni », CJFE/CFCE- N° 5/2000, p. 1039.

réaliser par l'intermédiaire de l'un des experts compétents. Si les modes amiables échouent, les différends doivent être résolus par la voie de l'arbitrage conformément aux règles fixées par les autorités compétentes<sup>924</sup>.

De plus, étant donné que l'islam recommande vivement une solution pacifique des litiges, la médiation et la conciliation sont des techniques de règlement des litiges prévus dans la pratique des contrats de financement islamique. Dans cette optique, certains contrats de financement islamique comportent des clauses faisant référence aux modes amiables de règlement des litiges, notamment à la médiation et à la conciliation. Les parties, en cas d'éventuels litiges, doivent recourir au règlement amiable, et cela avant tout recours à la procédure contentieuse<sup>925</sup>. Toutefois, cette pratique demeure minoritaire puisque la plupart des contrats de financement islamique ne prévoient aucune clause relative à ces mécanismes de résolution des litiges. Cela s'explique vraisemblablement par les inconvénients qui limitent leur efficacité, comme nous le verrons plus loin.

Au final, la médiation et la conciliation se rapprochent fondamentalement de la transaction dans la mesure où ces modes évoquent l'idée d'un règlement d'un litige de façon amiable. En effet, dans les trois cas, le différend est réglé de manière contractuelle puisque la solution repose entièrement sur la volonté et le consentement des parties concernées. En outre, les trois méthodes se basent sur la notion de concessions réciproques entre les parties. Ce principe est le *critère distinctif* de ces modes amiables de règlement des litiges en participant de leur essence même.

---

<sup>924</sup> Sur cette charte, voir le site du Capital Markets Authority, State Of Kuwait, [https://www.cma.gov.kw/ar/web/cma/search-results?p\\_p\\_id=searchcma\\_WAR\\_cmaportlet&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_count=1&searchcma\\_WAR\\_cmaportlet\\_mvcPath=%2Fhtml%2Fsearch-cma%2FviewContent.jsp&searchcma\\_WAR\\_cmaportlet\\_backURL=%2Far%2Fweb%2Fcma%2Fsearch-results%3FsearchKeyword%3D%25D9%2585%25D9%258A%25D8%25AB%25D8%25A7%25D9%2582%2B%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25B9%25D9%2585%25D9%2584%2B%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25A3%25D8%25AE%25D9%2584%25D8%25A7%25D9%2582%25D9%258A%26dateFilter%3Dany\\_date%26announcementTag%3D%26announcementTagAdv%3D%26specific\\_date%3D%26specific\\_month%3D1%26specific\\_year%3D2017%26specific\\_month\\_year%3D2017%26date\\_from%3D%26date\\_to%3D&searchcma\\_WAR\\_cmaportlet\\_articalId=288527](https://www.cma.gov.kw/ar/web/cma/search-results?p_p_id=searchcma_WAR_cmaportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&searchcma_WAR_cmaportlet_mvcPath=%2Fhtml%2Fsearch-cma%2FviewContent.jsp&searchcma_WAR_cmaportlet_backURL=%2Far%2Fweb%2Fcma%2Fsearch-results%3FsearchKeyword%3D%25D9%2585%25D9%258A%25D8%25AB%25D8%25A7%25D9%2582%2B%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25B9%25D9%2585%25D9%2584%2B%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25A3%25D8%25AE%25D9%2584%25D8%25A7%25D9%2582%25D9%258A%26dateFilter%3Dany_date%26announcementTag%3D%26announcementTagAdv%3D%26specific_date%3D%26specific_month%3D1%26specific_year%3D2017%26specific_month_year%3D2017%26date_from%3D%26date_to%3D&searchcma_WAR_cmaportlet_articalId=288527)

<sup>925</sup> Ces éléments reposent sur, d'une part, notre expérience professionnelle acquise au Koweït au sein d'un cabinet d'avocat spécialisé en finance islamique, et d'autre part, sur notre communication avec certains acteurs de la finance islamique.

#### §4)- L'expertise

Le rôle de l'expertise a connu une longue évolution sociale, économique et juridique. Il s'agit, en réalité, d'une institution très enracinée dans l'histoire juridique et sociale de l'humanité. Depuis fort longtemps, les institutions chargées de trancher les litiges et de pacifier la vie en société recourent à des techniciens pour les éclairer. La place du Mufti dans l'organisation judiciaire islamique traditionnelle s'inscrit parfaitement dans cette logique. En effet, le rôle de cet important personnage consistait à éclairer le juge (Cadi) sur une question de droit en lui indiquant la doctrine applicable au litige soumis à son examen. Pourtant, le Mufti se bornait à donner un avis dépourvu de toute force obligatoire : le juge restait pleinement souverain dans la solution du litige<sup>926</sup>.

En abordant l'expertise dans le cadre des modes amiables du règlement des litiges, force est de constater de prime abord que l'expertise est un moyen d'aider les parties à avoir une vision claire sur leur différend par l'intervention d'une personne spécialisée dans le domaine du litige. Cette personne compétente est qualifiée dans le langage courant d'expert. Dérivé du latin *expertus*, qui signifie « éprouver, faire l'essai »<sup>927</sup>, l'expert a été défini comme celui « qui est fort versé en la pratique de quelque art, de quelque connaissance qui s'apprend par expérience »<sup>928</sup>.

Dans une réponse ministérielle publiée au Journal Officiel français le 25 avril 1965, l'expert judiciaire a été défini comme « un homme de l'art qui, s'immiscer dans l'appréciation du litige ou de l'infraction, fournit à la juridiction des renseignements techniques de nature à l'éclairer ». A l'heure actuelle, le ministère français de la Justice décrit l'expert judiciaire comme étant « des professionnels, spécialement habilités, chargés de donner aux juges un avis technique sur des faits afin d'apporter des éclaircissements sur une affaire. Ce sont des spécialistes de disciplines très variées... ». Le Vade Mecum de l'expertise judiciaire (2009) définit l'expert comme « un professionnel qualifié et expérimenté dans les matières scientifiques ou techniques de sa spécialité, reconnu par le monde professionnel auquel il

---

<sup>926</sup> Ajil Al Nachmi, « L'arbitrage international en droit musulman », Revue scientifique du Conseil européen pour la Recherche et la Fatwa, n° 3, 2003, p. 79 et s.

<sup>927</sup> Le dictionnaire historique de la langue française ; François Xavier TESTU, « L'expertise : présentation générale », in, L'expertise, Thèmes et commentaires, M. Anne, F. Roche et D. Mazeaud (dir.), Paris, DALLOZ, 1995, p. 3.

<sup>928</sup> Dictionnaire vivant de la langue française, 8ème éd. (définition disponible sur le site du Centre national de ressources textuelles et lexicales : <http://www.cnrtl.fr>).

appartient et par l'institution judiciaire, et susceptible de mettre ses compétences au service de la justice »<sup>929</sup>.

De manière générale, l'expertise est une « procédure dans le cadre de laquelle un ou plusieurs experts vont rendre un avis d'ordre technique, scientifique ou commercial sur un différend opposant les parties »<sup>930</sup>. L'expert est, quant à lui, une personne ayant une connaissance spécifique ou un savoir-faire particulier dans un ou plusieurs domaines lui donnant la capacité d'évaluer quelque chose. Son expérience lui donne une grande habileté et reconnaissance dans le monde professionnel auquel il appartient<sup>931</sup>. L'expert peut être sollicité sur la demande des parties au litige, du juge, de l'arbitre ou du tiers intervenant dans un règlement à l'amiable (conciliateur ou médiateur), en vue de donner un avis technique qui pourrait aider ces derniers à solutionner le litige en cause. Dans cette perspective, l'expertise s'affiche comme un instrument au service de la décision des parties ou du tribunal<sup>932</sup>.

Il convient de noter que la plupart des législations arabes ne reconnaissent explicitement que l'expertise judiciaire. Celle-ci est considérée comme une procédure interrompant le déroulement d'un procès, sur la décision du juge<sup>933</sup>. On constate un certain rapprochement entre l'expertise et la médiation et la conciliation puisqu'un expert peut, au cours de sa mission, être amené à jouer un rôle de conciliateur ou de médiateur en rapprochant les points de vue des parties et en essayant de trouver une zone d'entente entre elles. Le plus souvent, l'avis émis contribue à faciliter une transaction. En tant que mécanisme aidant à régler amiablement un litige, l'expertise peut être mobilisée avant toute autre démarche. Mais en pratique, la procédure d'une expertise intervient au cours d'un litige déjà engagé, quand les parties chargent conjointement un expert de leur donner un rapport ou de les conseiller sur un point technique litigieux qui les empêche de continuer leur travail pour régler leur différend. Il

---

<sup>929</sup> Sur la question de la définition de l'expertise judiciaire, voir Delphine Dumény et Emmanuel Versini, *L'essentiel de l'expertise judiciaire*, Lextenso éditions, Paris, 2014, p. 28.

<sup>930</sup> Comité consultatif sur l'application des droits, *Les modes extra-judiciaires de règlement des litiges comme instrument d'application des droits de propriété intellectuelle*, 2014, [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/wipo\\_ace\\_9/wipo\\_ace\\_9\\_3.docx](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/wipo_ace_9/wipo_ace_9_3.docx)

<sup>931</sup> Marie Christine, « L'expertise en évaluation d'entreprises », in *L'expertise, Thèmes et commentaires*, op. cit., p. 49).

<sup>932</sup> Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 2013, p. 272

<sup>933</sup> Article 36 de la loi égyptienne sur l'arbitrage ; article 34 de la loi jordanienne sur l'arbitrage ; article 32 de loi syrienne sur l'arbitrage ; article 125 du Code de procédure civile et administratives syrien, etc.

arrive parfois que l'expertise soit sollicitée par le juge ou l'arbitre afin de mieux comprendre le litige en cause<sup>934</sup>.

En règle générale, l'expert n'a aucune autorité sur les parties et ne peut pas leur proposer des solutions, sa mission consiste à faire des constatations et à émettre des avis, dans un rapport écrit, dans les limites fixées par sa mission. Par ses constatations, l'expert donne un simple regard sans interprétation des faits, sans avis sur les conséquences de fait ou de droit<sup>935</sup>. Ce principe régit tant l'expertise contractuelle que l'expertise judiciaire ou arbitrale. L'expert propose donc « un simple avis sur une question technique, que les parties (ou le juge, ou l'arbitre) ne sont pas tenues de suivre »<sup>936</sup>. Certaines législations nationales prennent le soin d'interdire de façon explicite aux experts de procéder à la conciliation des parties<sup>937</sup>.

Dans le cas où l'expertise est obligatoire, le rôle de l'expert sera tellement important que sur la base de son rapport la décision doit être prononcée. A partir de là, toute fraude ou toute dépendance de l'expert à l'égard de l'une des parties sera considérée comme contraire à la bonne foi<sup>938</sup>, ce principe étant au fondement même des règlements amiables des litiges. N'étant pas un mandataire des parties ou de l'une d'elles, l'expert assume une mission spécifique et déterminée. C'est pourquoi, même en l'absence de tout texte, il doit observer une parfaite indépendance à l'égard des parties. Concernant le délai à la fin duquel l'expert doit rendre son rapport, on ne trouve aucune précision sur ce point dans les instruments de règlement des différends. Ce sont les législations nationales internes qui précisent cette question. Celles-ci imposent le plus souvent au juge de déterminer un délai durant lequel l'expert doit remplir sa mission<sup>939</sup>. En cas de non-respect de l'obligation relative au délai, l'expert peut voir sa responsabilité engagée en plus du versement des frais frustratoires ainsi que des dommages et intérêts. Il nous semble que cette règle s'applique également à l'expertise intervenue en dehors du cadre judiciaire. Tel serait ainsi le cas en matière d'expertise organisée par l'accord des parties ou ordonnée par l'arbitre.

S'agissant des effets de l'expertise, la question se pose de savoir quelle est la force de l'avis émis par l'expert à l'égard des parties, du juge, de l'arbitre ou du tiers intervenant dans

---

<sup>934</sup> Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, op. cit., p. 273.

<sup>935</sup> Delphine Dumény et Emmanuel Versini, *L'essentiel de l'expertise judiciaire*, op. cit., p. 54.

<sup>936</sup> Philippe Fouchard, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », op. cit., n° 3, p.110.

<sup>937</sup> Article 240 du NCPC français.

<sup>938</sup> L'article 11 du règlement d'expertise de la CCI prévoit l'indépendance de l'expert, sauf accord contraire écrit des parties.

<sup>939</sup> Article. 265 du NCPC français ; article 161 du CPP français.

un règlement amiable (médiateur ou conciliateur). Certes, les conclusions de l'expert bénéficient d'une sorte de présomption de vérité technique que les parties auront des difficultés à remettre en cause s'il est exempt de toute critique quant au respect de la procédure. Mais tous les codes de procédure affirment le principe de l'indépendance du juge vis-à-vis de l'expert et de l'appréciation souveraine des conclusions de l'expertise par la juridiction. On dit que « l'expertise ne lie pas le juge » qui la soumet à la discussion des parties et à son appréciation<sup>940</sup>. Le juge peut adopter ou écarter en tout ou partie le rapport ou rejeter les conclusions de l'expert en motivant sa décision sur des éléments de fait ou de droit. C'est ainsi que le juge est le seul compétent pour tirer les conséquences juridiques des constats de fait, les qualifier juridiquement afin d'appliquer le régime légal approprié. Ce principe de liberté à l'égard de l'expertise vaut aussi pour l'arbitre qui reste totalement libre dans son appréciation des conclusions de l'expert. Néanmoins, certains auteurs estiment que l'expertise deviendrait le procédé d'instruction décisif, puisque la mission du juge se trouve largement dépendante de l'avis exprimé par l'expert. A ce titre, ils se demandent si l'expert ne devient pas le juge du fait, privant le magistrat de toute liberté en raison de sa méconnaissance des données techniques<sup>941</sup>.

Qu'en est-il de l'expertise contractuelle ? La réponse à cette question dépend de la nature de l'accord des parties. Si celui-ci a été porté sur le caractère purement consultatif de l'avis de l'expert, l'expertise sera dépourvue de toute force obligatoire. A l'inverse, si les parties se sont engagées à adopter cette expertise et à l'exécuter sans autre procédure, le rapport de l'expert sera obligatoire pour les parties, cela en dépit de toute contestation qui peut être soulevée par l'une des parties. Il s'agit donc d'une expertise obligatoire et définitive.

Il faut constater qu'une partie de la doctrine fait une analogie entre l'expertise conventionnelle ou amiable et le contrat de mandat. Selon cette opinion, l'expertise est un mandat qui serait dans l'intérêt commun des parties. Selon le *Répertoire pratique Dalloz*, l'expertise amiable ne comporte pas plus de solennité qu'un mandat ordinaire. Il ajoute que les experts amiables sont de « véritables mandataires des parties »<sup>942</sup>. Dans le même ordre d'idées, Charles Jarroson affirme qu'il n'y a pas en effet de raison sérieuse pour que l'expertise amiable ne soit pas un mandat. En effet, la mission que donnent les parties à l'expert est bien celle que des mandants donnent à un mandataire à qui ils demandent de

---

<sup>940</sup> Delphine Dumény et Emmanuel Versini, *L'essentiel de l'expertise judiciaire*, op, cit, p. 126.

<sup>941</sup> Ibid, p. 127.

<sup>942</sup> Répertoire pratique Dalloz, V° Expertise, n° 26 et 28.

donner un avis à propos d'une question sur laquelle ils n'ont que des connaissances limitées ou tout au moins une opinion partisane<sup>943</sup>.

A l'inverse, la Cour d'appel de Versailles, dans un litige relatif à l'appréciation du montant d'un préjudice en vue de sa réparation par une compagnie d'assurance – il s'agissait d'appliquer l'article 14 de la police « maître d'ouvrage » - prend une position différente. S'arrêtant non sur les termes employés par les parties, mais sur la mission qu'elles avaient confiée au tiers, elle déclare que « la notion même d'expert exclut toute idée de mandat de la part de ceux qui les désignent »<sup>944</sup>. Au-delà de cette controverse autour de la nature juridique de l'expertise conventionnelle, c'est finalement la volonté des parties concernées qui donne à l'expertise amiable sa raison d'être et sa légitimité. Quelle que soit sa véritable qualification juridique, l'expert agit au service des parties, il intervient sur leur demande en vue de les aider à trouver une solution au litige qui les oppose. Cela étant dit, la force de l'avis émis par l'expert demeure tributaire de la volonté des parties. De ce fait, il peut être obligatoire ou purement indicatif.

En matière de finance islamique, à l'instar des autres modes amiables de règlement des litiges, l'expertise n'est prévu par aucun texte juridique fondant les institutions financières islamiques. Cependant, dans la pratique, le rôle de ce mécanisme est très important, notamment lorsque le litige est soumis au juge étatique. En effet, les litiges de financement islamique sont techniquement très complexes. Leur appréhension exige l'interpénétration de plusieurs champs de connaissances, tels que la Charia, le droit, la finance et l'économie. Il est très rare qu'un juge étatique maîtrise toutes ces connaissances. Dans ce contexte, le recours aux experts s'avère inévitable pour rendre un jugement conforme aux exigences de la finance islamique.

Par ailleurs, il faut noter qu'à l'heure actuelle, les Comités de la Charia au sein des institutions financières islamiques constituent une forme institutionnalisée et nouvelle de l'institution classique du Mufti. Leur rôle principal consiste à dire le licite et l'illicite du point de vue de la religion, et cela dans toutes les activités financières islamiques. A ce titre, ils donnent un avis dépourvu de toute force obligatoire. Il s'agit donc d'un simple avis consultatif. Sur le plan de la résolution des litiges liés à la finance islamique, on constate que ces Comités sont parfois sollicités par le juge ou par l'arbitre au titre de l'expertise.

---

<sup>943</sup> Charles Jarroson, La notion d'arbitrage, op, cit, p. 115.

<sup>944</sup> Cour d'appel de Versailles, 17 janvier 1979 (S.C.C. des Gâtines c/Groupe Drout), Gazette de Palais, 1980. 1. 146.

### **Section 3. Le rôle des modes amiables de règlement des litiges**

Les modes amiables de règlement des conflits peuvent jouer un rôle important dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique, étant donné qu'ils présentent de nombreux avantages par rapport aux autres modes de règlement des différends (§1). Mais ce rôle reste limité compte tenu des handicaps qui contribuent à réduire leur efficacité (§2).

#### **§1)- Un rôle bénéfique**

Le développement du rôle des modes amiables de règlement des litiges relatifs à la finance islamique s'explique par les avantages que ces procédés apportent aux parties par rapport aux autres modes de règlement des conflits. En effet, ces avantages sont à la fois nombreux et variés.

*En premier lieu*, ces modes reposent sur le consentement des parties au litige. La procédure toute entière dès le départ jusqu'à la fin s'appuie sur leur propre volonté. En établissant ces méthodes, nous ne sommes pas très loin de la sacralisation de la volonté qui devient en quelque sorte la source originelle du juste qui assure les équilibres et la cohérence entre les prétentions antagonistes. C'est une justice conventionnelle, contractuelle et voulue qui rompt philosophiquement et techniquement avec la logique autoritaire qui caractérise la justice étatique. Elles deviennent acteurs de cette justice dans la mesure où elles sont la base et la source de légitimation de la solution obtenue ou suggérée par le tiers. En agissant de la sorte, les parties s'approprient la fonction du règlement du litige en créant leur propre justice. Cette rencontre des volontés des parties au litige est de nature à faciliter le rapprochement de leurs points de vue et par conséquent de conduire à une solution satisfaisante pour les deux.

Dans ces conditions, les parties conservent la maîtrise de leur différend, qu'elles peuvent commencer, suspendre ou arrêter, mais à la condition d'être d'accord. Une partie seule peut mettre fin au processus ; nul ne peut être concilié contre son gré, ni même en son absence. Le consentement des parties est la pierre angulaire du règlement, sans lequel celui-ci perd toute légitimité et toute efficacité<sup>945</sup>.

---

<sup>945</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., pp. 124-125.

Cette primauté de la volonté et du consentement revêt une importance toute particulière en matière de finance islamique. En effet, les produits et les activités de la finance islamique se basent presque entièrement sur le concept de contrat qui symbolise le principe de l'autonomie de la volonté. Dans ce cas, le recours à une justice conventionnelle ou contractuelle comme les modes amiables pour régler les litiges relatifs à ces activités s'inscrit pleinement dans la philosophie de cette finance et correspond parfaitement à son esprit et à ses méthodes. Le règlement amiable doit être le préalable nécessaire à toute autre méthode de règlement des conflits.

*En deuxième lieu*, le règlement amiable se distingue par sa simplicité et sa souplesse. A la différence de la justice étatique, ce mode est libéré des contraintes formelles. Par conséquent, il n'est pas nécessaire pour les parties d'avoir une connaissance du droit procédural et substantiel applicable afin de pouvoir former leurs prétentions ou leurs contestations. En effet, les parties possèdent une liberté totale dans la désignation du tiers et dans la détermination des procédures appliquées au litige, du lieu et de la durée du règlement à l'amiable.<sup>946</sup>

La simplicité du règlement amiable réside aussi dans le fait que ce procédé repose sur les techniques conventionnelles de communication. Ces techniques permettent à un médiateur ou à un conciliateur par exemple de s'entretenir avec les parties alternativement, et non pas toujours ensemble, voire avec une seule des parties<sup>947</sup>.

Tout cela permet aux parties de gagner du temps et de faire des économies en évitant des procédures judiciaires longues et coûteuses. Cette vertu donne aussi au médiateur ou au conciliateur la possibilité de trouver une solution répondant aux exigences de l'équité et aux intérêts professionnels des parties plutôt qu'aux règles juridiques formelles<sup>948</sup>.

Force est de constater que la négociation se singularise par rapport aux autres modes amiables par sa grande flexibilité. Cela tient au fait que seuls les intéressés y participent, ce qui leur accorde une très grande liberté dans la préparation de la procédure en conformité avec leurs propres besoins. A ce titre, les parties « fixent notamment l'ordre du jour, décident si les négociations seront publiques ou privées et déterminent le nombre de participants. En assurant que toutes les personnes intéressées ont été consultées sur leur volonté de participer et qu'il

---

<sup>946</sup> Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, op, cit, p. 282.

<sup>947</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op, cit, p. 71.

<sup>948</sup> Jacques El-Hakim, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », art, cit, p. 348.

existe des moyens adéquats d'empêcher les injustices au cours du processus (c'est-à-dire, un déséquilibre de pouvoir entre les parties), les parties ont de meilleures chances d'en arriver à un accord satisfaisant »<sup>949</sup>.

*En troisième lieu*, le règlement amiable se caractérise aussi par sa confidentialité. C'est un trait fondamental qui distingue les modes alternatifs de règlement des conflits de la justice étatique qui, elle, postule le principe de publicité des procédures et du jugement. Il relève de l'essence même de ces méthodes. En effet, tous les auteurs s'accordent sur ce principe<sup>950</sup>. La confidentialité enrobe toutes les étapes de la procédure dès le départ jusqu'à la fin (organisation des procédures, règles applicables, solution éventuellement proposée). Celui qui contreviendrait au devoir de confidentialité commettrait une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile<sup>951</sup>. Si le principe de confidentialité était prévu dans le contrat, la partie défaillante engagerait sa responsabilité contractuelle<sup>952</sup>.

Un certain nombre de conséquences précises résulte du devoir de confidentialité qui pèse sur le tiers. En cas d'échec de sa mission, il ne peut pas, sauf convention contraire des parties, intervenir à nouveau dans le même litige, soit comme conseil de l'une des parties, soit comme témoin. En cas de succès, il est tenu d'observer la confidentialité en ce qui concerne le contenu de l'accord. Mais dans l'hypothèse où l'une des parties vient nier l'accord, il est autorisé au tiers de témoigner de l'existence de celui-ci<sup>953</sup>.

Ce devoir de confidentialité présente de nombreux avantages. En effet, les parties seront en mesure de participer en toute confiance et liberté au processus de règlement de leur conflit sans craindre que les propositions qu'elles feront, les informations qu'elles communiqueront, le comportement qu'elles auront ne se retournent ultérieurement contre elles dans l'hypothèse où le conflit serait rendu public. À côté de la protection des secrets professionnels et de l'empêchement de la cristallisation du litige, la confidentialité favorise l'échange des informations et la sincérité des discussions, et en conséquence, l'accord ou la solution. Elle renforce la confiance entre les parties et le tiers qui intervient pour les aider à

---

<sup>949</sup> Le manuel relatif au règlement des conflits, disponible sur le site du Ministère de la Justice canadien. <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/03.html>

<sup>950</sup> Stéphane Carré, « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *Les petites affiches*, 5 et 8 août 1994.

<sup>951</sup> Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, op. cit. pp. 283-286.

<sup>952</sup> Charles Jarroson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », art. cit. p. 338.

<sup>953</sup> *Ibid.*

trouver un arrangement amiable à leur litige<sup>954</sup>.

*En quatrième lieu*, les modes amiables sont particulièrement rapides. En effet, le règlement des litiges compliqués peut prendre des mois, voire des années devant un tribunal étatique. Mais de manière générale, la mise en place d'une médiation ou d'une conciliation prend entre 2 et 6 mois<sup>955</sup>.

*En cinquième lieu*, le règlement amiable est généralement moins onéreux que les autres modes de règlement des litiges, compte tenu de la simplicité et de la rapidité de la procédure.

*En sixième lieu*, les procédés amiables assurent un règlement conventionnel et non conflictuel du litige. Par cette voie, les parties conciliées peuvent conserver leurs relations professionnelles en évitant la rupture qui résulterait normalement d'une procédure contentieuse engagée publiquement devant le juge étatique. Il s'agit d'un règlement *gagnant-gagnant* dans la mesure où les parties s'estiment satisfaites, ce qui assure la pacification des relations économiques et sociales.<sup>956</sup>

A cette considération, il faut en ajouter une autre tenant à la question de la compétence de celui qui assure le règlement amiable. En effet, les parties peuvent par exemple choisir un médiateur ou un conciliateur ayant une compétence particulière dans l'objet de leur litige. Ceci garantit une solution équitable et conforme à leur attente et leurs besoins. Cette question de compétence occupe une place particulière en matière d'expertise. En effet, le recours par les parties à un expert leur permet d'avoir une vision claire des questions litigieuses. Grâce à l'intervention d'une personne compétente, les parties seront en mesure d'obtenir un avis technique indiscutable<sup>957</sup>. Ce qui facilite finalement la résolution pacifique du litige.

*Enfin*, la transaction présente un avantage supplémentaire par rapport aux autres modes amiables de règlement des conflits : c'est la valeur juridique de la solution. En effet, la transaction a l'autorité de la chose jugée. Elle met fin au litige par épuisement du droit d'action des parties sur l'objet de la transaction. La chose transigée devient immuable, intangible, et ne peut plus être remise en cause et s'impose aux parties comme à tout juge. Si

---

<sup>954</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit, pp. 123-124.

<sup>955</sup> L'article 8. 4 du Règlement de médiation de la Chambre de commerce franco-arabe précise que la durée d'une médiation ne peut excéder trois mois à compter de la désignation du médiateur. Cependant, le Centre a la possibilité de prolonger cette durée à la demande du médiateur et avec l'accord des parties.

<sup>956</sup> Nabile Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, op. cit., p. 166.

<sup>957</sup> Delphine Dumény et Emmanuel Versini, *L'essentiel de l'expertise judiciaire*, op. cit, p.52.

l'une des parties venait à contester la chose transigée par voie judiciaire, elle se heurterait à une *exception de transaction*, soumises aux mêmes conditions et présentant les mêmes caractères que l'exception de chose jugée. L'exception de transaction constitue donc bien une fin de non-recevoir qui peut être invoquée en tout état de cause<sup>958</sup>.

En définitive, les modes amiables de règlement des litiges peuvent occuper une place importante dans la pratique financière islamique contemporaine, du fait des avantages qu'ils offrent aux opérateurs de finance islamique. Toutefois, ces procédés souffrent dans la pratique de certains handicaps qui limitent leur efficacité et leur plein épanouissement en matière de finance islamique.

## §2)- Un rôle limité

Malgré la place importante que peuvent occuper les modes amiables de règlement des conflits dans la pratique financière islamique contemporaine, le rôle de ces méthodes alternatives reste toujours limité. Cela tient essentiellement à certains handicaps que souffrent ces modes amiables.

*Premièrement*, les modes amiables, bien qu'offrant aux parties un certain nombre de garanties quant à la liberté du choix d'un tiers neutre, indépendant, compétent et impartial, ne présentent pas *certaines* garanties du procès équitable. Ces garanties sont la condition d'une bonne justice dans une société démocratique. Elles consistent principalement dans les exigences suivantes : l'indépendance et l'impartialité du tiers intervenant dans le règlement du litige, le respect d'une procédure publique se déroulant dans un délai raisonnable, la contradiction des débats, l'égalité des armes entre les parties, le droit à la défense, le droit à un interprète et l'assurance d'une décision motivée, la possibilité de faire des recours contre la décision rendue<sup>959</sup>.

---

<sup>958</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op, cit, pp. 82-83. Il faut noter que le projet de loi français sur la justice du 21<sup>ème</sup> siècle prévoit dans son article 6 que : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les mêmes parties d'une action en justice ayant le même objet » (Projet adopté par le Sénat français le 6 novembre 2015).

<sup>959</sup> Voir à cet égard l'article 6 paragraphes 1 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au

En réalité, l'enjeu dans le procès équitable ne réside pas dans l'équité substantielle, mais dans l'équité du processus délibératif que constitue le procès dans la recherche d'une solution juste du litige. On n'est pas loin ici de la théorie de la justice procédurale. Avant d'être saisie dans la substance de la décision, la justice doit s'observer dans le déroulement du procès qui y conduit. Si une procédure juste ne prémunit pas des décisions injustes, il y a peu de chances, en revanche, qu'une procédure injuste conduit à des décisions justes<sup>960</sup>.

Etant contractuels, les modes amiables se distinguent par l'absence de formalisme, et par conséquent, du principe de la contradiction. En effet, afin de défendre la thèse de l'inapplicabilité du principe de la contradiction, deux types d'arguments sont traditionnellement avancés. D'abord, sur le plan des principes, le principe de la contradiction est intimement lié au procès. Il s'agit ainsi d'une règle essentielle du procès. En ce sens, il se trouve limité au domaine du procès. Cependant, en règle générale, les modes amiables ne sont pas de nature procédurale. Ensuite, sur le plan technique, le principe de la contradiction apparaît peu compatible avec la flexibilité qui doit commander le fonctionnement des modes amiables de règlement des litiges. En effet, les règles régissant le principe de la contradiction sont rigides. Or, pour rapprocher les parties, la tierce personne qui intervient dans la solution amiable doit pouvoir les entendre de façon séparée. En réalité, « pas à pas, d'explication à explication, concession après concession », <sup>961</sup> le rapprochement des points de vu devient possible.

Néanmoins, une partie de la doctrine a critiqué cette objection adressée à l'égard des modes amiables de règlement des différends en affirmant que la contradiction n'est pas qu'une règle fondamentale du procès. Au contraire, il s'agit d'une opération judiciaire ou extrajudiciaire à laquelle tous les intéressés dans un litige sont à même de participer. De plus, l'essentiel, à travers le contradictoire, est que la loyauté du processus de règlement soit recherchée et garantie car elle est le moyen d'atteindre la justice. Or la loyauté est plus une exigence contractuelle que processuelle<sup>962</sup>.

---

public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

<sup>960</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit, pp. 107-108.

<sup>961</sup> Charles Jarrosson, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *Revue générale de droit public*, 1999, p. 764.

<sup>962</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit, pp. 117 et s.

Dans le même ordre d'idées, le règlement amiable pose également la question primordiale du respect des droits fondamentaux des parties, c'est-à-dire les droits de la défense. On sait bien qu'il pourrait exister des inégalités techniques, économiques et autres entre les parties au litige. Dans ces conditions, il est très probable que ces inégalités aboutissent à des conséquences injustes. En effet, dans un rapport inégalitaire, l'une des parties pourrait imposer sa solution du litige à son adversaire<sup>963</sup>.

*Deuxièmement*, étant donné que les modes amiables de règlement des conflits reposent sur l'absence de formalisme, les parties ignorent au moment du recours à ces modes, les règles selon lesquelles leur litige sera tranché. Cela engendre une ambiguïté et un manque de clarté et de visibilité, très préjudiciables au développement de ces méthodes. En effet, cette invisibilité n'encourage pas les opérateurs de finance islamique à recourir à ces modes en vue de régler leurs différends, d'autant que les écoles juridiques islamiques et les opinions doctrinales sont assez diversifiées et parfois très techniques.

A cette considération, il faut en ajouter une autre inhérente à la question de la construction d'un système doctrinal et jurisprudentiel cohérent et structuré capable de soutenir l'architecture financière islamique. En effet, la solution amiable, à la différence du jugement ou de la sentence, ne peut pas constituer une base solide d'un arsenal normatif assurant l'essor des institutions financières islamiques. Car, la notion de précédent, fondamentale dans la construction d'un système de référence juridique à la fois permanent et évolutif, fait défaut dans les modes amiables de règlement des litiges.

*Troisièmement*, la faiblesse fondamentale de la solution amiable consiste en l'absence d'une valeur contraignante pour les parties. A l'exception notable de la transaction, la solution issue d'une médiation ou d'une conciliation par exemple n'a pas de *force obligatoire* et ne présente pas les qualités d'une décision de justice étatique ou arbitrale. En effet, les parties ou l'une d'elles peuvent, en cas d'un règlement par l'intervention d'un tiers, accepter ou refuser la proposition de celui-ci sans avoir besoin de justifier leur refus. Le succès de cette méthode dépend entièrement du bon vouloir et de la compréhension mutuelle des parties. Si les efforts des parties n'aboutissent pas à un accord mutuel, c'est-à-dire si ces dernières n'acceptent pas l'avis du tiers, le règlement à l'amiable est considéré comme ayant échoué. En effet, il est incontestable qu'en cas d'échec des tentatives de règlement à l'amiable, les parties

---

<sup>963</sup> Ibid. pp. 108-109.

contractantes se retrouvent à la case départ avec perte de temps et d'argent<sup>964</sup>.

*Quatrièmement*, bien qu'ayant une force obligatoire entre les parties, la transaction souffre néanmoins de certains handicaps relatifs aux règles concernant les vices du consentement. En effet, ces règles sont plus strictes qu'en droit commun, car la transaction, qui n'est critiquable qu'au moyen d'une action en nullité contractuelle, ne peut être annulée que pour certaines causes : elle ne peut être attaquée ni pour erreur de droit, ni pour lésion, mais seulement pour erreur sur la personne ou sur l'objet de la transaction, ainsi que pour dol et violence. Il en résulte une limitation du droit des parties de faire annuler une solution qui pourrait être entachée de certains vices du consentement<sup>965</sup>.

*Cinquièmement*, le règlement amiable n'empêche pas les parties ou l'une d'elles de mettre fin à tout moment et unilatéralement au processus amiable pour recourir au juge étatique ou à l'arbitre. Cela conduit naturellement à l'incertitude de la voie amiable comme moyen stable, sécurisé et efficace de résolution des conflits.

*Sixièmement*, le fait que les modes amiables de règlement des litiges reposent sur la bonne volonté des parties, on risque fort bien de perdre du temps et de l'argent sans résultat puisque chaque partie a toute la liberté d'accepter ou de refuser la solution suggérée. Le règlement amiable peut donc être à l'origine d'une longue procédure si une partie ne s'y conforme pas volontairement<sup>966</sup>. Cela ouvre la voie, ce qui est encore plus grave, aux manœuvres dilatoires de certaines parties de mauvaise foi. Comme l'indique justement Jacques El-Hakim, « Le succès des modes alternatifs de règlement dépend, en définitive, du bon vouloir et de la bonne foi des intéressés. Un débiteur récalcitrant, prêt à tout pour retarder ou esquiver l'exécution de ses obligations, pourrait fort bien s'accommoder d'une procédure de règlement amiable à laquelle il ne souscrit que pour la forme, et qu'il utilise comme un moyen dilatoire supplémentaire qui lui permettrait de reculer ses échéances, de dissimuler son actif et d'organiser son insolvabilité »<sup>967</sup>. Cet handicap majeur du procédé amiable revêt une importance toute particulière dans le domaine de la finance islamique. En effet, en cas d'échec de la procédure amiable à la suite des manœuvres dilatoire du débiteur, les

---

<sup>964</sup> Charles Jarrosson, La notion d'arbitrage, op, cit, p. 197 ; Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, op, cit, pp. 307-308.

<sup>965</sup> Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op, cit . p.82 ; khaled aukashah, *Le rôle de l'arbitrage dans la résolution des litiges de contrats d'investissement*, Dar althaqafa, Amman, 2014, p.64.

<sup>966</sup> Gerold Herrmann, « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends », *Revue Arbitrage*, 1985, p.352.

<sup>967</sup> Jacques El-Hakim, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », art, cit, p. 357.

institutions financières islamiques se trouvent largement perdantes dans la mesure où elles ne sont pas en droit de réclamer des intérêts moratoires, compte tenu de l'interdiction de la *riba* en droit islamique.

*Septièmement*, le règlement amiable postule, évidemment, la notion de *concession* bilatérale (cas de la transaction et éventuellement des autres modes amiables de règlement des litiges) ou unilatérale (cas de la conciliation et de la médiation). Cette notion participe assurément de l'essence même de ces modes alternatifs de règlement des conflits<sup>968</sup>. En réalité, la plupart des législations nationales retiennent la formule suivante : « les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître et ce, au moyen de concessions réciproques »<sup>969</sup>. Or, cette notion de concession réciproque n'est pas forcément compatible avec l'idée de juste qui repose sur le fait de donner à chacun son droit ou son dû intégralement. Une concession veut dire une renonciation à une partie des droits prétendus. Il arrive qu'une des parties au litige exige l'intégralité de ses droits. Dans une telle hypothèse, la voie amiable ne lui permettrait pas de faire valoir ses demandes. En outre, la notion de concession réciproque n'aboutit pas toujours à un règlement gagnant-gagnant. Dans certains litiges, il y a une partie perdante puisque l'une des parties faisant des concessions aura gagné, en cas de règlement par voie d'arbitrage ou judiciaire, l'intégralité ou une partie importante de ses prétentions. Dès lors, les concessions faites par cette partie peuvent avoir une valeur beaucoup plus importante que les dépenses que cette partie aurait dû verser au tribunal ou à l'arbitre et qu'elle aurait pu se faire rembourser. Surtout si le différend avait été résolu rapidement devant l'arbitrage<sup>970</sup>.

Parfois, la concession n'est pas fondée sur un consentement *parfaitement libre*. Comme l'écrit un auteur, « Tous les accords ne sauraient être parfaits, et certains laissent fréquemment un goût d'inachevé. Le consentement est quelquefois à la limite de la contrainte : à quoi sert-il de refuser, si de toute façon je ne peux rien avoir d'autre ? L'air est connu, par exemple en matière d'entreprise en difficulté, ou lorsqu'un débiteur est insolvable »<sup>971</sup>. Par ailleurs, dans les méthodes amiables de règlement des conflits, notamment dans la transaction, il y a renonciation à un droit d'action, renonciation à l'utilisation des voies

---

<sup>968</sup> Nabile Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, op. cit., p. 219 ; Charles Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », Recueil Dalloz 1997, 32e Cahier Chronique, p. 267.

<sup>969</sup> Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, op. cit., p. 262.

<sup>970</sup> Ibid. p. 290.

<sup>971</sup> Bertrand De Belval, « Petite réflexion sur le développement des modes de règlement alternatifs des conflits par rapport au Droit », Gazette du Palais, n° 129, p. 12.

juridictionnelles. Cela se démarque nettement de l'arbitrage où il y a seulement renonciation à recourir aux juridictions étatiques et non pas au droit d'action<sup>972</sup>.

*Huitièmement*, les modes amiables correspondent parfaitement aux petits litiges qui mettent en jeu des intérêts mineurs. En revanche, sa capacité à répondre aux besoins de grands et épineux litiges pose des interrogations légitimes, étant donné l'absence de certaines garanties relatives au procès équitable et à l'efficacité de la solution dégagée. Cela est particulièrement vrai dans le domaine de la finance islamique où les litiges relatifs à cette activité concernent le plus souvent des enjeux majeurs impliquant des questions d'une grande technicité et d'une grande valeur financière.

*Neuvièmement*, en dépit du fait que le droit islamique recommande vivement le recours à la voie amiable pour régler les litiges de différentes natures (sociaux, économiques, familiaux, etc.), les institutions financières islamiques observent une grande réticence à l'égard des modes amiables. Cela tient essentiellement, outre les obstacles techniques propres à ces modes, à plusieurs considérations : le faible enracinement de la culture des modes amiables dans la mentalité et le comportement des acteurs de finance islamique ; la confiance insuffisante quant à l'efficacité de ces méthodes pour la régulation des activités financières islamiques et la résolution des litiges liés à ces activités. Ce dernier point s'explique en partie par l'absence des expériences et des précédents en la matière.

*Enfin*, le règlement amiable pose aussi une question aux confins de la philosophie juridique et politique car depuis des siècles le droit demeure ce cadre de référence de la justice. Or il semble aujourd'hui remis en cause sinon dans son principe, du moins dans la manière d'en régler les différends. En effet, le processus amiable repose souvent sur des considérations d'équité plus que de droit. Les bons sentiments, aux relents idéologiques et traduisant une morale simpliste, font souvent office de règle à tout faire. Certes, l'équité bien comprise, correctrice de normes trop rigides, ne saurait être critiquée. Elle apporte une épaisseur humaine à des règles dont la propension à l'abstraction est importante. Ceci étant, il ne faut pas oublier que l'équité peut comporter un risque d'arbitraire. Le droit est, en effet, une garantie fondamentale car il postule une norme commune et universelle. Il est ou devrait être, un moyen de cohésion sociale, une structuration minimale des comportements, pour permettre une vie en société capable d'assurer le respect de chacun, tout en lui laissant une

---

<sup>972</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op. cit, p. 203.

certaine liberté d'action. On peut citer à cet égard l'exemple du Code de la route : s'il n'y a pas de règle, c'est le chaos qui va régner. De même, le droit des contrats vise à assurer la sécurité des conventions, la réalisation d'affaires, etc. Le droit est donc un ensemble de normes nécessaires à la vie en société<sup>973</sup>.

Derrière la généralisation du contrat comme mode privilégié de régulation sociale, se cache le risque d'ouvrir la porte à une fragmentation totale, car chacun aura sa décision avec toutes les limites que cela comporte. Faire confiance au droit, c'est sortir de la subjectivité pour se placer sur un plan général, juridique, qui relie les uns aux autres. Le droit participe à la sociabilité de l'Homme. Vouloir s'en affranchir au motif qu'il faut privilégier la contractualisation de la résolution des litiges, apparaît dangereux. Par l'indépendance et l'impartialité qu'elle est censée incarner, par l'outil commun qu'elle est censée examiner, cette norme est un pilier essentiel de la démocratie. On assiste donc à la dévalorisation de la dimension régulatrice première de la norme. En se référant à des considérations ne trouvant pas leur source dans la règle juridique, le règlement amiable jette les bases d'une société qui ne comprendra plus le sens de la norme. Dans cette dévalorisation de la norme comme « cadre de référence », il y a ce que le doyen Carbonnier avait appelé la pulvérisation du droit en droits subjectifs<sup>974</sup>.

Cette explosion des droits subjectifs est une manifestation de la perte du sentiment d'altérité de la personne qui ne se conçoit pas dans un rapport aux autres, mais par rapport à sa propre subjectivité. L'intérêt principal de la norme est précisément de sortir de cette subjectivité excessive. Mais il ne faut pas en déduire que la norme est purement objective et fait fi de la subjectivité. Elle pose des jalons objectifs que l'utilisation par les interprètes, personnes humaines, vont adapter au cas d'espèce<sup>975</sup>. Autrement dit, ces modes alternatifs reposent sur une conception relativiste des choses qui n'est pas sans danger : comment départager, s'il n'y a pas un socle stable sur lequel repose les prétentions opposées ? Cette dévalorisation de la norme au profit des considérations subjectives pourrait être encore lourde de conséquences dans le domaine de la finance islamique.

---

<sup>973</sup> Voir Bertrand De Belval, « Petite réflexion sur le développement des modes de règlement alternatifs des conflits par rapport au Droit », art, cit, p. 13.

<sup>974</sup> Voir Jean Carbonnier, « La morale est encore moins sûre que le droit », in *Droit et Passion du droit sous la Vème République*, Edition Flammarion, 2006.

<sup>975</sup> Bertrand De Belval, « Petite réflexion sur le développement des modes de règlement alternatifs des conflits par rapport au Droit », art, cit, p. 14.

En effet, cette finance se caractérise par le fait qu'elle repose sur les principes et règles de la Charia islamique. Ce sont, en réalité, ces principes et règles qui lui donnent sa légitimité, son essence et sa singularité. Par conséquent, la résolution des litiges relatifs à ce secteur d'activité ne doit en aucun cas reposer sur une pure subjectivité ou sur des avis personnels contraires aux exigences juridiques islamiques. Toute solution doit puiser sa source d'inspiration dans les préceptes de la Charia. En ce sens, la Charia islamique doit régir non seulement les activités de la finance islamique mais aussi la résolution des différends nés dans le cadre de ces activités. Cet aspect est fondamental dans le renforcement de la confiance à la finance islamique et à son rôle financier et social.

Au final, à la lumière de tout ce qui précède, il apparaît que les modes amiables de règlement des litiges sont des outils très utiles qui méritent un engagement profond, car il est toujours plus fécond de réunir que d'opposer. Faire émerger un consentement de nature à sortir d'un différend est une action qui doit mobiliser les énergies. Néanmoins, cela ne doit pas nous amener à exagérer l'importance de ces méthodes et le rôle qu'elles pourraient jouer notamment dans le domaine de la finance islamique.

En effet, ce type de règlement souffre dans la pratique de certains handicaps qui limitent son efficacité dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Dans l'état actuel des choses, le règlement amiable ne peut pas et ne doit pas être un mode exclusif. Il ne doit pas aboutir à exclure les autres modes de règlement des différends, et surtout l'arbitrage. Comme le rappelle justement Loïc Cadiet, « les modes amiables de règlement ne doivent donc être ni diabolisés, ni sacralisés. Ils ont simplement un rôle à jouer dans la pratique des divers modes de régulation des conflits, ni plus, ni moins »<sup>976</sup>.

---

<sup>976</sup> Loïc Cadiet, « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in, P. Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn (sous la direction de), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Mission de recherche Droit et justice, Paris, 2003, pp. 255- 265.

## **Seconde Partie. La prise en compte suffisante de la particularité de la finance islamique par l'arbitrage**

Face aux insuffisances ou aux limites de la justice étatique et des modes amiables dans la prise en compte de la spécificité de la finance islamique, la réflexion s'articule tout logiquement autour de l'arbitrage. A l'heure actuelle, ce mécanisme alternatif de règlement des différends apparaît comme la voie la mieux adaptée à la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Plusieurs facteurs expliquent cette place privilégiée qu'occupe l'arbitrage dans ce domaine. D'abord, l'arbitrage bénéficie d'une très grande légitimité islamique. Il s'agit en effet d'un mode de règlement des litiges fortement enraciné dans la culture juridique et religieuse islamique. Reconnu par les principales sources normatives de la Charia, l'arbitrage a historiquement joué un rôle très important dans la vie des sociétés islamiques. Ce rôle ne s'est pas limité aux seules affaires commerciales. Il s'est très rapidement étendu aux litiges de nature politique. Sur le plan doctrinal, les jurisconsultes musulmans ont réfléchi sur l'institution en lui donnant une réglementation conforme à leur état d'esprit et à leur contexte socio-économique.

Fort de cette légitimité islamique multiséculaire, l'arbitrage présente ensuite un grand avantage au niveau de l'application de la Charia. Basée sur la volonté des parties, l'arbitrage est une justice conventionnelle qui accorde une très grande liberté aux parties pour régler le processus de résolution de leur litige. De ce fait, ce mécanisme permet aux opérateurs de la finance islamique d'assurer la mise en œuvre de la Charia en tant que droit applicable. Il leur offre également la possibilité de choisir un arbitre compétent en finance islamique. Cela permet d'avoir une sentence conforme aux règles, principes et finalité de la religion musulmane.

Si l'arbitrage permet une résolution légitime du point de vue islamique, il assure aussi une solution techniquement et pratiquement efficace. Cela passe à travers les multiples avantages pratiques de l'arbitrage. De plus, la bienveillance des Etats à l'égard de cette institution garantit la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, ce qui renforce substantiellement son efficacité notamment en matière de finance islamique. Tous ces éléments s'imbriquent pour justifier la préférence accordée à l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges de financement islamique (**Titre I**).

Au-delà de cette préférence accordée à l'arbitrage dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique, la question qui reste posée est celle de savoir comment renforcer le rôle de l'arbitrage en matière de finance islamique. Le but dépasse largement l'aspect purement technique de la résolution des litiges. Il vise en réalité l'arbitrage comme une institution fondamentale de l'industrie financière islamique, comme un pilier de la promotion de la finance islamique. En effet, si le droit musulman de l'arbitrage a connu un développement à partir de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, ce développement demeure cependant insuffisant. De ce fait, une nouvelle réflexion sur l'arbitrage s'impose avec évidence. A ce titre, on pourrait s'interroger sur les sources d'inspiration de ces nouvelles perspectives ainsi que sur les zones qui nécessitent une adaptation ou une modernisation (**Titre II**).

# **Titre 1. Facteurs de la préférence accordée à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges relatifs à la finance islamique**

L'objet de ce titre est de réfléchir sur les raisons qui expliquent la primauté ou la préférence accordée à l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, le raisonnement qui sous-tend ce titre s'articule autour de deux idées fondamentales. La première idée concerne la problématique de la légitimité du mécanisme qui assure le règlement des litiges.

A la différence de la justice étatique actuelle qui se trouve en quelque sorte dans une « crise de légitimité » dans la mesure où cette justice s'appuie sur un système de valeur séculier, sur un droit et une vision du monde détachés des sources normatives islamiques, l'arbitrage semble échapper à ce problème fondamental lié à la légitimité. En réalité, en tant qu'idée, institution, mécanisme de pacification des rapports sociaux, l'arbitrage plonge ses racines plus loin dans la culture, la pensée politique, juridique économique et sociale islamique. Il fait partie intégrante de l'identité culturelle musulmane. Il s'est développé avec l'évolution de la société musulmane et la mutation de l'idée de juste.

S'il est pratiqué de façon simple à l'époque préislamique, l'arbitrage connaît une évolution remarquable avec la naissance de la religion musulmane au point de devenir l'instrument assurant la pacification des litiges liés à l'organisation politique de la société islamique. Systématisé et conceptualisé par les juristes musulmans classiques, l'arbitrage reste un élément fondamental de la pensée juridique islamique moderne et contemporaine. Il va connaître une rénovation intéressante à partir de la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. Cet enracinement de l'arbitrage dans la culture juridique islamique, aussi bien ancienne que moderne, lui accorde une légitimité islamique incontestable (**Chapitre 1**).

La seconde idée est relative à la question de l'efficacité. On s'interroge ici sur l'aptitude et la capacité de l'arbitrage à trouver aux litiges relatifs à la finance islamique une solution efficace sur un triple point de vue : religieux, technique et pratique. En permettant la prise en compte des règles et principes de la Charia, l'arbitrage apparaît fondamentalement comme une justice particulièrement efficace sur le plan religieux. Cette efficacité religieuse

de l'arbitrage réside dans la philosophie même de ce mécanisme : il s'agit d'une justice conventionnelle qui trouve son fondement dans l'autonomie de la volonté et la liberté des parties. En assurant la résolution des litiges de financement islamique par des experts ayant des compétences, des savoir-faire, des réputations dans ce secteur d'activité, l'arbitrage se manifeste comme une justice efficace sur le plan technique. En permettant également le règlement des litiges de manière adaptée aux besoins des opérateurs de la finance islamique et de façon assurant la reconnaissance et l'exécution de la sentence, l'arbitrage s'affirme comme une justice efficace sur le plan pratique. Ces éléments font de l'arbitrage un mécanisme très utile et singulièrement efficace pour le développement de l'industrie financière islamique (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1. L'enracinement de l'arbitrage dans la culture juridique islamique : vers une légitimité islamique incontestable**

L'arbitrage, en tant qu'institution par laquelle un tiers règle un différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission de trancher un litige qui lui a été confié par celles-ci, est une notion fortement enracinée dans la culture juridique et la pensée sociale arabo-musulmane. Elle remonte très loin dans l'histoire, puisqu'elle trouve son origine dans la société arabe préislamique. En effet, à la différence des Empires romain et perse, fondés sur la notion d'autorité politique centralisée, le système politico-social dans la société arabe préislamique était fondé sur un concept central : la tribu. Les Arabes de cette époque vivaient en tribus. Chaque tribu était dirigée par un chef, appelé Cheikh, auquel obéissaient tous les membres de la tribu et devant les ordres duquel ils s'inclinaient. La destinée de chaque individu était étroitement liée à celle de sa tribu. Il était puissant si elle l'était ; à l'inverse, si elle était faible, il l'était aussi, car les membres d'une même tribu partagent tous les honneurs

et malheurs de celle-ci<sup>977</sup>. Ce lien est appelé « al-assabiyya al-qabaliyya » par le philosophe Ibn Khaldoun<sup>978</sup>.

A cette époque-là, le principe de la vengeance personnelle régnait, car il était le résultat naturel de l'absence de toute autorité centrale à laquelle les individus et les groupes auraient pu se référer pour se voir rendre justice. Dans ce contexte, les Arabes de l'ère préislamique n'eurent pas à leur disposition de vrai pouvoir judiciaire habilité à trancher les litiges, à faire respecter les droits et mettre fin à l'anarchie<sup>979</sup>.

A la place d'une organisation judiciaire ordonnée, existait une justice tribale assurée par le chef de tribu sous une forme adaptée à leur vie élémentaire. Ils connurent également l'arbitrage car il était habituel que les adversaires, fussent-ils des individus ou des tribus, recourent à l'arbitrage en vue de trancher leurs litiges. Cet arbitrage était décidé par un accord en vertu duquel l'objet du litige ainsi que le nom de l'arbitre ou du sage chargé de le trancher étaient désignés. Il était facultatif et laissé au libre choix des parties. La sentence arbitrale n'était pas légalement obligatoire et son exécution ne dépendait que de la seule autorité morale de l'arbitre. Pour cette raison, certains arbitres exigeaient des engagements de la part des parties afin qu'ils soient sûrs que leur sentence soit acceptée et exécutée. La procédure était très simple et fondée sur le principe de la confrontation des parties<sup>980</sup>. Les règles de la preuve, quant à elles, étaient fondées sur le principe : « la preuve est à la charge du demandeur et le serment est à la charge de celui qui nie »<sup>981</sup>.

On rapporte, dans les livres d'histoire, qu'avant l'apparition de l'Islam, une inondation a affecté la Mecque au point de détruire une partie de la Kaaba. Lors de la reconstruction de la Kaaba, à laquelle tous les principaux groupes de Koureich ont participé, un grave incident a surgi. En effet, chacune des familles voulait s'approprier l'honneur de poser la pierre noire sacrée à sa place. Comme aucune d'entre elles ne voulait céder, elles étaient devant une impasse. C'est pourquoi l'idée de l'arbitrage s'imposa. Mohammad- pas encore Prophète au moment des faits- fut choisi et il leur proposa une solution, acceptée par tous, consistant à

---

<sup>977</sup> Sobah Abdulsalam, *Convention d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral dans les législations des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe*, Thèse de droit, Université de Bourogne, 1997, p. 36.

<sup>978</sup> Ibn Khaldoun, *Discours sur l'histoire universelle*, traduction de Vincent Monteil, Editions Imprimerie Catholique, Beyrouth, vol. 1, 1968, p. 259.

<sup>979</sup> Sobah Abdulsalam, *Convention d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral dans les législations des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe*, op, cit, p. 36.

<sup>980</sup> Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, Paris, 1988, p. 13 et s ; Emile Tayan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Editions Brill, Leiden, 1960, p. 35 et s.

<sup>981</sup> Il convient de noter que cette règle sera adoptée par la Charia islamique plus tard. Voir l'article 76 de la *Mejelle* ottomane.

poser la pierre sur un grand morceau de tissu soulevé à chaque coin par un chef de tribu jusqu'au niveau de son emplacement et à la faire mettre en place par Mohammad<sup>982</sup>.

L'avènement de la révélation islamique a marqué un tournant décisif dans tous les domaines de la vie sociale arabo-musulmane. Mais l'apparition de la nouvelle religion n'a pas empêché l'arbitrage de jouer son rôle de mécanisme régulateur des rapports sociaux. Au contraire, l'Islam a reconnu et recommandé le recours à cette institution en lui donnant une nouvelle légitimité religieuse et en définissant ses principes et règles d'organisation et de fonctionnement. Il serait, dès lors, important d'analyser la place de l'arbitrage dans le droit musulman classique (**Section 1**), avant d'aborder cette question dans le droit musulman contemporain (**Section 2**).

## **Section 1. L'arbitrage comme mécanisme de règlement des litiges en droit musulman classique**

En tant que mécanisme de régulation sociale et instrument de pacification des rapports entre les membres de la société, l'arbitrage a occupé une place importante dans le projet social et sociétal perçu par l'Islam. En effet, l'impératif de justice et d'équité constitue l'une des grandes préoccupations de la révélation islamique. C'est la raison pour laquelle l'Islam s'intéresse toujours à toute institution ou à toute règle qui concourt à réaliser cette finalité suprême. Si le droit musulman accorde une attention particulière à l'arbitrage, c'est parce qu'il s'agit d'un mode de résolution des litiges particulièrement propice à la réalisation de l'équité et de la justice divine à laquelle l'Islam aspire.

Dans cette perspective, les sources principales de la Charia se contentent de dessiner les principes généraux de l'institution sans fixer une réglementation bien précise et détaillée. C'est à la doctrine que revient la tâche de dégager les règles légales et le système juridique régissant l'organisation et le fonctionnement de l'institution. En effet, les juristes musulmans ont fait de l'arbitrage un sujet d'étude et d'analyse en raison de son importance. De ce fait, l'arbitrage a été abordé par les docteurs des grandes écoles juridiques et continue d'inspirer certaines opinions jurisprudentielles. Le sujet de l'arbitrage se trouve dispersé entre les ouvrages du hadith, de l'interprétation « Tafssir » et du fiqh islamique. A ce titre, nous allons

---

<sup>982</sup> Mohammad Ben Hisham, *Alssira al nabaouiyya* (La biographie prophétique), tome 1, Le Caire, 1971, pp. 221-228.

d'abord étudier le cadre conceptuel de l'arbitrage (§1), puis son régime juridique, tels qu'ils sont systématisés par le droit musulman classique (§2).

## **§1. Le cadre conceptuel**

Etudier le cadre conceptuel général de l'arbitrage en droit musulman classique revient, en réalité, à trouver des réponses satisfaisantes aux questions fondamentales suivantes : quelle est la conception de l'arbitrage en droit islamique classique ? Quels sont les caractères qui permettent de le singulariser des institutions juridiques voisines ? **(A)** Sur quelles bases les jurisconsultes musulmans ont-ils fondé la légitimité ou la validité de l'arbitrage ? **(B)** Quelle est la place de cette institution dans la doctrine des quatre grandes écoles juridiques islamiques ? **(C)** Ces questions méritent d'être posées, car les réponses données à celles-ci nous permettront d'avoir une conception claire de l'arbitrage dans la culture juridique islamique et de saisir sa place dans l'évolution des sociétés arabo-musulmanes.

### **A)- Définition de l'arbitrage et distinction des notions voisines**

Comme cela vient d'être indiqué, les sources principales de la loi islamique se sont bornées à évoquer la notion d'arbitrage, sans autre forme de réglementation. Il est vrai que ces sources ont posé le principe de la licéité de l'institution, mais elles n'ont donné aucune définition de l'arbitrage. Dans ce contexte, ce sont les jurisconsultes musulmans qui vont tenter de définir cette institution **(1)** et de déterminer les traits permettant de la distinguer des notions voisines **(2)**.

#### **1)- Définition de l'arbitrage**

Il est fort logique, lorsqu'on veut traiter de l'arbitrage en droit musulman et en faire notre sujet d'étude, de s'arrêter un moment sur la terminologie afin de comprendre sa signification et sa portée dans la loi islamique.

On entend en arabe par arbitrage, une forme de délégation accordée à une personne pour juger une affaire. Dans ce sens, une personne A délègue à une tierce personne B le pouvoir devenir son arbitre dans un litige<sup>983</sup>. Dans son fameux ouvrage « *Lissan Al arabe* », Ibn Mandour précise que « les parties désignent une tierce personne pour trancher un litige qui les oppose, c'est-à-dire qu'elles lui ont ordonné de devenir un arbitre entre elles. Elles disent aussi que nous l'avons autorisé à devenir notre arbitre, dans le même temps nous avons accepté son jugement<sup>984</sup> ». Dans le Coran, on pourra lire dans ce sens le verset suivant : « Non par ton Seigneur ! Ces gens ne seront de vrais croyants que lorsqu'ils t'auront pris pour juge de leurs différends et auront accepté tes sentences sans ressentiment, en s'y soumettant entièrement<sup>985</sup> ».

Il est utile de signaler que les jurisconsultes musulmans n'ont pas donné une définition précise de l'arbitrage. Par conséquent, il n'existe aucune définition de l'arbitrage dans les sources premières de la Charia, sauf chez les juristes de l'école Hanéfite dans laquelle on trouve une définition relativement précise de l'arbitrage. Ainsi, le jurisconsulte Hanéfite Al-Hasfaqui définit l'arbitrage comme étant « la volonté de deux parties de choisir un arbitre pour résoudre leur litige<sup>986</sup> ».

Les autres juristes ont adopté tacitement une définition spontanée de l'arbitrage. C'est ce que nous avons constaté dans les définitions de l'arbitrage dans les autres écoles juridiques. Pour le jurisconsulte Malékite Ibn Farhoune, l'arbitrage « est considéré comme licite si les parties sont d'accord pour désigner une autre personne comme arbitre<sup>987</sup> ». De même, le jurisconsulte Chaféite Al-Mawardi affirme que l'arbitrage est « le fait que les parties choisissent une tierce personne pour un règlement de leur litige<sup>988</sup> ». Le juriste Hanbalite Al-Mardaoui considère comme « licite le fait de recourir par les deux parties à une tierce personne pour trancher leur litige tout en acceptant le jugement rendu<sup>989</sup> ».

Au regard de ces explications, on constate que l'arbitrage chez les jurisconsultes musulmans classiques peut être défini comme « un choix des parties dans un litige de choisir

---

<sup>983</sup> Al-Mousou'a Al Fikhiya, de ministère des affaires islamiques et de Wakf en Koweït, Tome 10, p. 233.

<sup>984</sup> Ibn Mandour, *Lissan al-Arabe*, L'institution égyptienne générale de publication, le Caire, partie 5, p 21

<sup>985</sup> Le Noble Coran, Sourate An-Nissa (les femmes), verset 65.

<sup>986</sup> Alla' aldin Alhasfaqui, *Charho tanwir al-abssar hashiyat ibn abidine*, tome 2, cité par Ibn Nojeim, *Albahro Araik*, 2 /7, p. 27.

<sup>987</sup> Ibn Farhoune, *Tabssirat alhokam*, 1/50.

<sup>988</sup> Al Mawardi, *Adab al kadi*, 2/377.

<sup>989</sup> Al Mardaoui, *Al inssaf*, 11/197.

par un consentement mutuel une ou plusieurs personnes, non juges, capables de juger et trancher leur litige<sup>990</sup> ».

En dépit de la diversité des opinions des docteurs, un consensus existe en doctrine pour considérer que l'arbitrage dans le droit musulman est un contrat valide<sup>991</sup>. En outre, la conception juridique de l'arbitrage chez les docteurs repose sur deux idées principales : la première réside dans la manifestation de la volonté de recourir à l'arbitrage ; la seconde confère à l'arbitre une mission juridictionnelle dans la résolution des litiges entre les parties.<sup>992</sup>

Il faut constater que la Mejjelle<sup>993</sup> ottomane a pris en considération les deux idées pour donner une description sommaire de ce qui représente la procédure arbitrale. L'explication donnée par la Mejjelle est considérée comme la plus explicite. Selon l'article 1790, « l'arbitrage est une soumission par deux ou plusieurs parties à un tiers d'un litige pour être jugé conformément à la charia<sup>994</sup> ».

Conformément aux définitions données précédemment, l'arbitrage islamique se caractérise par les éléments suivants :

Premièrement, l'accord mutuel des parties d'un litige est primordial. L'arbitrage n'est donc pas la voie ordinaire pour résoudre les différends.

Deuxièmement, il est exigé que l'accord soit mutuel entre les deux parties du litige et non seulement l'accord d'une seule partie.

Troisièmement, le libre choix des parties de choisir une tierce personne ou plusieurs pour résoudre leur litige. Leur accord est une obligation une fois qu'un arbitre est désigné.

Quatrièmement, il faut qu'un litige réel existe et que son règlement doive se faire selon les règles de la loi islamique.

---

<sup>990</sup> Sayid Ahmad Mahmoud, *Le système de l'arbitrage : étude comparée entre la Charia et le droit positif Koweïtien et égyptien*, 2004, p. 20.

<sup>991</sup> Ismail Al Astal, *L'arbitrage dans la charia*, maktabate Anahda AlArabia, p. 16.

<sup>992</sup> Il convient de noter que l'arbitrage a été défini par les juristes modernes comme étant « un contrat par lequel deux parties d'un litige ont manifesté leur consentement de désigner un arbitre et d'accepter enfin son jugement ». Un faqih moderne propose une autre définition beaucoup plus précise selon laquelle l'arbitrage est « le fait de recourir à un ou plusieurs arbitres par les parties pour résoudre un litige en cours ou à venir selon les lois de la charia ». Voir à cet égard, Mustafa Al-Zarqa, *Introduction générale au Fiqh*, Tome 1. p. 601 ; Wahba Azouhayli, *Le Fiqh islamique et ses indices*, Dar Alfikr, Damas, p. 6250.

<sup>993</sup> L'ensemble des règles juridiques de la Charia codifiées selon l'école hanéfite.

<sup>994</sup> Article 1790.

Enfin, il faut une sentence qui résout le litige et met fin au différend.

On constate que la définition de l'arbitrage chez les jurisconsultes musulmans classiques est incomplète. Elle ne souligne pas les piliers et les caractéristiques essentiels de l'arbitrage. En outre, chaque docteur insiste sur certaines caractéristiques de l'arbitrage qui lui permettent de se distinguer des autres définitions. Mais malgré l'absence d'une définition précise de l'arbitrage, les docteurs sont pourtant d'accord sur l'obligation de l'application de la loi islamique dans la procédure arbitrale.

## **2)- La distinction de l'arbitrage des notions voisines**

L'arbitrage peut être confondu avec les autres systèmes juridiques de règlement des différends à tel point qu'il n'est pas aisé de déterminer avec précision les limites qui les séparent. On pourra citer ces autres modes de règlement de différends comme la justice (**a**), la *fatwa* (**b**), l'expertise (**c**) et le *sulh* (**d**).

### ***a- L'arbitrage et la justice étatique***

Le jugement des tribunaux dans la Charia est obligatoire car le juge est investi d'un pouvoir de dire le droit après les Ulémas et les califes. Le jugement du qadi est obligatoire car il est détenteur de l'autorité publique afin de trancher les conflits ou d'appliquer des peines à titre obligatoire<sup>995</sup>.

Mais l'arbitrage est considéré comme une voie pour mandater une tierce personne afin de trancher les litiges par une sentence conforme à la Charia. Le rôle de l'arbitre coïncide avec celui de juge dans la résolution des différends. C'est pour cette raison que les docteurs ont traité l'arbitrage dans le chapitre relatif à la justice.

La justice et l'arbitrage se rencontrent dans le caractère obligatoire de la sentence sauf que la justice étatique est le principe alors que l'arbitrage est l'exception. Dans ce sens, l'arbitrage se situe dans une position inférieure à la justice. Cette dernière se différencie de l'arbitrage à plusieurs points de vue :

---

<sup>995</sup> Ibn Qodama, al Moughni, p. 372.

- Le juge est un magistrat, personne physique, investi par l'État de la mission de trancher les litiges qui opposent les personnes, et de rendre justice en son nom. Si l'on parle de juge étatique, c'est parce qu'il est institué par l'État et rend la justice en son nom. L'autorité du juge et ses prérogatives sont dotées d'autorité publique, alors que l'autorité de l'arbitre s'impose uniquement sur les parties elles-mêmes. Le juge est le représentant de l'Etat<sup>996</sup>, tandis que l'arbitre est mandaté par les parties.

- Le consentement des parties est nécessaire pour désigner l'arbitre, tandis que le juge est désigné par l'Etat<sup>997</sup>.

- La justice dispose d'une compétence générale pour statuer sur toutes les affaires, mais le champ d'application de l'arbitrage est bien limité. L'arbitre n'est pas autorisé à statuer sur les Hudud<sup>998</sup> et les affaires pénales. L'autorité du juge puise sa source dans l'autorité publique applicable sur tous, alors que l'autorité de l'arbitre est applicable uniquement sur les parties qui l'ont choisi. Le jugement du juge s'impose à tous, alors que la sentence de l'arbitre a une autorité relative car elle s'impose uniquement aux parties<sup>999</sup>.

- La sentence arbitrale pourra être validée ou infirmée par le juge selon que la sentence est ou non conforme à sa doctrine. Il est à signaler que cette solution est celle de l'école hanéfite. En outre, certains exigent le consentement mutuel des parties pour que la sentence soit exécutée<sup>1000</sup>.

- Les conditions requises des juges sont posées par le gouverneur et les jurisconsultes, alors que les conditions de l'arbitre sont posées par les parties au litige. Il est autorisé pour les parties d'interrompre l'arbitrage tant que la procédure arbitrale n'est pas encore entamée ou tant que la sentence n'est pas prononcée. Ce dernier point est l'objet d'une divergence entre les docteurs. Les parties peuvent demander la démission de l'arbitre, tandis que les parties n'ont pas cette faculté envers le juge étatique<sup>1001</sup>. Dans le cas où les parties désignent plusieurs arbitres, la sentence doit être prise à l'unanimité des arbitres et non pas à la majorité.

---

<sup>996</sup> Dr Mustapha Al-Zarka, *Introduction générale au Fiqh*, op, cit, p. 601.

<sup>997</sup> Ibn Nojeim, *al Bahar al raiik*, 7/27,

<sup>998</sup> Dans le droit musulman, il s'agit des peines explicitement instituées par le Coran et la Sunna. Elles sont au nombre de sept, ce qui signifie que l'immense majorité des peines sont laissées à l'appréciation du juge.

<sup>999</sup> Ajil Al Nachmi, « L'arbitrage et la justice internationale dans la Charia », *Revue scientifique de conseil européen pour la recherche et la Fatwa*, n° 3, 2003, p. 79.

<sup>1000</sup> Qahtan Al Douri, *Le contrat de l'arbitrage dans le fiqh islamique et le droit positif*, Dar al-Fourkan, 2002, p. 28-29.

<sup>1001</sup> Abn Abdin, *Rad al mouhtar*, 5/428 ; Ali Haydar, *Explication de la Mejelle*, question n 690, article 1838 et 2003.

- Il faut que l'arbitre informe les parties de la sentence avant la clôture de la séance, alors que le juge n'est pas obligé de le faire. En outre, l'arbitre n'est pas tenu de connaître uniquement les litiges dans sa circonscription territoriale comme c'est le cas du juge qui statue sur les affaires relevant de sa compétence territoriale<sup>1002</sup>.

### ***b- L'arbitrage et la fatwa***

La *fatwa* consiste à donner un jugement légal sur une question particulière par un Mufti. Ce dernier est un interprète de la loi musulmane ; il a l'autorité d'émettre des avis juridiques, appelés *fatwas*. Le Mufti est tenu de répondre à la question formulée. S'il ne connaît pas la réponse, il doit dire « je ne sais pas ». Ayant de solides connaissances en droit musulman, le Mufti peut être sollicité aussi bien par les institutions officielles que par les personnes privées. Cette consultation permet de se conformer à la Charia en identifiant sa position sur des questions relevant de la religion, du droit, de la politique, de l'économie, et des autres domaines.

Chez les juristes musulmans, le Mufti<sup>1003</sup> est un Moujtahid<sup>1004</sup>. La *fatwa* a été définie par d'autres juristes comme un avis juridique portant une réponse légale à une question posée au Mufti, ou bien un jugement légal prononcé par un Mufti. La *fatwa* est émise à la demande d'un individu ou d'un juge pour régler un problème sur lequel la jurisprudence islamique n'est pas claire. Il ne s'agit pas d'une *fatwa* quand une personne informe les gens sur une norme légale sans la demande d'aucune partie. Dans ce cas, on parle de l'Irshad qui signifie éclaircissement<sup>1005</sup>.

Si l'arbitrage se rencontre avec la *fatwa* dans l'exposition d'une norme légale concernant une affaire, l'institution de l'arbitrage est liée à la justice en raison de son

---

<sup>1002</sup> Ibn Nojeim, *al bahr al raiik*, p. 28.

<sup>1003</sup> Le Mufti est un juriste religieux qui donne des avis qualifiés de *fatwas* sur des questions d'ordre religieux.

<sup>1004</sup> Mohamed al Zouhaili, *La justice islamique à l'époque du Prophète* (en arabe), 1997, p. 14. Sur le concept d'Ijtihad, voir notre première partie et les développements consacrés aux sources de la loi islamique. Voir également, François-Paul Blanc, *Le droit musulman*, 2ème édition, Dalloz, 2007, p. 25 et s.

<sup>1005</sup> Amer Al-Zibari, *Recherche sur les règles de la fatwa* (en arabe), 1ère édition, Dar ibn Hazm, Beyrouth, 1995, p. 4.

caractère obligatoire selon la plupart des juristes. La *fatwa* n'a pas de caractère obligatoire, ce qui signifie que la *fatwa* est différente de l'arbitrage<sup>1006</sup>:

- Les juristes ont exigé de l'arbitre les mêmes conditions requises du juge étatique. Ces conditions ne sont pas les mêmes pour le mufti. Ce dernier donne son avis légal concernant une affaire, tandis que le juge ou l'arbitre tranchent un litige sur la base d'un jugement légal.

- Si le champ d'application de l'arbitrage est bien limité, la *fatwa* s'applique sur un champ très vaste. Dans ce sens, la *fatwa* peut toucher tous les secteurs de la vie, transaction, adoration, éthique, comportements, etc. Dans le même ordre d'idées, Ibn Farhoun estime que les adorations sont l'objet de la *fatwa* et ne peuvent en aucun cas être soumises à l'arbitrage<sup>1007</sup>. L'Imam Al-qourafi a ajouté qu'« il n'appartient en aucun cas à un arbitre de juger sur une prière concernée si elle est valable (sahiha) ou si elle est nulle (batila) »<sup>1008</sup>. En effet, la *fatwa* peut prendre différentes formes : verbale, écrite, action, signe, etc. Mais l'arbitrage rend une sentence qui nécessite les conditions générales de la sentence : les faits, les causes, l'exécution, etc.

### ***c- L'arbitrage et l'expertise***

L'expertise est la procédure par laquelle on confie à un ou plusieurs experts le soin de donner un avis sur les éléments d'un différend, quand celui-ci présente des aspects techniques. L'expert a une connaissance profonde dans un domaine précis (droit, commerce, industrie, etc.).<sup>1009</sup> Il s'agit d'un avis non obligatoire. La partie qui demande l'avis de l'expert est libre d'adopter ou de refuser son avis. Contrairement à la sentence de l'arbitre qui est, en principe, obligatoire pour les parties qui sont tenues de la respecter. Une fois que l'arbitre a rendu son jugement, les parties sont obligées de l'accepter même si le jugement est contraire à leurs propres avis<sup>1010</sup>. Autrement dit, la mission de l'arbitre est de juger et trancher le litige par une sentence qui a une force obligatoire au même titre qu'un jugement rendu par le juge étatique.

---

<sup>1006</sup> Ajil Al Nachmi, « L'arbitrage et la justice internationale dans la Charia », op, cit, p. 80.

<sup>1007</sup> Ibn Farhoun, *tabssirat al-hokam*, 1/65.

<sup>1008</sup> Al-quorafi, *al-fourouk*, 4/114.

<sup>1009</sup> Mahmoud kadri, *L'arbitrage et la Charia islamique* (en arabe), Dar al-smi'yi, Riyad, 1/2009, p. 146.

<sup>1010</sup> Ahmad Abo alwafa, *L'arbitrage libre et l'arbitrage forcé* (en arabe), Al-ma'arif ,aliskandariya, 1988, p. 29.

L'expert est tenu de donner un avis purement technique non obligatoire sur une affaire concernée<sup>1011</sup>.

On peut déduire que l'expertise et l'arbitrage se rencontrent sur un point : on aperçoit dans les deux institutions la référence à une tierce personne (arbitre ou expert) pour juger un litige des parties. De plus, il est recommandé à l'arbitre et à l'expert d'observer la neutralité et l'impartialité.

La différence entre l'arbitre et l'expert réside dans les points suivants :

- Une des conditions pour l'arbitre est d'avoir une connaissance sur les règles légales et les systèmes commerciaux et les coutumes en vigueur, tandis que l'expert est supposé avoir des connaissances techniques dans un domaine pour lequel son avis est sollicité.

- L'accord des parties est crucial pour que l'arbitre puisse conduire la procédure arbitrale. Mais cet accord des parties n'est pas une condition nécessaire pour que l'expert donne son avis.

- La mission de l'arbitre prend fin une fois la sentence prononcée et le litige tranché, alors que la mission de l'expert, prend fin par son rapport final qui a un caractère purement consultatif et non pas obligatoire<sup>1012</sup>.

- Contrairement à l'expert qui est considéré comme un auxiliaire dont le rôle est bien limité à donner au juge un avis technique, l'arbitre est considéré comme un juge spécial qui tranche le litige entre les parties<sup>1013</sup>.

#### ***d- L'arbitrage et le sulh***

En droit musulman classique, à la différence de la situation actuelle, il n'existe pas de distinction systématique entre le concept d'arbitrage et celui de sulh<sup>1014</sup>. Il faut également noter que dans ce droit la notion de médiation se trouve intégrée dans celle de sulh. En

---

<sup>1011</sup> Abdelhamid AlZiyada, *La convention d'arbitrage commercial : étude comparative entre la Charia et le droits égyptien et libyens* (en arabe), dar Al-matbou'at Al-jami'ia, p. 100.

<sup>1012</sup> Mahmoud kadri, *L'arbitrage et la Charia islamique*, op, cit, p. 167.

<sup>1013</sup> Ali abouRass, *L'expertise dans les litiges civils* (en arabe), Mémoire de droit, Université de Tripoli, 2001, p. 28.

<sup>1014</sup> Sur le concept de sulh en droit musulman, voir notre première partie, titre 2, chapitre 2, section 2, § 2.

d'autres termes, la notion de médiation n'a pas d'existence propre en droit musulman classique. Cela dit, arbitrage et sulh se confondent en effet très largement. Cela s'explique par le fait dans la société islamique traditionnelle, tous les modes alternatifs de règlement des litiges prennent une dimension transactionnelle ou consensuelle très marquée. C'est également la raison pour laquelle les juristes musulmans divergent quant à la nature de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges. Certains rapprochent l'arbitrage de la justice vu que la fonction de l'arbitre consiste à trancher entre des prétentions opposées par une décision qui s'impose aux parties au litige. A l'inverse, d'autres auteurs considèrent l'arbitrage comme un sulh et cela pour plusieurs raisons. En premier lieu, l'arbitrage est un mécanisme de règlement des litiges fonctionnant en dehors de la justice publique ou étatique. En second lieu, le rôle de l'arbitre est de réconcilier les parties et non pas de juger une affaire. En troisième lieu, la décision rendue par l'arbitre ne s'impose pas aux parties<sup>1015</sup>. A vrai dire, l'arbitrage dans cette pensée est très proche du sulh ou de la médiation dans son acception moderne.

Dans cette optique, Selim Jahel souligne qu'« En matière familiale, le tahkim va prendre le plus souvent la forme de la médiation. Il s'agit ici de réconcilier des personnes qui ont entre elles des liens étroits, époux, parents, frères et sœurs, de les rapprocher, et cette tâche est bien plus l'œuvre d'un médiateur que d'un juge ou même d'un véritable arbitre »<sup>1016</sup>. Et l'auteur ajoute que le terme tahkim (arbitrage) utilisé en droit musulman couvre toutes les formes alternatives de règlement des litiges dont l'arbitrage et la médiation (sulh). Autrement dit, la médiation ou le sulh apparaît dans les textes et dans la pratique comme la forme majeure de l'arbitrage<sup>1017</sup>.

Au final, si le recours au sulh est courant dans la tradition islamique, cette notion reste toutefois sans qualification particulière par rapport à l'arbitrage<sup>1018</sup>. Cela signifie que le droit musulman classique n'a pas élaboré une théorie générale propre au sulh qui permettrait de

---

<sup>1015</sup> Sur cette question en droit musulman, voir notre seconde partie, titre 1, chapitre 1, section 1, § 1, C.

<sup>1016</sup> Selim Jahel, « Le concept de médiation dans l'islam », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1, 2017, p. 102.

<sup>1017</sup> Colloque sur la médiation, organisé par la Chambre de commerce franco-arabe et le barreaux de Paris le 19 juin 2013, <http://ccfranco-arabe.org/NewsDetails.aspx?id=477&language=fr>.

<sup>1018</sup> Samir Saleh, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East : A Study in Sharia and Statue Law*, Egypte, 2006, p. 21 et s.

distinguer cette notion de celle d'arbitrage. Cependant, à l'heure actuelle, les choses sont différentes puisqu'une distinction claire et nette est établie entre les deux concepts<sup>1019</sup>.

## **B)- Légitimité de l'arbitrage**

La validité de l'arbitrage en tant que mode de résolution des conflits est bien reconnue en droit musulman classique. Cette question ne soulève aucune controverse. En effet, la notion d'arbitrage a occupé une place importante dans les sources de la révélation islamique. A cet égard, il importe d'étudier la place de l'arbitrage dans les sources divines ou scripturaires de la loi islamique (1), avant de l'aborder sous l'angle des sources humaines ou évolutives du droit musulman (2).

### **1)- Les sources divines**

Comme nous l'avons vu précédemment, il existe deux sources divines ou scripturaires du droit musulman : le Coran et la Sunna. Ces derniers constituent les sources premières de la règle dans la Charia. Ils déterminent la validité et la légitimité des autres sources normatives. En effet, l'arbitrage était parmi les règles coutumières essentielles très répandues dans la société arabe préislamique qui étaient destinées à trancher les litiges de façon amicale entre les gens. Les sources divines de l'Islam ont donné beaucoup d'importance à cette institution en reconnaissant sa validité et en lui donnant une base religieuse solide. De cette manière, l'arbitrage est devenu une règle légale pour régler les différends dans la société à travers sa mission de trancher les litiges et son rôle dans la réconciliation. L'arbitrage se présente comme un moyen de rendre la justice aux personnes en conflit. Ceci réalise les finalités de la religion musulmane<sup>1020</sup>.

---

<sup>1019</sup> Pour une étude détaillée sur le concept de sulh, voir Assid Salah, *Le contrat de Sulh dans les transactions commerciale en Fiqh islamique* (en arabe), Mémoire de Master, Université Al Najah, Palestine, 2006, p. 31 et s. ; Hakimah Yaacob, *Alternative Dispute Resolution (ADR): expanding options in local and cross border islamic finance cases*, international shari'ah research academy for Islamic finance (ISRA), malaysia, 2012, p. 97 et s.

<sup>1020</sup> Mes'oud Al Jouhani, *L'arbitrage dans la Charia et les systèmes positifs : étude analytique* (en arabe), Maktabat Dar al-bayan, Médine, p. 54.

Avec cette affirmation, l'Islam a rendu licite l'arbitrage en le considérant comme meilleur par rapport à la justice<sup>1021</sup>. C'est pourquoi, l'arbitrage a occupé une place de choix dans les sources premières de la révélation divine. Ce mode de résolution des litiges est en parfaite adéquation avec l'équité et la justice auxquelles la religion musulmane aspire. Dans ces conditions, il serait important de voir comment le Coran (a) et la Sunna (b) ont abordé la question de l'arbitrage.

### **a)- Le Coran**

Il convient d'abord de noter que la révélation coranique reconnaît la légitimité de l'arbitrage<sup>1022</sup>, même si elle n'a pas nécessairement posé ses règles de façon détaillée, comme c'est le cas actuellement. Mais elle a consacré le principe même de l'arbitrage, dans plusieurs versets relatifs notamment aux conflits familiaux et successoraux. A cet égard, on peut citer les passages suivants : « Si vous craignez la séparation entre conjoints, faites appel à un arbitre de la famille de l'époux et à un arbitre de la famille de l'épouse. Allah rétablira la concorde entre eux deux, s'ils veulent se réconcilier. Dieu est celui qui sait et qui est bien informé »<sup>1023</sup>.

Les auteurs, aussi bien classiques que contemporains, se réfèrent fréquemment à ce verset pour fonder la licéité de l'arbitrage. En effet, ce verset impose la désignation de deux arbitres (Hakamay'ni) pour éviter la rupture de la relation conjugale en cas de mésentente entre époux. L'arbitrage apparaît comme le moyen idéal dans ce genre de problèmes.

Malgré l'importance de la vie familiale, ce passage coranique confirme expressément que l'arbitre doit mener son travail pour trouver une solution à une relation conjugale brisée. C'est une preuve incontestable que l'arbitrage est licite dans la loi islamique<sup>1024</sup> et que ce mode de règlement des litiges est propice à la réalisation de la justice et de l'équité. Si l'arbitrage constitue le moyen idéal de règlement des conflits familiaux, il est tout à fait

---

<sup>1021</sup> Ajil Al Nachmi, « L'arbitrage et la justice internationale dans la Charia », op, cit, p.70.

<sup>1022</sup> La légitimité de l'arbitrage dans le Coran a fait l'objet de discussion chez les juristes musulmans. Certains ont avancé qu'il suffit de trouver des versets dans le Coran pour en donner une légitimité dans le règlement des litiges, alors que d'autres ont conclu que l'arbitrage trouve son origine dans la coutume que l'islam n'a pas interdite par la suite. Ils ont poussé le raisonnement pour dire que les versets coraniques relatifs au règlement des litiges sont destinés au Prophète de l'islam en tant que chef de l'Etat et détenteur de l'autorité judiciaire. Voir sur cette question, Mohamed Salim Al'awa « Etudes sur le droit de l'arbitrage : égyptien et comparé », centre arabe de l'arbitrage, 2007.

<sup>1023</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa (les femmes), verset 35.

<sup>1024</sup> Al kortobi, *Al Jam'i l'Ahkam al kouran*, 5/179.

normal qu'il soit utilisé dans la résolution d'autres types d'affaires qui ne soulèvent pas des enjeux d'ordre intime comme les conflits entre époux. Autrement dit, la consécration coranique de l'arbitrage en matière familiale nous amène logiquement à affirmer la validité de cette technique dans le règlement des autres types de litiges.

Dans un autre verset, on peut lire ceci : « S'ils s'adressent à toi pour arbitrer un différend, libre à toi d'en juger ou de t'en abstenir. Si tu t'abstiens d'intervenir, ils ne sauront te nuire en aucune manière ; mais si tu les juges, fais-le en toute équité ! Dieu aime ceux qui sont équitables<sup>1025</sup> ». En s'adressant au Prophète, Dieu ordonne à son Messager, si deux personnes sont venues lui demander de juger leur litige, de le faire avec équité. En interprétant ce passage, Ibn Al Arabi estime que « ce verset est une source légale pour toutes les personnes qui demandent à un tiers arbitre de trancher un litige<sup>1026</sup> ».

Dans la même sourate, le Coran dit : « Ô les croyants ! Ne tuez pas le gibier pendant que vous êtes en état de consécration rituelle (Ihram). Quiconque parmi vous en tue délibérément, qu'il compense alors, soit par quelques bêtes de troupeau, semblables à ce qu'il a tué, d'après le jugement de deux personnes intègres parmi vous. Il peut expier sa faute en nourrissant un nombre déterminé de pauvres ou en endurant un équivalent, jeûne afin d'éprouver le tort qu'il aura commis. Dieu pardonne ce qui appartient au passé ; mais il punit celui qui récidive, car Dieu est Puissant et Implacable quand il sévit<sup>1027</sup> ». Ce verset justifie la licéité de l'arbitrage dans la réparation d'une infraction contre un principe de pèlerinage selon lequel il interdit de tuer le gibier pendant que les pèlerins sont en état de consécration rituelle. Dans cette situation particulière, le Coran impose impérativement le recours à l'arbitrage<sup>1028</sup>. Le nombre d'arbitres est fixé dans ce verset à deux pour décider ensemble d'une sentence convenable. Ce verset va encore plus loin quant aux conditions de la qualité éthique et de l'exigence morale des deux arbitres. Ces derniers doivent présenter des qualités de crédibilité et d'équité pour rendre la sentence.

Dans le même ordre d'idées, on peut lire dans un verset coranique : « Dieu vous ordonne de restituer les dépôts à leur propriétaire et de juger avec équité quand vous arbitrez entre vos semblables »<sup>1029</sup>. Il faut noter que ce verset fait référence à tous les types de litiges,

---

<sup>1025</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Maida (La table), verset 42.

<sup>1026</sup> Ibn Arabi, *Ahkam al koran*, 2/618.

<sup>1027</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Maida (la table), verset 95.

<sup>1028</sup> Mohamed Jamil, *L'arbitrage dans la Charia et le fiqh* (en arabe), Dubaï, 2001, p. 9.

<sup>1029</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa (les femmes), verset 58.

quels que soient leurs modes de règlement. Il vise aussi bien le juge que l'arbitre. L'obligation de rendre la justice est une donnée à respecter par ces derniers<sup>1030</sup>.

### ***b)- La Sunna***

A l'instar du Coran, la Sunna a confirmé le principe d'arbitrage. Il est intéressant de rappeler que la notion de Sunna englobe les actes, les dires et les approbations implicites et explicites du Prophète. La licéité du recours à l'arbitrage est approuvée de façon explicite par le Prophète qui a considéré l'arbitrage comme un moyen valable et recommandé (Mustahsan). En effet, le Prophète a désigné des arbitres dans certaines affaires. Ainsi, il avait désigné un arbitre qui était Al Awouar Alanbari et avait donné son accord à la décision prise par ce dernier concernant le litige qui lui avait été soumis<sup>1031</sup>.

De même, Abou choray'h, un compagnon du Prophète, a dit : « Oh Prophète, quand les miens ont un différend, ils viennent à moi pour que j'arbitre entre eux et cela satisfait les deux parties ! Et le Prophète lui répondit : « comme ceci est bon »<sup>1032</sup>.

Selon un autre hadith rapporté par Abo-hourayra, l'envoyé de Dieu a dit : « Un homme a trouvé une caisse pleine d'or dans la terre qu'il a achetée chez une autre personne. L'acheteur a demandé à celui qui a vendu la terre : prends ton or car j'ai acheté la terre uniquement. Le vendeur a refusé en lui disant qu'il lui a vendu la terre et ce qu'elle contient dans sa profondeur. Les deux hommes se sont mis d'accord par faire appel à une tierce personne comme arbitre. Ce dernier leur a demandé : est-ce que vous avez des enfants ? Un a répondu qu'il a un fils, alors que l'autre a déclaré qu'il a une fille adoptive. L'arbitre demandait de les marier et de dépenser de l'or sur eux et puis faire des aumônes »<sup>1033</sup>.

Il a été aussi montré que le Prophète avait accepté l'arbitrage de Saad Ibn Mou'ad, qui était l'un de ses compagnons ; son jugement a été exécuté quand il a été désigné comme arbitre entre le Prophète et Ben Kouraida (une tribu juive), qui ont accepté son verdict<sup>1034</sup>.

---

<sup>1030</sup> Samira Al-Monajid, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op, cit, p. 50.

<sup>1031</sup> Ibn Hajar Alssqalani, *Alissaba fi tamieze al sahaba*, 1/95.

<sup>1032</sup> Rapporté par Al-Nassai dans al Sahih, hadith n° 4980, 3/1091.

<sup>1033</sup> Al-Nawawi, *Charh Sahih Mousslem*, 12/20.

<sup>1034</sup> Alassqalani, *Fath albari*, 7/411.

Enfin, Alachaath Ibn Kays a raconté : « Un conflit m'a opposé à une personne concernant un puits, et j'ai porté l'affaire devant le Prophète comme arbitre, lequel m'a dit : « tes deux témoins ou son serment<sup>1035</sup> ? » Alachaath a alors répondu : « Je n'ai pas deux témoins ». Le Prophète a ajouté : « Alors qu'il jure » et Alachaath a constaté : « Il jura alors sans la moindre hésitation ». Le Prophète termina en disant : « Tu n'as que cette solution, les deux témoins ou son serment »<sup>1036</sup>.

## **2)- Les sources humaines ou évolutives**

Dans ce cadre, nous allons étudier la place de l'arbitrage dans la pratique des compagnons (a), puis nous allons analyser cette place dans les autres sources évolutives du droit musulman (b).

### **a)- La pratique des compagnons**

Le recours à l'arbitrage fut également emprunté par les califes sages qui se sont succédé à la tête de l'Etat islamique après le Prophète (Abou Bakr, Omar, Othman et Ali). A ce titre, on trouve trois affaires, rapportées par les livres d'histoire, qui méritent d'être mentionnées.

La première affaire concerne le deuxième calife, Omar. On raconte qu'un litige grave l'avait opposé à Oubai Ibn Kaab. Les deux parties se mirent d'accord pour résoudre cette affaire par l'intermédiaire d'un arbitre, chez qui ils se rendirent, et qui fût Zaid Ibn Thabet. Quand ce dernier sorti pour les rencontrer, il s'étonna et demanda au calife Omar pourquoi il ne l'avait pas convoqué chez lui au lieu de se déranger et se déplacer ? Omar lui répondit : « C'est dans sa maison que la justice doit être rendue ». Il les invita donc à entrer chez lui et il jeta un coussin à Omar mais Omar s'écria : « Voilà la première manifestation de ton injustice »<sup>1037</sup>.

---

<sup>1035</sup> Cela veut dire qu'il est possible de faire présenter ses preuves par deux témoins, ou le Prophète juge au profit de l'adversaire s'il jure.

<sup>1036</sup> Rapporté par l'Imam Ahmad Ibn Hanbal dans sa Moussnad, n° 21837.

<sup>1037</sup> Rapporté par Al-bayhaqui, *Alsounan al-qoubra*, hadith n° 20510.

De cet événement, on peut déduire qu'il était impératif que l'arbitre se conduise au cours de sa mission comme un juge, qu'il fasse preuve de neutralité entre les parties et qu'il ne se considère pas comme l'avocat de l'un des adversaires au détriment de l'autre. Son arbitrage ne doit pas être fondé sur une convoitise, une crainte ou sur un intérêt qu'il entend obtenir, on encore un préjudice qu'il veut éviter. Sa conduite et sa sentence doivent reposer sur la justice et l'équité<sup>1038</sup>.

Dans une autre histoire d'arbitrage à l'époque du calife Omar, on peut citer celle où Omar se mit d'accord avec le propriétaire d'un cheval qu'il voulait acheter. Il l'utilisa afin de l'essayer sans en avoir acquitté le prix. Entre temps, le cheval se blessa le pied. Son propriétaire demanda réparation à Omar. En vue de trancher le litige, le Calife demande à son adversaire de choisir un homme. Les deux parties choisirent Chouraih pour lui soumettre le litige. Ce dernier dit à Omar : « Vous avez pris le cheval en bonne santé, vous devez le rendre dans le même état à son propriétaire ». Omar accepta la sentence prise par Chouraih ; il le désigna au poste de juge (cadi) à Koufa<sup>1039</sup>.

Le troisième calife, Otman Ibn Afan, a essayé, par voie de l'arbitrage, de régler un litige qui l'opposait à Ibn Oubaidallah. Ce litige portait sur la valeur d'une parcelle de terre que ce dernier avait acquis sans l'avoir visitée. Certains proches d'Otman l'avaient incité à dénoncer la vente car d'après eux le prix perçu aurait été vil ; les proches d'Ibn Oubaidallah estimaient en revanche, la vente lésionnaire. Pour régler leur différend, les deux parties s'en remirent à l'arbitrage de Joubir Ibn El-Moutaym, qui se prononça en faveur d'Ibn Oubaidallah, en présence des compagnons du Prophète<sup>1040</sup>.

Dans la Sira<sup>1041</sup> des califes sages, on retrouve le plus fameux arbitrage qui mérite une attention particulière en raison de son importance historique et de son impact sur le mode de règlement des litiges en droit musulman puisqu'il s'agit du plus grand arbitrage qu'a connu

---

<sup>1038</sup> Sobah Abdulsalam, *Convention d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral dans les législations des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe*, op, cit, p. 44.

<sup>1039</sup> Ibn Quodama, Al Moughni, op, cit, 1/94 ; Al-Zouhri, *Atabaqat al qoubra*, 6/132.

<sup>1040</sup> Nathalie Najjar, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris, 2004, p. 34.

<sup>1041</sup> Sira ou sirah est un mot arabe qui signifie biographie. Dans le contexte de l'islam, la sira est une biographie de son prophète Mohammad ou de ses sages compagnons.

l'Islam. Il est question de l'arbitrage d'un litige qui a lieu entre le quatrième calife Ali Ibn Taleb et Mou'awiya ben Abi Sofiane à l'issue de la bataille de Siffine<sup>1042</sup>.

Pour comprendre l'arbitrage qui a lieu entre les deux hommes, il faut placer ce litige dans son contexte historique. Le troisième calife, Otman ibn Afan, a été poignardé par des factieux qui contestaient son pouvoir et son administration. Suite à cet événement douloureux, a débuté la grande discorde (la Fitna) entre les fractions musulmanes suivantes : les partisans d'Ali et ceux de Mou'awiya. Ali Ibn Abi Talib, successeur du Prophète, accède à la tête du califat, mais son pouvoir est contesté par Mou'awiya, qui était gouverneur de Damas. Ce dernier revendiquait que la justice soit faite et exigeait l'exécution immédiate des assassins de Otman, faute de quoi il continuerait à contester l'autorité de l'Imam Ali. Ayant refusé de se plier à cette exigence, une bataille se déroula à Siffine et opposa les armées du calife Ali et celles de Mou'awiya. Ce dernier, ayant la parfaite connaissance de la défaite imminente de son armée, demanda par ruse à ses hommes de placer des exemplaires du Coran au bout de leur lance pour obliger Ali à suspendre la bataille. C'est ce qui avait permis à Mou'awiya de proposer la résolution du litige par voie d'arbitrage, chose que les hommes de l'Imam Ali avaient acceptée. Chaque camp avait choisi son arbitre pour trouver une solution arbitrale ; l'Imam Ali avait désigné Moussa Al-Ach'ari alors que Mou'awiya avait choisi Amer Ibn Al'Ass<sup>1043</sup>. Ces deux arbitres se rencontrèrent pour rédiger une convention d'arbitrage stipulant comme suit :

« Au nom de Dieu, puissant et miséricordieux, voici ce dont ont convenu Ali ben Abi Talib et Mou'awiya ben Abi Sofiane pour les gens de Damas et leurs partisans croyants et musulmans : Nous nous plions à la décision de Dieu en nous conformant aux dispositions de son Livre pour la résolution de notre différend et les appliquerons de leur début à leur fin, soutenant ce qui y est soutenu et rejetant ce qui y est rejeté [...]. Ce litige devra être examiné dans un délai expirant au mois de ramadan à moins que les arbitres ne désirent le trancher plus tôt ou plus tard... Si l'un des arbitres décède, le chef de chaque communauté désignera à l'aide de ses partisans un homme pour le remplacer qui devra être choisi parmi les sages et les justes. Le lieu de l'arbitrage doit être situé entre Koufa, Damas et le Hijaz...chacun des deux

---

<sup>1042</sup> La bataille de Siffine se produisit en juin/juillet 657 (Mouharram 37 AH). Le plus fort de la bataille se produisit du 19 ou 20 juillet sur les rives de l'Euphrate près de la ville syrienne actuelle de Ar-Raqqa. Ce fut le dernier combat entre Mu'awiya et l'Imam Ali.

<sup>1043</sup> Mohamed Al'Awa, *Le système politique de l'Etat islamique* (en arabe), Dar al-chourouk, Le Caire, 1989, p. 95.

arbitres pourra convoquer les témoins de son choix, les témoignages devront toutefois être consignés par écrit...<sup>1044</sup>».

Nous constatons à partir de ce texte que les musulmans ont pratiqué l'arbitrage. Son régime était très proche du droit moderne. L'observation de la convention de l'arbitrage de Siffine appelle les remarques suivantes.

Premièrement, la convention a évoqué les parties de l'arbitrage ayant un différend à résoudre ; deuxièmement, chaque partie a désigné un arbitre ; troisièmement, le litige doit être examiné dans un délai déterminé ; quatrièmement, en cas d'expiration du délai, les arbitres peuvent la prolonger s'ils désirent ; cinquièmement, la détermination du droit applicable au litige, à savoir la loi de Dieu et de son Prophète ; sixièmement, la convention a fixé le lieu de déroulement de l'instance arbitrale. Elle souligne à cet égard que « l'arbitrage doit être situé entre Koufa, Damas et le Hedjaz », cela pour assurer la neutralité des arbitres ; enfin, la convention a déterminé l'autorité qui surveille la procédure arbitrale représentée par les deux armées.

#### ***b)- Les autres sources évolutives (Ijma' et Qiyas)***

La légitimité de l'arbitrage repose aussi sur l'ijma', c'est-à-dire le consensus de la communauté islamique. Selon l'Imam Assarkhssi, « les compagnons sont d'accord sur la licéité de l'arbitrage. Le Prophète a agréé l'arbitrage et son application sur les litiges. Ce mode a été appliqué par les compagnons aussi bien durant la vie du Prophète qu'après sa mort. Les compagnons avaient fait recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges entre eux sans qu'aucun compagnon ne le conteste. En raison de son extension en tant que mode de règlement des litiges, la licéité de l'arbitrage a fait l'objet d'un consensus des compagnons »<sup>1045</sup>. Ainsi, l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends a été et reste encore aujourd'hui un moyen largement recommandé par la doctrine musulmane. Cela signifie qu'il y a un large consensus autour de cette institution en raison de ses multiples avantages.<sup>1046</sup>

---

<sup>1044</sup> Fatima Al'awa, *Le contrat d'arbitrage dans la Charia et la loi (en arabe)*, al-maktab alislami, Beyrouth, 2002, p. 226.

<sup>1045</sup> Assarakhsi, *Al-Mabsout*, 1/62.

<sup>1046</sup> Souna Abadi, *L'arbitrage dans l'industrie islamique (en arabe)*, Dar Al-nafa'iss, Amman, 2013, p. 26.

Le Qiyas ou raisonnement analogique fonde également la validité du recours à l'arbitrage. Dans ce sens, on peut construire un raisonnement par analogie à partir de la licéité de la justice en tant que mode de règlement des litiges<sup>1047</sup>. La résolution des litiges est le principe motivant ou Alila similaire entre la justice et l'arbitrage. L'arbitre assume une fonction similaire à celle du juge ou le Qadi islamique. Il accomplit une mission de justice à l'image du Prophète, juge suprême des croyants. Par conséquent, l'arbitre doit conduire la procédure arbitrale et trancher le fond du litige conformément à la Charia. Ainsi, à partir de la raison de la licéité de la justice étatique qui est similaire à la justice arbitrale, on peut dire, par voie d'analogie, que l'arbitrage est valable du point de vue du droit islamique.

Certains jurisconsultes se basent non pas sur un principe de motivation, mais sur un principe plus libre (Al-maslaha), plus général. Il s'agit d'un principe qui enseigne de faire le bien vis-à-vis d'autrui, d'observer ce qui est juste. Sur la base de ce principe, l'arbitrage participe à la réalisation d'une cause juste pour les parties et ne leur cause aucun tort. Par voie de conséquence, on peut conclure que l'arbitrage est valable sur la base de l'utilité sociale réalisée.

### **C)- L'arbitrage dans les quatre écoles doctrinales du Fiqh islamique**

A l'époque du Prophète, le rôle créateur de la doctrine n'avait pas lieu d'exister en raison de la présence du Prophète comme intermédiaire entre la volonté divine et l'homme. Cette présence a rendu disponible la connaissance de la décision divine à l'égard de n'importe quel problème provoquant des doutes.

A partir de la moitié du premier siècle de l'Hégire, le Fiqh ou la doctrine islamique commence à apparaître<sup>1048</sup>. Le Prophète est mort et les problèmes de la vie quotidienne sont nombreux. Jusqu'au début du deuxième siècle, deux écoles de pensée se développent : l'école de hadith en Arabie<sup>1049</sup> et l'école de Rai en Irak<sup>1050</sup>. Dès le début du deuxième siècle, on

---

<sup>1047</sup> Ajil Al Nachmi, « L'arbitrage et la justice internationale dans la Charia », op, cit, p.77.

<sup>1048</sup> Différentes écoles doctrinales sont apparues à cette époque : à Médine, l'école de Said Ibn Al Moussaib, à la Mecque l'école de Ata Ibn Rabah, à Koufa, l'école d'Ibrahim El Nakh'i, à Basora l'école de Hassan Al Bassri, et en Syrie, l'école de Makhoul. Voir Omar El Kadi, *L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif français et égyptien*, Thèse, Paris, 1984, p. 2.

<sup>1049</sup> Cette école se fonde sur les textes, Coran et Sunna, pour résoudre les problèmes juridiques et limite le plus que possible l'application de l'analogie.

<sup>1050</sup> Cette école a élargi l'application de l'analogie pour régler les questions non prévues dans la révélation divine (Coran et Sunna).

assiste à l'émergence et au développement des quatre grandes doctrines du Fiqh islamique. La première école est apparue grâce à l'Imam Abi Hanifa Al Nou'man entre l'an 80 et l'an 150 de l'Hégire (699-767 après J-C), la deuxième avec l'Imam Malek entre l'an 93 et l'an 179 de l'Hégire (715-796 après J-C) dans le dernier tiers de l'ère des Omeyyades, cela va se poursuivre avec l'Imam Al Chaf'ii entre l'an 150 et l'an 204 de l'Hégire (767-820 après J-C) et enfin avec l'Imam Ahmad Ibn Hanbal entre l'an 164 et l'an 241 de l'Hégire (780-855 après J-C) aux prémices de l'ère des Abbassides<sup>1051</sup>.

Le développement de ces écoles et de leurs méthodes de réflexion juridique va donner naissance au Fiqh et aux Ousoul al Fiqh. Le Fiqh peut être défini comme l'œuvre des savants musulmans dont l'objet est l'interprétation et l'application des préceptes du Coran et de la Sunna<sup>1052</sup>. On dit aussi que le Fiqh est la déduction des dispositions légales à partir de ses preuves détaillées par les jurisconsultes musulmans<sup>1053</sup>. Plus tard, le Fiqh va se scinder en deux branches. Une branche systématique est consacrée aux principes, « les racines du Fiqh » (Ousoul Al Fiqh) ; elle porte sur l'étude des différentes sources du droit, de leur autorité, de leur mise en rapport respectifs. Une deuxième branche concerne les applications de droit, ou les questions d'ordre technique « Les Rameaux » (Fourou' al Fiqh)<sup>1054</sup>. Il convient de noter que le spécialiste du Fiqh (le Faqih) applique les règles élaborées par le spécialiste des Ousoul Al Fiqh pour connaître un jugement concernant une question particulière évoquée par le Coran ou la Sunna<sup>1055</sup>.

L'origine des quatre écoles de la doctrine islamique étant cernée, on peut s'interroger sur la conception de l'arbitrage dans ces écoles. Il s'agit ici de voir, brièvement, comment ces écoles ont abordé l'institution de l'arbitrage. Mais avant d'y procéder, il est intéressant de noter que l'arbitrage a été étudié par les écoles islamiques dans le chapitre consacré à la justice (Al Kada). Cela met l'accent sur le caractère juridictionnel de l'arbitrage en droit musulman classique. Dans cette optique, nous allons exposer les conceptions de l'école Hanafite (1), Malékite (2), Chaféite (3) et Hanbalite (4).

---

<sup>1051</sup> Samira Al Mounajed, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique* (en arabe), Manchourata al alfiyya al jadida, 2008, p. 57 et s. ; Hervé Bleuchot, *Droit musulman*, tome 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 75 et s.

<sup>1052</sup> Il convient de noter que le Fiqh musulman n'était pas seulement interprétatif mais également législatif dans les limites du Coran et de la Sunna.

<sup>1053</sup> Sur cette question, voir Ibn Al Qaim, *Alam al Moukiin*, 1/47 ; Ibn Hazm, *Al Ahkam*, 6/55

<sup>1054</sup> Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1971, p. 703 ; Henri de Wael, *Le droit musulman, nature et évolution*, CHEAM, 1989, p. 21.

<sup>1055</sup> Sobah Abdulsalam, *Convention d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral dans les législations des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe*, op, cit, p. 49.

## 1)- L'école Hanafite

Fondée par Abou Hanifa Alnouman en Irak, cette école se caractérise par sa liberté et sa souplesse. Elle repose essentiellement sur le raisonnement analogique et l'Istihsan (le bienfait). C'est pourquoi elle a été appelée l'école de l'opinion (Ahl Alrray)<sup>1056</sup>.

S'agissant du principe de l'arbitrage, la majorité des docteurs Hanafites lui accordent une grande importance, car il permet de résoudre de nombreux litiges sans passer par la voie judiciaire contentieuse. En effet, ce recours répond aux besoins de la vie sociale et facilite les transactions entre les gens en évitant la complexité du recours aux tribunaux pour trancher leurs litiges<sup>1057</sup>. Cependant, certains auteurs de cette doctrine considèrent l'arbitrage comme une juridiction inférieure à la juridiction étatique<sup>1058</sup>. De plus, d'autres ont émis des réserves sur le principe du recours à l'arbitrage, craignant le risque de voir les parties concernées s'adresser à des arbitres qui n'auraient aucune compétence<sup>1059</sup>. Outre l'utilité sociale de l'arbitrage, les auteurs Hanafites font également référence au Coran, à la Sunna, à l'ijma' et à l'analogie pour fonder la licéité du recours à l'arbitrage.

Les partisans du principe de l'arbitrage ont exigé, pour sa validité, que l'arbitre soit préalablement connu en personne par les parties, qu'il soit capable d'assumer une fonction juridictionnelle. Cette capacité doit se vérifier pendant toute la durée de l'arbitrage, de la désignation de l'arbitre au prononcé de la sentence. Ils acceptent que l'arbitre soit l'une des parties au litige. Dans ce cas, sa sentence est valide sauf en cas d'injustice manifeste<sup>1060</sup>.

Certains juristes Hanafites vont jusqu'à dire que l'arbitre exerce à l'égard des parties la même fonction que celle du juge<sup>1061</sup>. De manière générale, la doctrine Hanafite considère enfin que l'arbitrage est juridiquement très proche du mandat et de la transaction<sup>1062</sup>.

---

<sup>1056</sup> Ibid. pp. 51-52.

<sup>1057</sup> Abou Alhassan Altrabelsi, *Moein Alhokam*, pp. 24-25.

<sup>1058</sup> Ibn Al Hmama, *Sharh Fath Alkadir*, 5/498.

<sup>1059</sup> Ibn Abdin, *Rad al Mouhtar*, 5/430 et s.

<sup>1060</sup> Voir à cet égard, Sobah Abdulsalam, *Convention d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral dans les législations des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe*, op. cit, p. 53.

<sup>1061</sup> Ibn Mansour, *Al Fatwa al Handiyya*, 3/468.

<sup>1062</sup> Ibid.

## 2)- L'école Malékite

Fondée par l'Imam Malek Ibn Anas à Médine, cette école se répand plus particulièrement en Afrique. Elle se caractérise par l'utilisation systématique des hadiths du Prophète et de l'absence de raisonnement basé sur l'analogie et l'opinion<sup>1063</sup>.

A l'instar de l'école Hanafite, l'école Malékite considère l'arbitrage comme une institution particulièrement noble et honorable. Elle a une confiance telle dans l'arbitrage qu'elle admet que l'une des parties puisse être en même temps arbitre si son adversaire la choisit<sup>1064</sup>. Dans cette doctrine, l'arbitrage joue un rôle important dans les litiges relatifs aux biens tels que les dettes. Dans cette perspective, Ibn Farhoun souligne que « le fait que les deux parties choisissent un arbitre de sexe masculin pour juger entre elles est autorisé à l'égard des biens et de tout ce qui a le sens des biens »<sup>1065</sup>.

La possibilité de désigner l'adversaire comme arbitre s'explique par le fait que l'on se remette à la conscience de cet adversaire comme dans le serment décisoire. Pour cette école, l'arbitre est investi d'un devoir de conscience en vertu duquel il se doit de trancher le litige conformément à la Charia et de manière équitable. Cette possibilité met en évidence le respect par le droit musulman de la volonté des parties.

Les juristes Malékites considèrent que la décision de l'arbitre a un caractère obligatoire sauf au cas où elle comporte une injustice manifeste. Pour cette école, l'arbitrage n'a pas pour effet de dessaisir le juge : celui-ci conserve un pouvoir de contrôle qui consiste à s'assurer que l'arbitre n'a pas rendu une décision comportant une injustice flagrante. Enfin, les docteurs Malékites limitent l'effet de l'arbitrage aux parties ; pour eux, l'arbitrage ne peut pas produire des effets à l'égard des tiers<sup>1066</sup>.

---

<sup>1063</sup> Miostafa Alsakka, *L'Imam Malek Ibn Anas (en arabe)*, Le Caire, Dar al kitab al masri, 1991, p. 9.

<sup>1064</sup> Selon Al Hattab, « il est absolument autorisé qu'une partie au litige fasse de son adversaire un arbitre ». Voir Al Hattab, Moaheb al Jallil, 6/112.

<sup>1065</sup> Ibn Farhoun, *Tabserat al hokam*, 1/55.

<sup>1066</sup> Al Dardir, *Sharh Alkabir*, p. 153 et s ; Al Zurqani, *Sharh al Mouta'*, p. 129 et s

### 3)- L'école Chaféite

Elle est fondée par Al Chafi'i, élève de Malek, fondateur de l'école Malékite. Né en l'an 150 de l'hégire à Gaza en Palestine, Al Chafi'i s'est rendu en Arabie, puis en Irak et enfin en Egypte où il est mort<sup>1067</sup>.

La doctrine majoritaire Chaféite admet le principe de l'arbitrage. En effet, les maîtres de cette école considèrent que la désignation, par les parties, d'un homme parmi le commun des gens (une personne qui n'a pas la fonction de juge), en vue de trancher un litige qui les oppose, est un acte autorisé et légal, abstraction faite de l'existence ou non d'un juge dans le lieu où est né le litige<sup>1068</sup>. Cette école justifie la légalité de l'arbitrage en invoquant la pratique du deuxième calife Omar, et notamment l'arbitrage utilisé par le quatrième calife Ali en vue de trancher le problème relatif au califat (question d'ordre politique). Ainsi, et à plus forte raison, l'arbitrage était autorisé pour les autres questions<sup>1069</sup>.

Cependant, cette doctrine considère l'arbitrage, à la différence des écoles précédentes, comme une justice d'exception moins importante que la justice étatique ; car, contrairement au juge étatique, l'arbitre peut faire l'objet d'une révocation tant que la sentence n'est pas rendue. Toutefois, certains auteurs, bien que minoritaires, considèrent que la sentence n'est exécutoire que si toutes les parties l'ont acceptée. La position de l'arbitre est dès lors inférieure à celle du juge. Les Chaféites considèrent l'arbitrage utile en l'absence d'organisation judiciaire ou lorsque la corruption se répand parmi les juges<sup>1070</sup>.

Par ailleurs, l'autorité de la sentence arbitrale reste relative aux parties elles-mêmes, sans qu'elle soit opposable aux tiers. L'arbitre puise en effet sa compétence dans la convention des parties nées de leur volonté de recourir à l'arbitrage<sup>1071</sup>.

---

<sup>1067</sup> Sobah Abdulsalam, *Convention d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral dans les législations des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe*, op, cit, p. 56.

<sup>1068</sup> Al Mawardi, *Adab al kadi*, 1/379.

<sup>1069</sup> Ibid, 1/380.

<sup>1070</sup> Al Sharbini, *Moghni al mouhtaj*, 4/379.

<sup>1071</sup> Al Ramli, *Nihayat al Mouhtaj*, 8/231.

#### 4)- L'école Hanbalite

Cette école a été fondée par l'Imam Ahmad Ibn Hanbal, qui est né en 164 de l'hégire et mort en 241 à Bagdad. Il s'agit de la quatrième école islamique sunnite, suivant l'ordre chronologique de leur apparition.

Comme les autres écoles doctrinales, l'école Hanbalite accepte dans sa grande majorité la licéité de l'arbitrage, à condition que l'arbitre remplisse toutes les conditions du juge. Cependant, certains auteurs se contentent de certaines conditions seulement<sup>1072</sup>. Les docteurs de cette école accordent aussi à chacune des parties le pouvoir et le droit de confier à l'autre partie la faculté de statuer sur le litige qui les oppose. Dans ce cas, la sentence doit être dénuée de toute injustice flagrante. Pour la majorité des docteurs Hanbalites, l'arbitrage est autorisé pour tout ce qui peut faire l'objet d'un procès devant le juge, même lorsqu'un pouvoir juridictionnel existe. Cela se justifie par le fait que l'arbitre est, eu égard à sa mission, dans la même position que le juge<sup>1073</sup>.

En ce qui concerne le droit des parties à renoncer à l'arbitrage, les docteurs de cette doctrine leur accordent cette possibilité tant que la procédure arbitrale n'est pas entamée. Or, dans la mesure où la procédure arbitrale était déjà en marche, et avant que la sentence soit rendue, deux opinions s'opposent. La première accorde la faculté de se soustraire de l'arbitrage à chacune des parties. La deuxième opinion prive les parties de cette possibilité, en considérant que cela vide l'arbitrage de son contenu et de son utilité. De toute façon, une fois la sentence rendue, la renonciation devient impossible et les parties sont alors tenues d'exécuter la décision<sup>1074</sup>. Il faut noter que les juristes de l'école Hanbalite considèrent que la décision rendue par l'arbitre a le même caractère obligatoire que celle émanant du juge. Elle revêt une force obligatoire à l'instar d'une décision judiciaire. L'arbitre, qui doit être apte à exercer la fonction de juge, verra donc sa sentence s'imposer aux parties qui l'ont choisi<sup>1075</sup>.

---

<sup>1072</sup> Ibn Qudamah, *Al Moughni*, 3/436.

<sup>1073</sup> Al Sioti, *Mataleb ouli alnouha fi sharh ghayat al mountaha*, 6/471.

<sup>1074</sup> Ibn Qudamah, *Al Kafi*, 3/436.

<sup>1075</sup> Ibn Qudamah, *Al Moughni*, 9/107.

## **§2. Le régime juridique de l'arbitrage en droit musulman classique**

Etudier la question du régime juridique de l'arbitrage en droit islamique classique, c'est nécessairement s'interroger sur les solutions données par les jurisconsultes des différentes écoles de pensées islamiques au sujet de la réglementation de l'institution de l'arbitrage. En effet, cette question fait l'objet de nombreuses divergences et convergences doctrinales. Dans ce cadre, nous allons essayer de donner un aperçu de ces opinions émises par les docteurs classiques. Pour ce faire, nous allons successivement examiner la convention d'arbitrage (**A**), l'arbitre (**B**), le déroulement de l'instance arbitrale (**C**) et enfin la sentence arbitrale (**D**). Tous ces thèmes seront analysés au regard de la doctrine islamique classique.

### **A)- La convention d'arbitrage**

La problématique de la convention d'arbitrage en droit musulman classique occupe une place particulière en raison de nombreux enjeux qu'elle soulève. D'un côté, le compromis pose la question de savoir dans quelle mesure il peut être considéré comme obligatoire pour les parties. En effet, le compromis ne fait pas partie des contrats nommés en droit musulman. D'un autre côté, la clause compromissoire n'a pas, quant à elle, été mentionnée dans les ouvrages de doctrine classique. Cela soulève la question de sa validité au regard de la Charia.

A la lumière de ces considérations, quelle est donc la position du droit musulman classique sur la convention d'arbitrage ? Pour tenter de répondre à cette question fondamentale, il importe tout d'abord d'étudier la forme de la convention d'arbitrage (**1**), avant d'aborder ensuite les conditions de validité de cette convention (**2**).

#### **1)- La forme de la convention d'arbitrage**

A l'heure actuelle, il est bien établi de distinguer, en matière de convention d'arbitrage, deux modalités : le compromis et la clause compromissoire. Cette distinction contemporaine nous amène logiquement à nous interroger sur la position du droit musulman classique en la matière. Les docteurs musulmans classiques opèrent-ils une distinction nette

entre le compromis et la clause compromissoire ? Une telle distinction a-t-elle une raison d'être ? En effet, l'étude préalable du compromis (a) nous permettra de mieux saisir la question de la validité de la clause compromissoire en droit musulman classique (b).

### **a)- Le compromis**

Il n'existe pas, en droit musulman classique, une théorie générale du contrat et seuls ont un effet obligatoire pour les parties un nombre restreint de contrats nommés. Pourtant, le compromis ne figure pas parmi ces contrats nommés<sup>1076</sup>. On peut dès lors s'interroger sur sa validité. Le compromis est-il valable du point de vue du droit musulman ? Oblige-t-il les parties et dessaisit-il le juge de sa compétence ? Les docteurs classiques ont donné des réponses catégoriques à ces questions et ont affirmé que : premièrement, toutes les écoles reconnaissent la validité du compromis mais ne lui donnent cependant pas de force obligatoire (Gair Lazem). En effet, la plupart des écoles reconnaissent, d'une manière ou d'une autre, le caractère révocable du compromis tant que la sentence n'est pas rendue. Une partie de la doctrine Chaféite autorise les parties à révoquer le compromis à tout moment, même après la prononciation de la sentence si elles sont d'accord sur ce sujet. A l'inverse, l'école Malékite et une partie de l'école Hanbalite ne permettent pas la révocation après avoir entamé la procédure arbitrale<sup>1077</sup>. Deuxièmement, le compromis ne dessaisit pas le juge de sa compétence en raison justement de l'absence d'effet obligatoire pour les parties. Si l'une d'elles recourt donc aux tribunaux malgré l'existence d'une telle convention, ces tribunaux statuent sur le litige sans tenir compte de cette convention. Troisièmement, le compromis constitue davantage une option révocable qu'un engagement contractuel ayant force obligatoire et les rapports entre l'arbitre et les parties peuvent s'analyser en deux mandats conclus entre l'arbitre et chacune des parties<sup>1078</sup>.

A la différence de la doctrine majoritaire, Ibn Taymiyya<sup>1079</sup> considère que le compromis est un contrat obligatoire. En réalité, cet auteur affirme que « la règle dans les contrats est la tolérance et la validité et ne doivent être prohibés ou annulés que ceux qui sont

---

<sup>1076</sup> Ibn Al Hamam, *Sharh Fath al-kadir*, 5/500.

<sup>1077</sup> Mohammad AlMenawi, « L'arbitrage en Fiqh islamique », *Majlat Majmaa al fiqh islamique*, n° 9, vol 4, p. 1735 ; Samir Saleh, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East : A Study in Sharia and Statute Law, Egypte*, p. 22 et s.

<sup>1078</sup> Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, Paris, 1988, p.29 ; Mohammad AlMenawi, « L'arbitrage en Fiqh islamique », *Majlat Majmaa al fiqh islamique*, n° 9, vol 4, p. 1736.

<sup>1079</sup> Jurisconsulte de l'école Hanbalite du XIème siècle.

interdits en vertu d'un texte ou d'un raisonnement analogique (Qiyas) »<sup>1080</sup>. Pour fonder sa position, l'auteur développe deux arguments. D'une part, il se réfère au texte du Coran : « Ô, vous qui croyez, respectez vos engagements contractuels »<sup>1081</sup>. D'autre part, l'auteur fait allusion à la logique. Selon lui, la logique consiste à considérer que les contrats convenus entre les parties font partie des actes ordinaires qui ne relèvent pas des « Ibadats » ou choses divines. En ce qui les concerne, la règle est la non-interdiction : ces actes sont donc réputés valables jusqu'à preuve du contraire<sup>1082</sup>. Ibn Taymiyya en déduit que tout contrat a force obligatoire sauf si son objet est prohibé par Dieu ou contraire à l'ordre public.

### ***b)- La clause compromissoire***

Le droit musulman classique ne fait pas état de la clause compromissoire. En effet, cette clause est inconnue aux docteurs classiques. C'est la raison pour laquelle ils ne l'ont pas traitée dans leurs ouvrages et ne se sont pas prononcés sur sa validité du point de vue du droit musulman. Cette situation s'explique par le fait que, dans les siècles passés, les conditions économiques n'exigeaient pas une telle pratique. Le commerce n'était pas, en effet, aussi évolué qu'aujourd'hui et les conventions d'arbitrage n'étaient conclues qu'après la naissance du litige. En dépit du silence du droit musulman classique sur cette question, on peut cependant se demander si cette clause est valable en droit musulman. La clause compromissoire est-elle compatible avec les principes de la Charia?

La doctrine classique ne s'est même pas posé la question de savoir si la clause compromissoire était ou non valable, aussi est-il nécessaire pour étudier la question de revenir à la théorie de « clause » contractuelle en droit musulman.

En matière contractuelle, il y a lieu de distinguer deux doctrines. Une doctrine minoritaire qui soutient que le principe en matière des clauses est l'interdiction. Toute clause ou contrat n'étant pas prévus dans le Coran ou la Sunna est invalide. Un changement ne peut être que le fait d'une autorité divine. Telle est la position de l'école « littéraliste », ou école Zahiri. A l'opposé, la majorité de la doctrine affirme que les contrats ainsi que les clauses sont

---

<sup>1080</sup> Ibn Taymiyya, *Al Fatwa*, 3/326.

<sup>1081</sup> Le Noble Coran, Sourate An-Nissa (les femmes), verset 1.

<sup>1082</sup> Ibn Taymiyya, *Al Fatwa*, 3/334 et s.

présupposés licites<sup>1083</sup>. Ainsi, la règle selon la doctrine majoritaire est celle-ci : « Tout ce qui n'est pas défendu est autorisé ». En l'absence de règle divine (Coran et Sunna) explicite interdisant telle ou telle opération, tout contrat doit être considéré comme valide et licite du point de vue de la religion<sup>1084</sup>. Le contrat et la cause contractuelle sont fondés en droit musulman sur le principe de liberté. Mais cette liberté se heurte souvent à l'ordre public qui, en droit musulman, a un domaine plus large en couvrant notamment l'interdiction des clauses comportant soit des intérêts (*Riba*), soit un aléa (*gharar*)<sup>1085</sup>, ainsi que l'interdiction du dédoublement du contrat qui peut dissimuler des choses interdites.

L'école Hanafite a adopté une position plus stricte que les autres écoles en matière de clauses contractuelles. En effet, pour cette école, une clause est licite si : elle est nécessaire au contrat, telle que la livraison de la chose vendue ; elle lui est appropriée, telle que le gage ou la caution pour garantir le paiement du prix ; elle fait partie des clauses courantes dans les transactions<sup>1086</sup> ; elle est prévue par la Charia comme la « clause d'option » accordée à l'une des parties<sup>1087</sup>.

En ce qui concerne la clause viciée et son incidence sur le contrat, il y a une divergence d'opinions. Pour la doctrine Hanafite, la clause viciée est non seulement nulle mais elle a pour effet de vicier le contrat tout entier. Cela concerne uniquement les clauses qui ne sont pas nécessaires au contrat et qui ne font pas partie des clauses courantes dans les transactions mais elles sont utiles pour l'une des parties. Mais si la clause ne comporte aucun intérêt pour l'une des parties, elle sera nulle et le contrat reste valable<sup>1088</sup>.

Pour l'école Chaféite, la clause qui ne comporte aucun intérêt et aboutit au conflit est nulle mais le contrat reste valable. Mais la clause qui n'est pas nécessaire au contrat et non-conforme à l'usage est nulle et vicie le contrat tout entier<sup>1089</sup>.

L'école Malékite limite les cas où la clause peut être déclarée nulle. Est viciée seule la clause qui n'est pas nécessaire au contrat et la clause qui a pour effet de remettre en cause l'équilibre du contrat. Si la clause n'est pas source de déséquilibre contractuel, la clause est

---

<sup>1083</sup> Wahba Al Zoheili, *Le fiqh islamique et ses indices* (en arabe), tome 4, p. 3050.

<sup>1084</sup> Ibn Qodamah, *Al Moughni*, 4/60 et s.

<sup>1085</sup> Sur les concepts de *Riba* et de *gharar*, voir notre première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

<sup>1086</sup> Al Kassani, *Bada'i Al Sanna'i*, 5/171 et s.

<sup>1087</sup> Wahba Al Zouhaili, *Le fiqh et ses indices*, 4/3053.

<sup>1088</sup> Al Kassani, *Bada'i Al Sanna'i*, 5/169 et s.

<sup>1089</sup> Al Shirazi, *Al Mohazab*, 9/269.

nulle mais le contrat reste valable. Il faut noter que l'Imam Malek indique que s'il y a un renoncement à la clause viciée, le contrat devient valable<sup>1090</sup>.

Enfin, chez les Hanbalites, en effet, la clause n'est viciée qu'exceptionnellement si elle est contraire à l'objet du contrat comme lorsque le vendeur pose comme condition que l'acheteur ne vende pas ou ne donne pas le bien vendu ou si elle est interdite par un texte spécial et contrevient à la Charia en autorisant ce qui est interdit ou enfin si elle suspend le contrat. En dehors de ces cas, la clause est valable, fut-elle ou non nécessaire au contrat et lui fut-elle ou non appropriée. Cette doctrine reconnaît par ailleurs la validité de la clause qui n'est pas d'usage courant. S'agissant de l'incidence de la clause viciée sur le contrat, il existe deux thèses : la première considère que le contrat reste valable s'il comporte une clause viciée. Mais dans ce cas, les parties peuvent renégocier leur contrat. La seconde thèse soutient que la clause viciée aboutit à la nullité du contrat car celui-ci est fondé sur le consentement. Enfin, la clause viciée en raison de sa contrariété avec un texte religieux est non seulement nulle mais elle a pour effet d'annuler le contrat tout entier<sup>1091</sup>.

Selon Ibn Taimyyia, la clause est nulle et vicie le contrat tout entier si elle est contraire à l'objet du contrat. Mais si la clause est contraire à la Charia, il distingue trois cas. Si le contrat est illicite, la clause valable ne rend pas ce contrat valable. Dans ce cas, le contrat et la clause sont nuls. Si le contrat est licite mais la clause est illicite, la clause est nulle et le contrat est valable. Enfin, si le contrat est licite et la clause porte sur un objet autorisé, la clause devient obligatoire<sup>1092</sup>.

En analysant la théorie des clauses en droit musulman, Sanhoury souligne : « L'évolution la plus marquée en droit musulman, en ce qui concerne les clauses contractuelles, est peut-être celle qui caractérise la doctrine Hanbalite surtout si on la complète par les enseignements d'Ibn Taymiyya qui était l'un de ses plus grands docteurs »<sup>1093</sup>. En effet, indique l'auteur, « avec le renouvellement apporté par Ibn Taymiyya, la doctrine Hanbalite a franchi un grand pas sur le chemin de l'évolution. Elle a écarté le principe de l'unicité de l'opération objet du contrat et restreint le domaine des clauses viciées en jugeant que ne peuvent être considérées comme telles que les clauses contraires à l'objet du contrat ou aux dispositions de la Chari'a, c'est-à-dire à la loi ou à l'ordre public et aux bonnes

---

<sup>1090</sup> Ibn Rouchd, *Bidayaat al moujtahid*, 2/160.

<sup>1091</sup> Ibn Qodamah, *Al Moughni*, 4/60.

<sup>1092</sup> Ibn Taimyyia, *Al Fatwa*, 29/156.

<sup>1093</sup> Sanhoury, *Les sources du droit en fiqh islamique*, 3/161.

meurs. Ainsi la doctrine Hanbalite s'est beaucoup rapprochée de la doctrine occidentale : toute clause contractuelle est valable sauf si elle est impossible ou est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La clause est alors annulée mais le contrat demeure valable à moins que cette clause ne soit le motif déterminant »<sup>1094</sup>.

Il résulte de tout ce qui précède que même si la clause compromissoire est inconnue en droit musulman classique, celle-ci ne peut compter au nombre des clauses viciées étant donné : qu'elle est nécessaire au contrat et notamment au contrat de financement islamique ; qu'elle est appropriée au contrat et profitable aux deux parties puisqu'elle permet de rendre la justice d'une manière convenable et rapide, même si elle constitue une restriction à la compétence des tribunaux, cette restriction demeure confinée dans les limites raisonnables et est reconnue dans l'usage et la pratique; qu'elle est entrée dans les usages courants dans l'arbitrage interne et qu'elle est presque devenue la règle dans l'arbitrage international ; qu'elle ne comporte pas d'intérêt et que si elle a pour effet de dédoubler le contrat, le deuxième contrat ainsi créé ne dissimule aucun « intérêt » ; qu'elle ne comporte enfin aucun aléa puisqu'il s'agit simplement pour les parties d'opter en faveur d'une autre autorité que les juges pour régler leur différend ; qu'elle n'est pas contraire aux dispositions de la Charia qui fondent le contrat sur le consentement des parties.

## **2)- Conditions de validité de la convention d'arbitrage**

En droit musulman, la convention d'arbitrage est un contrat comme les autres. Pour être valide, il doit remplir un certain nombre de conditions relatives à l'accord des parties (**a**), aux parties contractantes (**b**) et à l'objet du contrat (**c**).

### ***a)- Le consentement***

En ce qui concerne le consentement, il faut constater que la convention d'arbitrage n'est pas différente des contrats en général puisqu'elle exige un consentement valablement donné. Ce consentement ne doit pas être vicié. De manière générale, on peut distinguer entre

---

<sup>1094</sup> Ibid, 3/175.

deux catégories de vices : les vices à caractère objectif tels que la lésion et la contrainte et les vices à caractère subjectifs tels que l'erreur et le dol<sup>1095</sup>.

Le consentement se manifeste à travers la rencontre concordante d'une offre et d'une acceptation. La forme de l'offre et de l'acceptation importe peu. L'essentiel est le consentement des parties, quelle que soit la forme de ce consentement. Il convient de souligner que l'accord des parties doit s'exprimer dans « l'assemblée du contrat ». Si les deux parties étaient présentes dans l'assemblée, l'offre et l'acceptation doivent s'exprimer en même temps sans séparation. Si l'une des parties était absente et l'autre partie était présente, la partie absente doit exprimer son consentement, dès l'instant qu'elle a pris connaissance de l'offre<sup>1096</sup>.

Les parties doivent s'entendre sur l'objet et l'arbitre qui va trancher leur différend. Les auteurs divergent sur le point de savoir si le consentement des parties doit être maintenu jusqu'au prononcé de la sentence. Une partie de la doctrine estime que le consentement des parties doit être maintenu jusqu'au prononcé de la sentence. La révocation de l'arbitre par les parties est possible tant que la sentence n'a pas été prise. Al Khassaf explique que, dès lors que l'arbitre est le délégué des parties et qu'il a le statut de juge, il est du droit de chaque partie de le démettre<sup>1097</sup>. Certains auteurs vont encore plus loin et permettent aux parties de retirer leur consentement après le prononcé de la sentence. Tel serait l'opinion d'al-Izni pour qui l'acquiescement à l'arbitrage des parties est toujours requis, car le consentement est une considération de fond de la décision<sup>1098</sup>. On explique qu'il n'y a en fait de consentement qu'après la connaissance de la décision. Pour certains auteurs, la révocation est possible avant le déclenchement de la procédure arbitrale. Après l'ouverture de la procédure, la révocation n'est plus possible<sup>1099</sup>. Pour d'autres encore, après leur consentement, les parties ne peuvent plus retirer leurs engagements. Telle est l'opinion d'Ibn Majashon<sup>1100</sup>.

---

<sup>1095</sup> Voir sur cette question, Whaba al Zouhaili, *Le Fiqh et ses indices*, 4/3066 ; Sanhoury, *Les sources du droit en Fiqh*, 2/127 et s ; Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 34.

<sup>1096</sup> Kahtan Al Douri, *La convention d'arbitrage en droit musulman et en droit positif* (en arabe), pp. 119-120.

<sup>1097</sup> Khassaf, *Al Sharh*, p. 482.

<sup>1098</sup> cité par Al Mawardî, *Adab al kadi*, p. 382.

<sup>1099</sup> Voir dans ce sens, Ali Mezghani, « Le droit musulman et l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, N°2, 2008, p. 223 et s.

<sup>1100</sup> Ibn Majashon, *al Montka Sharh al-Motaa*, tome 5, p. 227; Al Karafi, *Al Forok*, 4/13, p. 204

## ***b)- La capacité***

Les parties contractantes doivent avoir la capacité juridique. La capacité requise en la matière est celle de disposer de ses droits. Il faut noter que les docteurs classiques ne sont pas d'accord sur la détermination de l'âge de la majorité. Certains auteurs l'ont fixé à l'âge de la puberté alors que d'autres ont refusé de faire l'amalgame entre cet âge et l'âge de majorité<sup>1101</sup>.

La majorité de la doctrine admet la validité de la convention d'arbitrage conclue par une personne ayant l'âge de *tammiiz* (distinction ou conscience), à condition d'avoir l'autorisation du tuteur légal. Sans cette autorisation, la convention est invalide<sup>1102</sup>. Cependant, l'école Chaféite ne reconnaît pas la validité de la convention conclue par un enfant, quel que soit son âge<sup>1103</sup>.

En ce qui concerne la capacité juridique des personnes morales en droit musulman classique, on constate que la notion de personne morale trouve son incarnation dans les Wakfs ou fondations pieuses. Mais les docteurs considèrent les Wakfs comme faisant partie des droits de Dieu. De ce fait, ils ne sont pas autorisés à conclure une convention d'arbitrage car les matières touchant aux droits de Dieu sont exclues du domaine de l'arbitrage. De plus, les sociétés en droit musulman classique étaient fondées sur l'idée de mandat et non sur celle de personne juridique. C'est pourquoi la question de leur capacité à compromettre n'a pas été soulevée. La personnalisation des sociétés est un phénomène relativement récent dans le monde islamique. En effet, il remonte à la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. A partir de cette période, on assiste à l'émergence de cette idée avec l'apparition des codifications modernes<sup>1104</sup>.

Force est enfin de constater que la convention d'arbitrage ne faisant pas partie des contrats nommés dans le droit musulman et que ce droit n'ayant pas élaboré une théorie générale des contrats, on ne trouve pas d'autres conditions relatives à la majorité des parties<sup>1105</sup>.

---

<sup>1101</sup> Voir sur ce sujet, Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 38.

<sup>1102</sup> Ibn Nojeim, *Al Bahr al raaik*, 7/24; Al Shawkani, *Fath al kadir*, 6/242; Ibn Qodamah, *Al Moughni*, 4/274.

<sup>1103</sup> Whaba al Zouhaili, *Le Fiqh et ses indices*, 4/3322 et s.

<sup>1104</sup> Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 43 et s.

<sup>1105</sup> Samira Al Monajed, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op, cit, p. 98.

### ***c)- L'objet ou les matières de l'arbitrage***

Le champ de l'arbitrage ou l'étendue des matières susceptibles de faire l'objet d'une convention d'arbitrage varie d'une école doctrinale à l'autre. Les Hanafites considèrent que l'arbitrage est licite pour tout litige sauf les Houdoud (infractions pénales donnant lieu à des sanctions coraniques) et les droits de Dieu. Dans ces affaires, seul l'Imam (titulaire de l'autorité) est compétent puisque les arbitres ne peuvent asseoir leur autorité sur tous les individus sans oublier que la décision de l'arbitrage a valeur de conciliation et que les infractions pénales et les sanctions ne peuvent pas faire l'objet d'une conciliation. Les docteurs de cette école admettent l'arbitrage dans les actions que les individus peuvent faire eux-mêmes, telles que les questions relatives aux finances, aux ventes, aux gages ou hypothèques, etc.<sup>1106</sup>

La doctrine Malékite interdit l'arbitrage dans les domaines de Houdoud, de divorce ou de filiation, car l'arbitrage de ceux-ci dépasse les parties. Il est également proscrit d'arbitrer dans les matières relevant de la compétence du juge, et lorsque cela concerne le droit des tiers comme les droits de Dieu. Pour les partisans de cette école, l'arbitrage est valide dans les cas d'exonération et de grâce, c'est-à-dire dans les matières dont les individus disposent de leurs droits<sup>1107</sup>.

Pour l'école Chaféite, l'arbitrage est admis à propos des finances et contrats de Mu'awadah (échange), mais il est proscrit en matière de mariage, fausse accusation, Houdoud et Talion. Plus généralement, il est proscrit dans les droits de Dieu tels que la Zakat si les bénéficiaires de celle-ci ne sont pas limités puisqu'elle n'a pas de demandeur spécifique<sup>1108</sup>.

Al Mawrdi estime qu'il y a trois catégories de litiges : une partie pour laquelle l'arbitrage est autorisé (le droit des biens, les contrats de Mu'awadah et les droits pouvant faire l'objet de remise ou de libération) ; une partie où l'arbitrage est proscrit (les matières relevant de la compétence exclusive du juge telles que les droits de Dieu et Al Wliyyat ou les matières impliquant l'établissement d'une autorité) ; une partie controversée (le mariage, l'anathème, la diffamation et le Talion). Il existe deux opinions quant à la possibilité de recourir à l'arbitrage à propos de ces matières : la première admet cette possibilité car

---

<sup>1106</sup> Ibn hamam, *Fath al kadir*, 7/318 ; Ajil Al Nachmi, « L'arbitrage et la justice internationale dans la Charia », op. cit, p. 86.

<sup>1107</sup> Ibn Farhoun, *L'instruction des arbitres dans les origines de la magistrature et la discipline des sentences arbitrales*, Tome 1, p.43 et suiv.

<sup>1108</sup> AL Sharbini, *Moughni al Mouhtaj*, Tome 4, p. 389 ; AL Nanawi, *Charh al mazhab*, p.363.

l'arbitrage repose sur la volonté des parties, alors que la seconde refuse cette possibilité du fait qu'il s'agit des droits relevant de la compétence exclusive des titulaires de l'autorité (gouvernants)<sup>1109</sup>.

Les Hanbalites admettent l'arbitrage dans tous les domaines contrairement aux autres courants car ils considèrent que l'arbitrage est admis dans tout litige entre deux parties pouvant être tranché par le juge. Cependant, il existe à cette règle générale quatre exceptions : le mariage, la répudiation, le blasphème et le Talion<sup>1110</sup>.

Si les docteurs classiques s'accordent sur la légitimité de l'arbitrage et de son infériorité par rapport à la justice étatique, on constate une divergence entre eux quant à la nature de l'arbitrage. Est-ce un mandat des deux adversaires en vertu duquel l'arbitre ne tranche que ce sur quoi les parties ont délégué ou est-ce que l'arbitre est considéré comme souverain et n'est donc pas tenu par les préconisations des adversaires ?<sup>1111</sup>.

La majorité des savants musulmans s'accordent pour dire que le principe consiste en ce que l'arbitrage a valeur de conciliation, en ce sens que les parties s'accordent à se faire arbitrer et acceptent la décision qui sera rendue par l'arbitre. De plus, ce qui n'est pas admis pour la conciliation ne l'est pas pour l'arbitrage<sup>1112</sup>. Ils s'accordent aussi sur la légalité de l'arbitrage dans les mêmes domaines que l'exonération et la grâce des matières financières concernant les droits personnels, en ce que les parties peuvent élaborer elles-mêmes<sup>1113</sup>.

*Abou Bakr Ibn Al Arabi* dit : tout droit concernant les adversaires peut faire l'objet d'un arbitrage mais tout ce qui n'est pas de leur propriété et qui appartient au droit divin tel que le culte et les *Houdoud* ne peuvent pas faire l'objet d'un arbitrage<sup>1114</sup>.

Enfin, on peut dire qu'en règle générale, l'arbitrage est autorisé dans le domaine des droits financiers, des biens, des transactions civiles, des dettes. En revanche, il est interdit à l'égard des problèmes relatifs aux infractions pénales, aux biens religieux, et à la tutelle sur les orphelins dont la compétence relève exclusivement du juge.

---

<sup>1109</sup> AL Mawardi, *Adab al cadi*, Tome 2, p.380.

<sup>1110</sup> AL SayoutI, *Mataleb oula al naha fi sharh ghayet al mountaha*, 6/471.

<sup>1111</sup> Ahmar Rousslan, *La justice et la preuve dans le Fiqh islamique et le droit yéménite*, Dar Ennahda Al Arabiya, Le Caire, 1997, p. 219.

<sup>1112</sup> Srkhassi, *Al Mabssout*, 16/111; Ibn Abdin, *Rad Al Mouhtar*, 5/428.

<sup>1113</sup> Massoud Al Jahni, *L'arbitrage dans la Charia islamique et les régimes commun*, Dar al Iman, Médine, 1994, p.213.

<sup>1114</sup> Ibn Arabi, *Ahkam al koran*, 2/619.

## B)- L'arbitre

L'arbitre en droit musulman classique est un pilier de l'arbitrage, il doit être connu en personne sinon la convention d'arbitrage est invalide. Il est désigné d'un commun accord des parties et doit accepter sa mission. L'arbitre doit être désigné lors du recours à l'arbitrage, c'est-à-dire dans la convention d'arbitrage consécutive au litige. Il faut noter que le droit musulman classique n'a pas envisagé la possibilité de la désignation d'un arbitre par un tiers. Aussi l'on peut considérer qu'il n'a ni interdit ni autorisé une telle pratique<sup>1115</sup>.

En ce qui concerne le nombre d'arbitres, le droit musulman n'a pas prévu la nécessité d'un nombre donné. Il peut y avoir un seul arbitre ou une pluralité d'arbitres, mais dans ce dernier cas, la sentence doit être rendue à l'unanimité<sup>1116</sup>. Dans la pratique, c'est l'arbitrage individuel qui était dominant dans les siècles passés. Cela tient au fait que l'arbitrage ancien reposait sur la confiance personnelle entre les parties et l'arbitre.

S'agissant de la capacité, les écoles de droit musulman divergent sur cette question, même s'il y a certains points de convergences entre elles. Les Hanafites exigent de l'arbitre de remplir les qualités requises du juge, il doit justifier de la capacité de juger à travers la capacité mentale et le sens de l'équité. Ils conditionnent la validité du choix de l'arbitre par son aptitude à témoigner. C'est pourquoi il n'est pas permis au mineur ou au Fasik (Grand pécheur) d'arbitrer<sup>1117</sup>. Néanmoins, cette école admet l'arbitrage par une femme du fait de sa compétence de juger<sup>1118</sup>.

L'école Malékite admet l'arbitrage par une femme, certains déterminent les domaines dans lesquels elle est compétente pour arbitrer. Certains savants de cette école n'exigent pas de l'arbitre d'avoir la capacité de juger mais ils se contentent de la capacité de témoigner. D'autres exigent que l'arbitre fasse partie des Moujtahid, ils exigent aussi que l'arbitre ait

---

<sup>1115</sup> Voir sur cette question, Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 46 et s ; Samira Al Monajed, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op, cit, p. 109.

<sup>1116</sup> Ibn Nojeim, *Al bahr al raa'ik*, 7/44.

<sup>1117</sup> Fatima Al'awa, *La convention d'arbitrage dans la Charia et le droit, étude de codification du Fiqh islamique et l'influence législative de la revue des décisions judiciaires*, Al Maktab al Islami, 1<sup>ère</sup> édition, 2002, p. 232.

<sup>1118</sup> Al Zailai, *Tabyin al haqa'eq sharh kanz al daqa'eq*, 5/118 ; Ibn Nojeim, *Bahr al Ra'iq*, p. 43.

connaissance de l'objet du litige, en d'autres termes que l'arbitre ait l'expérience et l'instruction du thème autour duquel tourne le litige afin d'atteindre la vérité<sup>1119</sup>.

Pour les Chaféites, l'arbitre doit remplir la condition d'aptitude à témoigner et qu'il soit Moujtahid. Les savants de ce courant considèrent que si cette condition n'est pas remplie, l'arbitrage est réputé nul. Cette doctrine admet la possibilité de choisir le juge comme arbitre et dans le cas d'une pluralité d'arbitres, ces derniers doivent rendre leur décision à l'unanimité<sup>1120</sup>.

L'école Hanbalite exige de l'arbitre de remplir les conditions requises du juge en termes d'ijtihad, d'équité et de liberté<sup>1121</sup>. Cependant il n'admet pas que la femme puisse être en charge d'arbitrer, car la condition du sexe masculin est exigée comme pour le juge<sup>1122</sup>.

Il convient de noter que les docteurs classiques s'accordent sur les conditions suivantes : la majorité, la sagesse (la bonne raison), l'islam, la liberté.

L'arbitre ne peut renoncer à sa mission au profit d'un autre et ce, quelque soit la manière dont il été choisi<sup>1123</sup>. En ce qui concerne la révocation de l'arbitre, les docteurs classiques admettent, comme cela avait été indiqué, le principe de la révocation de l'arbitre en raison du fait qu'il a un statut et un rôle moindre que ceux du juge. Ils divergent tout simplement sur le moment où cette révocation peut intervenir. La révocation peut être le fait d'une seule partie, l'accord des deux parties n'étant donc pas exigé<sup>1124</sup>. Toutefois, les docteurs affirment que la révocation de l'arbitre n'est pas possible si sa nomination a été confirmée par le juge<sup>1125</sup>.

S'agissant de la récusation de l'arbitre, cette question n'a pas été examinée par les docteurs classiques. Mais de manière générale, il est possible de la soumettre aux règles régissant la récusation du juge. En effet, le droit classique pose comme condition que la partie en faveur de laquelle la sentence est rendue ne soit pas le conjoint ou l'un des ascendants ou

---

<sup>1119</sup> Ibn Farhoun, « *L'instruction des arbitres dans les origines de la magistrature et la discipline des sentences arbitrales* », Tome 1, p.43 et suiv.

<sup>1120</sup> Al nanawi, *Rawdat al talibine wa Oumdat al Mouftyine*, Tome 11, p.121-123.

<sup>1121</sup> Ibn Qoudama, *Al Moughni*, 14/92.

<sup>1122</sup> Ahmad Al Qari, « *Revue des décisions de la Charia* », 1<sup>ère</sup> édition, p.607, étude et enquête du Pr. Abdelwahab Abou Souleyman et Pr. Mohamad Ibrahim Ahmad.

<sup>1123</sup> Ibn Abdine, *Rad Al mouhtar*, 4/471.

<sup>1124</sup> Ibn Nojeim, *Al bahr al raa'ik*, 7/44.

<sup>1125</sup> Ali Haidar, *Dorrah Al Hokamma fi sharah majlat al ahkam*, 4/643.

descendants ; ce qui veut dire que celui-ci ne peut statuer en faveur de cette catégorie de personnes mais peut le faire à leur rencontre<sup>1126</sup>.

Le droit musulman classique impose à l'arbitre un certain nombre d'obligations. Celles-ci ont été traitées dans le chapitre consacré à « l'éthique du juge ». A cet égard, on peut évoquer notamment l'obligation d'appliquer la Charia et de respecter les règles de preuve édictées par la loi musulmane. En outre, l'arbitre doit observer un traitement égal envers les parties, il ne doit pas favoriser l'une d'elles. Il doit observer une stricte impartialité et neutralité dans le traitement de l'affaire : c'est pourquoi aucun cadeau ne doit être accepté de l'une des parties. De plus, il doit s'assurer que les témoins remplissent les conditions nécessaires. Il doit consulter les savants en cas de besoin pour éviter une sentence erronée. Avant d'engager la procédure arbitrale, il doit essayer de concilier les parties<sup>1127</sup>. Il y a aussi d'autres obligations qui ne peuvent pas être développées ici.

Il est intéressant de rappeler que la question de l'arbitre sera examinée de manière approfondie dans les développements qui suivent.

### **C)- Le déroulement de l'instance arbitrale**

Le droit musulman classique dispense l'arbitre de l'obligation de se conformer à la procédure suivie devant le juge (qadi). Ainsi, le lieu où se déroule l'arbitrage n'a aucune influence sur la procédure à suivre et l'arbitre peut rendre son jugement en un lieu autre que celui où l'arbitrage a eu lieu. Il peut choisir lui-même ce lieu sauf au cas où les parties en ont décidé autrement. Cette liberté, dont bénéficie l'arbitre, tient au fait que l'arbitrage repose sur la volonté des parties ; il s'agit d'une justice contractuelle fondée sur la liberté tout en respectant les règles de la Charia<sup>1128</sup>. Cependant, il doit respecter certains principes fondamentaux dont notamment le jugement en toute équité, le principe du contradictoire et les règles de preuve (témoignage, aveu, serment, etc.)<sup>1129</sup>.

---

<sup>1126</sup> Ibid, 4/645.

<sup>1127</sup> Al Samar kandi, *Tohfah al foukaha'*, 3/370 et s.

<sup>1128</sup> Mostafa Al Zarka, *Introduction générale au Fiqh islamique*, 1/542.

<sup>1129</sup> Ibn Abidine, *Rad al mouhtar*, 4/485 ; Ibn Nojeim, *Al Bahr al raaik*, 7/43.

Les deux parties doivent être entendues et la sentence doit comporter une mention indiquant que l'arbitre a pris connaissance du point de vue de l'adversaire et que la procédure a été contradictoire<sup>1130</sup>.

Concernant les règles de preuve, le droit musulman classique n'accordait pas à l'écrit la même valeur que le témoignage et c'était ce dernier mode de preuve qui constituait la base de ce système. En dépit de son existence et de sa légitimité coranique<sup>1131</sup>, l'écrit faisait, par contre, l'objet d'une grande méfiance de la part des juristes classiques. Ceci était d'autant plus justifié, qu'à cette époque, l'écriture n'était pas très répandue et ne pouvait donc servir de moyen principal de preuve. Cette primauté du témoignage tient également au fait que la société traditionnelle reposait sur une relation de confiance personnelle. La personne jouait un rôle déterminant dans la marche de la justice et du règlement des litiges. Presque tout est fondé sur cette entité fondamentale qu'est la personne<sup>1132</sup>.

Quant à la charge de la preuve, la position du droit musulman se résume en deux points : d'une part, la preuve est à la charge du demandeur qui est celui qui invoque le contraire de l'apparence et le serment est à la charge de celui qui nie, c'est-à-dire à celui qui s'attache au maintien de cette apparence ; d'autre part, la règle est l'absence d'obligation et de garder les choses en l'état.

Ces principes se fondent immédiatement sur la Tradition du Prophète. Dans un hadith, le Prophète a dit : « La preuve est à la charge de celui prétend et le serment est à la charge du défendeur ou de celui qui nie »<sup>1133</sup>. Dans un autre hadith, le Prophète affirme que « si on

---

<sup>1130</sup> Ibn Abidine, *Rad al mouhtar*, 4/485 ; Al KAssani, *Bada'i al Sanaa'i*, 7/12 et s ; Ibn Mansour, *Al fatwa al hanidiyya*, 3/471.

<sup>1131</sup> « Ô vous qui croyez! Ecrivez la dette que vous contractez et qui est payable à une échéance déterminée. Qu'un écrivain, choisi parmi vous, l'écrive honnêtement qu'aucun écrivain ne refuse de l'écrire comme Dieu le lui a enseigné. Qu'il écrive ce que le débiteur dicte qu'il craigne son Seigneur qu'il ne retranche rien de la dette ». Le Noble Coran, sourate de la Vache, verset 282.

<sup>1132</sup> Voir sur ce sujet, Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 46 et s ; Samira Al Monajed, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op, cit, p. 50. Il convient de noter que Sanhoury affirme : « La primauté, en matière de preuve, revenait donc à l'écrit. Mais comme la civilisation de l'époque n'était pas suffisamment avancée pour adopter un tel mode de preuve, les docteurs ne purent que composer avec cet état de fait. Le Fiqh éleva donc le témoignage au premier rang et l'écrit fut dégradé d'autant. Mais il est étonnant que, dans les époques postérieures, nul n'ait pris conscience des facteurs qui avaient abouti à faire prévaloir le témoignage à l'écrit, et que l'on se contenta de répéter ce qu'avaient dit les premiers jurisconsultes alors que l'on pouvait très facilement renverser la situation et remettre l'écrit au premier rang des modes de preuve d'autant plus que celui-ci s'était répandu et que les textes coraniques étaient là pour aider à cette évolution [...]. Le droit musulman a adopté le système de preuve réglementé et abandonné le système de preuve libre. Ibn el Qayyem se rebella contre l'attitude des docteurs qui voulaient imposer des règles strictes et rigides en matière de preuve et se limiter au témoignage sans considérer les autres modes de preuve tels que les indices et présomptions. Aussi préconisa-t-il ce qui constituait, en quelque sorte, un retour aux sources, c'est-à-dire, une application du texte coranique ». Sanhoury, *Traité de droit civil*, la preuve, p. 28.

<sup>1133</sup> Hadith rapporté par l'Imam Al Tarmazi, Jamai Al Imam al taramazi, 3/626.

accordait aux gens ce qu'ils demandaient, certains demanderaient le sang des hommes et leurs biens, mais la preuve incombe au demandeur »<sup>1134</sup>.

Il faut noter que le système islamique régissant l'instance repose sur des principes posés essentiellement par le deuxième calife, Omar Ibn Al Khatab, notamment dans sa fameuse « lettre de la justice ».

On peut citer quelques principes :

- L'application de la Charia dans le règlement des litiges. Il est interdit de prononcer des sentences à l'encontre des règles et principes de la Charia ;
- La nécessité de comprendre le litige avant de le juger (cela montre que l'arbitre doit entendre les deux parties pour comprendre le litige qui lui est soumis) ;
- Il faut juger rapidement une fois que le problème a été clarifié ;
- Le juge ou l'arbitre doit être équitable ;
- La preuve est à la charge du demandeur ;
- La transaction ou la conciliation est autorisée entre les musulmans sauf une conciliation contraire à la Charia ;
- Accorder au demandeur un délai raisonnable pour apporter les preuves à ses prétentions notamment si les preuves ne sont pas disponibles. Dans ce dernier cas, il faut donner un délai plus long. La possibilité de réviser et modifier le jugement en vue de se conformer au droit et à la justice.
- Les musulmans sont tous capables de témoigner à l'exception de certaines personnes comme celle qui a donné un faux témoignage par exemple.
- La nécessité de recourir au raisonnement par analogie dans les cas où les textes religieux ne prévoient pas de dispositions explicites. Mais ce raisonnement doit reposer sur la science et la compréhension.
- Le juge ou l'arbitre doit observer la patience et éviter la colère pendant le déroulement de la procédure, car la colère et l'impatience empêchent le prononcé d'un jugement équitable.
- Juger en équité est un acte de bienfaisance qui mérite d'être récompensé aussi bien dans cette vie que dans l'autre vie.

---

<sup>1134</sup> Hadith rapporté par l'Imam Mouslem dans son Sahih, 3/1336.

- Le juge ou l'arbitre doit être sincère dans l'exercice de sa mission en cherchant avant tout la satisfaction de Dieu<sup>1135</sup>.

S'agissant du délai de l'arbitrage, le droit musulman classique n'a pas traité de ce sujet. Il y a lieu de considérer que les parties sont libres de fixer le délai qui leur convient et à défaut, l'arbitrage ne sera soumis à aucun délai.

En ce qui concerne la fin de l'arbitrage, la majorité des docteurs classiques accordent aux parties la possibilité de se retirer de l'arbitrage avant le prononcé de la sentence. Cependant, une partie de la doctrine affirme que les parties ne peuvent se retirer une fois que l'arbitre a commencé l'examen du litige<sup>1136</sup>. De manière générale, l'arbitrage prend fin par l'expiration du délai contractuel fixé. L'arbitrage prend également fin : par le règlement du litige, c'est-à-dire par le prononcé de la sentence ; par le décès de l'arbitre ou si l'arbitre perd sa capacité civile ou sa capacité à témoigner ou les conditions requises pour assurer sa mission ; par le décès de l'une des parties<sup>1137</sup>.

#### **D)- La sentence arbitrale et son exécution**

Comme tout système de règlement de litige, l'arbitrage conduit au prononcé d'une sentence mettant fin au litige. Cette sentence soulève de nombreux enjeux autour de son caractère, de sa forme, de son autorité, etc.

La doctrine islamique diverge quant à la nature et à la force de la sentence arbitrale. Deux thèses s'opposent à cet égard. Selon une partie de la doctrine Chaféite, la force obligatoire de la sentence trouve son fondement dans la volonté des parties et le consentement de celles-ci est nécessaire pour l'exécution de la sentence, même après son prononcé<sup>1138</sup>. Les partisans de cette thèse limitent le recours à l'arbitrage lorsqu'il n'y a pas de juge auquel les parties peuvent recourir. C'est pourquoi, ils n'accordent pas à la sentence arbitrale la même

---

<sup>1135</sup> Ibn al Qaim, *Alam al mokaiin*, 1/85 et s.

<sup>1136</sup> Abou Saïd el Istakhri, cité par Al Mawardi, *Adab Al Kadi*, p. 382.

<sup>1137</sup> Voir à ce sujet, Samira Al Monajed, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op, cit, p. 144 ; Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 53.

<sup>1138</sup> Al Sharbini, *Moughni al mouhtaj*, 4/379 ; Al Mawardi, *Adab al kadi*, 2/382.

valeur qu'au jugement judiciaire. La sentence demeure d'une valeur inférieure à celle du jugement. Ils considèrent l'arbitrage comme un empiètement sur les compétences du juge<sup>1139</sup>.

Pour la majorité de la doctrine, la sentence arbitrale est indépendante de la volonté des parties dès son prononcé et est obligatoire pour ces dernières. Cette opinion considère la sentence comme un jugement judiciaire et lui confère donc un caractère juridictionnel. Les partisans de cette thèse évoquent les éléments suivants : l'autorité publique est mise à la disposition de l'arbitre pour assurer le respect de sa décision. Il a la faculté d'ordonner l'emprisonnement en cas de refus d'obéissance à cette décision<sup>1140</sup> ; l'arbitre doit avoir la capacité d'être juge<sup>1141</sup>.

S'agissant de la forme de la sentence, les docteurs n'ont pas imposé une forme précise que l'arbitre doit respecter. Il faut noter que la forme de la sentence ou du juge n'avait pas une grande importance dans le droit musulman classique. Il était suffisant que le juge dise : « J'ai jugé ». Cette phrase produira tous les effets liés au jugement. Il arrive aussi que le qadi rédige son jugement tout en demandant aux parties de témoigner sur ce jugement<sup>1142</sup>.

Mais de manière générale, la sentence arbitrale doit être soumise aux mêmes règles de forme que le jugement judiciaire. Ce dernier était exécuté sous le contrôle du juge qui l'avait rendu et il n'était dès lors pas nécessaire qu'il soit écrit : l'écrit n'était pas nécessaire pour la validité du jugement ; il est seulement nécessaire pour la preuve lorsque le jugement était exécuté sous le contrôle d'un autre juge que celui qui l'a rendu<sup>1143</sup>.

En ce qui concerne le processus d'adoption de la sentence, il est évident que dans la société islamique classique, l'arbitrage repose sur le fait de confier cette mission à un arbitre unique. Dans ce cas, le processus d'adoption de la sentence ne pose pas de problème. Mais la question se pose lorsque la mission de trancher le litige est confiée à plusieurs arbitres : dans ce cas, ceux-ci doivent convenir ensemble de la sentence à rendre et nul d'entre eux n'est habilité à statuer séparément. Autrement dit, la sentence doit être rendue à l'unanimité et non à la majorité<sup>1144</sup>.

---

<sup>1139</sup> Al Shirazi, *al mouhzaab*, 2/372.

<sup>1140</sup> Ibn Abidine, *Rad al mouhtar*, 4/486 ; Ibn Qodama, *Al Moughni*, 10/95 ; Al Dardir, *Al Sharh al Saghir*, 2/516 ; Al Mawardi, *Adab al kadi*, 2/382.

<sup>1141</sup> Al Hatab, *Moahib al jallil*, 6/112.

<sup>1142</sup> Al taraboulsi, *Moein al hokam*, 1/182.

<sup>1143</sup> Ibn Farhoun, *Tabsirat al hokam*, 2/9 ; Al Mardawi, *Al inssaf*, 11/332 ; Al Ramli, *Al Hashiyya*, 4/298.

<sup>1144</sup> Ibn Nojeim, *Al bahar al raik*, 7/44.

Le droit islamique classique n'impose pas la motivation de la sentence arbitrale. L'absence de motivation n'est pas considérée comme un vice aboutissant à la nullité de la sentence<sup>1145</sup>. Mais les docteurs recommandent vivement la motivation de la sentence car cela rassure les parties et permet de contrôler la sentence rendue et savoir si elle comporte une injustice flagrante<sup>1146</sup>.

La majorité de la doctrine soutient que la sentence arbitrale a un caractère définitif si elle est conforme aux règles et fondements de la Charia<sup>1147</sup>. L'autorité de la sentence est relative, elle n'a d'effet qu'entre les parties au litige. Elle n'a pas d'effet à l'égard des tiers<sup>1148</sup>.

Concernant l'interprétation et la rectification des erreurs matérielles de la sentence arbitrale, la doctrine accorde ce pouvoir aux arbitres à partir du prononcé de la sentence jusqu'au recours au juge pour l'exécution ou pour l'annulation de la sentence<sup>1149</sup>.

S'agissant de l'exécution de la sentence arbitrale, la majorité de la doctrine estime que la sentence arbitrale constitue en elle-même un titre exécutoire<sup>1150</sup>. Mais l'arbitre n'a pas l'autorité quant à l'exécution et c'est pour cette raison que l'intervention du juge est nécessaire pour l'exécution de la sentence. La majorité de la doctrine affirme que le juge ne peut pas remettre en cause la sentence arbitrale sauf si elle est contraire aux règles de la Charia<sup>1151</sup>. Cependant, les docteurs Hanafites estiment que le juge peut remettre en cause la sentence de l'arbitre si elle est contraire à son école juridique<sup>1152</sup>. La doctrine Chaféite soutient que la sentence arbitrale n'est pas obligatoire pour les parties, de ce fait, il est possible de remettre en cause la sentence arbitrale et faire juger à nouveau l'affaire par le juge<sup>1153</sup>.

S'agissant des voies de recours, cette question n'a pas occupé une place importante dans les ouvrages de la doctrine classique. Mais en règle générale, on peut considérer que la sentence arbitrale a, en principe, un caractère définitif. Elle est insusceptible de recours. Toutefois, une partie de la doctrine admet le recours en annulation. Ce recours est exercé

---

<sup>1145</sup> Ibn Qodama, *al moughni*, 10/116 ; Al Siouti, *Jawahar al oukoud*, 2/378 ; Al Khassaf, *Adab al kadi*, 3/84.

<sup>1146</sup> Al Chafi'i, *Al Oum*, 6/216 ; Al Sarkhassi, *Al Mabssout*, 16/108.

<sup>1147</sup> Al Sarkhassi, *Al Mabssout*, 16/111 ; Ibn Farhoun, *Tabssirat al hokam*, 1/50 ; Al Nawawi, *Rawdat al talibin*, 11/121 ; Al Bouhoti, *Kashaf al Kinaa*, 6/306.

<sup>1148</sup> Ibn Al Hamam, *Fath al kadir*, 5/499 ; Ibn Nojeim, *Al bahar al raik*, 7/26.

<sup>1149</sup> Al Taraboulsi, *Moein al hokam*, p. 29-30.

<sup>1150</sup> Ibn Taimiyya, *Al Fatwa*, 35/360 ; Ibn Nojeim, *Al bahar al raik*, 7/26.

<sup>1151</sup> Ibn Farhoun, *Tabssirat al hokam*, 1/44 ; Ibn Qoudama, *al Moughni*, 4/92.

<sup>1152</sup> Al Sarkhassi, *Al Mabssout*, 16/111 ; Al Zailaai, *Tabiin al hakaik*, 5/118.

<sup>1153</sup> Al Nawawi, *Rawdat al talibin*, 11/122.

lorsqu'il y a erreur manifeste dans la sentence ou dans ses motifs<sup>1154</sup>. L'erreur manifeste dans la sentence peut être : la dénaturation de la volonté des parties et de l'arbitre à statuer sur une convention nulle ou expirée ; l'arbitre n'a pas la capacité d'arbitrer ; la sentence arbitrale porte atteinte à la Charia, la sentence comporte une injustice claire, etc. La voie de recours en annulation, en droit musulman, est exercée auprès du juge compétent ; elle peut aussi être exercée à l'occasion de l'exécution de la sentence auprès du juge chargé de l'exécution. En cas d'annulation, le juge ne réexamine l'affaire que si les parties ou l'une d'elles le demandent<sup>1155</sup>. Pour l'appel, cette voie de recours est une possibilité et non un droit. Elle a été souvent confondue avec le recours en nullité. Le recours est porté devant le juge des juges<sup>1156</sup> pour les mêmes motifs que le recours en nullité. En statuant en appel, le juge annule la sentence et rend un nouveau jugement tranchant le litige<sup>1157</sup>. Cette question n'a pas été étudiée de manière détaillée par les docteurs classiques.

On peut enfin s'interroger sur les règles applicables au fond : s'agit-il d'un arbitrage en droit ou en amiable composition ? En réalité, cette distinction entre arbitrage en droit et arbitrage en amiable composition est une distinction moderne qui n'existe pas dans le droit musulman classique. Cette situation tient au fait qu'il est évident, dans la société islamique traditionnelle, que le règlement des différends doit se faire sur le fondement des principes et règles de la Charia. Et ces principes et règles islamiques reposent sur la justice et l'équité, ces dernières constituant l'une des grandes finalités de la Charia. Tout en islam doit être fondé sur la notion de juste. En effet, les textes ordonnant le règlement des litiges selon la justice et l'équité sont très nombreux dans le Coran et la Sunna<sup>1158</sup>. C'est la raison pour laquelle cette distinction moderne entre l'équité et le droit n'a pas de raison d'être dans la pensée islamique classique.

Après avoir présenté la position des différentes écoles du Fiqh en matière d'arbitrage, il convient d'énumérer leurs convergences et leurs divergences.

---

<sup>1154</sup> Al Taraboulsi, *Moein al hokam*, p. 29 ; Ibn Farhoun, *Tabsirat al hokam*, 1/132.

<sup>1155</sup> Voir sur cette question, Omar El Kadi, *L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif français et égyptien*, op, cit, p. 260 et s ; Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 60.

<sup>1156</sup> Le juge des juges est la plus haute autorité juridictionnelle dans l'Etat islamique. Il assure notamment la nomination des juges.

<sup>1157</sup> Al Taraboulsi, *Moein al hokam*, p. 30 ; Ibn Farhoun, *Tabsirat al hokam*, 1/132 et s.

<sup>1158</sup> Par exemple, on peut lire dans le Coran : « Dieu vous ordonne de restituer les dépôts et de juger selon la justice ». Le Noble Coran, Sourate Les Femmes, verset 58.

La majorité de la doctrine s'accorde sur les points suivants :

- L'arbitrage est considéré comme un des modes de règlement des différends avec la justice et la conciliation.
- Les savants du Fiqh le considèrent comme un contrat et lui appliquent les règles des contrats communs.
- La condition d'accord doit être claire et explicite de recourir à l'arbitrage et non à la justice, cet accord ne doit pas être implicite sous peine de nullité de l'arbitrage dans son ensemble.
- L'exigence de remplir les conditions de capacité à témoigner pour l'arbitre, même si certains ajoutent la condition de capacité à juger.
- La sentence arbitrale est obligatoire pour les parties.
- La nécessité de l'unanimité des arbitres en cas de pluralité.
- La fin de l'arbitrage peut être provoquée par un des quatre motifs suivants : la prononciation de la sentence, le désistement de l'arbitre, la révocation de l'arbitre par les parties et la perte de capacité d'une des parties à la convention d'arbitrage ou de l'arbitre lui-même avant le prononcé de la sentence.
- La sentence est présumée comme étant régulière tant que la preuve inverse n'est pas apportée.
- La sentence a un effet relatif, c'est-à-dire qu'elle s'impose uniquement aux parties au litige et ne s'applique pas aux tiers.
- Les docteurs ne précisent pas l'autorité qui veille à l'exécution de la sentence arbitrale, et s'il faut une homologation ou pas du juge pour que la sentence devienne exécutoire. Comment la prouver si elle n'a pas été rendue à l'écrit ; y a-t-il nécessité d'avoir un témoin distinct des parties au litige lors de la prononciation de la sentence ? Il semble que toutes ces questions sont soumises au même régime que les décisions judiciaires<sup>1159</sup>.

Les principaux points de divergence se résument ainsi :

- Le droit des parties de se rétracter de l'arbitrage lors de toute étape de l'arbitrage, ce droit est limité dans certaines écoles par le déclenchement de l'arbitrage et dans d'autres par le prononcé de la sentence arbitrale.

---

<sup>1159</sup> Fatima Al'awa, *Le contrat d'arbitrage dans la Charia et la loi*, op. cit, p.243-244.

- Le pouvoir du juge dans la censure de la sentence arbitrale : s'il en est saisi, certains admettent que le juge puisse censurer, si la sentence entre en contradiction avec sa doctrine et d'autres ne permettent pas au juge de censurer sauf si la sentence est contraire aux principes de la Charia et qu'elle cause une injustice flagrante.
- Les domaines susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage sont limités pour certains aux litiges financiers seulement et pour d'autres elles s'étendent aux questions financières, au mariage et divorce sans aborder les infractions pénales (Houdoud) et le Talion. D'autres encore considèrent que tous les litiges, qu'ils soient de nature financière ou qu'ils concernent les Houdoud, le Talion, la répudiation ou le blasphème peuvent faire l'objet d'un arbitrage<sup>1160</sup>.

Il en résulte de cet exposé sur le droit musulman classique que les jurisconsultes musulmans ont étudié l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des litiges à la lumière des données de leur contexte socio-économique. Ce qui explique l'existence de nombreuses divergences entre la conception islamique traditionnelle de l'arbitrage et la conception moderne de cette institution. Mais cette question commence à subir des mutations importantes sous l'influence de la rénovation de la pensée juridique islamique.

## **Section 2. La rénovation limitée de l'arbitrage en droit musulman contemporain : la Mejelle et l'Académie du Fiqh islamique**

Les solutions formulées par les docteurs musulmans classiques en matière d'arbitrage correspondent à l'état de civilisation dans lequel ces docteurs se trouvent. Elles ont été données avant que l'évolution économique et sociale n'atteigne le stade actuel. Elles ne sont toutefois pas rigides et ne constituent pas une exception au principe général selon lequel « les règles de droit changent avec le temps ». En effet, le droit musulman n'est pas immuable, il est valable en tout temps et en tout lieu. C'est pourquoi il doit évoluer pour répondre aux besoins changeants de la société tout en respectant les principes et règles stables, ainsi que les finalités de la Charia. C'est dans ce cadre que le droit musulman est appelé à évoluer. Selon Sanhoury, « Le droit musulman n'est cependant pas demeuré rigide dans ses premières

---

<sup>1160</sup> Samira AL Mounjed, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op. cit, p. 61 ; Fatima Al'awa, *Le contrat d'arbitrage dans la Charia et la loi*, op. cit, p. 245.

phases ; il a, au contraire, fait de grands pas sur la voie de l'évolution et a élargi ce qui avait été rétréci pour les besoins de la stabilité des transactions »<sup>1161</sup>.

L'arbitrage ne constitue pas une figure d'exception à cette règle universelle de l'évolution des lois dans le temps. Cette capacité évolutive des règles islamiques de l'arbitrage s'explique par le fait que les sources principales de la Charia contiennent très peu de normes précises en matière de transactions et d'affaires. Dans ces conditions, il y a lieu d'appliquer ce grand principe de la Charia selon lequel l'autorisation est la règle et l'interdiction est l'exception<sup>1162</sup>. Il est évident que le développement de la conception islamique de l'arbitrage ne contredit pas l'esprit et la lettre de la Charia, tant que cette évolution s'inscrit dans le cadre défini par les sources islamiques et les finalités de la loi musulmane. Dans cette perspective, il serait important d'étudier la Mejlle ottomane (§1) et l'œuvre de l'Académie du Fiqh islamique (§2) comme deux formes d'évolution du droit musulman de l'arbitrage. Néanmoins, cette évolution reste limitée dans la mesure où elle repose essentiellement sur la pensée islamique classique.

## **§1- L'arbitrage dans la Mejlle ottomane**

A partir du XIX<sup>ème</sup> siècle, et sous l'influence grandissante des relations économiques, sociales, diplomatiques, scientifiques, culturelles entre le monde islamique et le monde européen, s'est posée la question de la modernisation des règles et des institutions juridiques régissant les sociétés islamiques, aussi bien sur le plan formel que sur le plan matériel ou substantiel. Dans ce contexte, on assiste à l'émergence dans le monde musulman de la notion de Code ou de codification. Plusieurs codes inspirés notamment du modèle français ont été adoptés par l'Empire ottoman : règlements administratifs (1839-1856), Code de commerce (1850), Code pénal (1858), Code de procédure commerciale (1861), Code maritime commercial (1863). De nouveaux tribunaux, appelés Mahakim Nizamiyya, ont été institués pour appliquer les nouveaux codes<sup>1163</sup>.

---

<sup>1161</sup> Sanhoury, *Les sources du droit dans le Fiqh islamique*, op. cit, p. 129 et s.

<sup>1162</sup> Voir à cet égard, Ibn Taimiyya, *Al Fatwa*, 3/326.

<sup>1163</sup> Pour plus de détails, voir Fatma Al Aoua, « La convention d'arbitrage dans la Charia et le droit : étude de codification de Fiqh islamique et l'influence législative de la Mejlle », Le Bureau islamique, 1ere édition, Bzrouth, 2002 ; Fadi Nammour, « De l'applicabilité de la charia islamiya dans l'arbitrage international », Les cahiers de la finance islamique, n° 5, 2013, pp. 98-99.

Cette réception massive des législations françaises n'a pas abouti à la disparition du droit musulman de l'univers juridique ottoman. Au contraire, l'Empire ottoman s'est lancé dans des tentatives considérables et sans précédent pour mettre le droit classique en conformité avec les évolutions économiques et sociales. Ces efforts importants ont donné naissance, en 1876, à la première codification civile islamique de l'époque moderne : la Mejlle<sup>1164</sup>. Inspirée de la doctrine Hanafite, cette codification des matières civiles a été appliquée dans l'Empire ottoman et dans les pays arabes qui en faisaient partie. Certains pays arabes ont appliqué cette codification, même après la chute de l'Empire<sup>1165</sup>. Ce n'est qu'à la suite de l'indépendance que ces pays ont élaboré leurs propres codes civils<sup>1166</sup>.

La Mejlle a considéré que l'arbitrage est un acte légal et autorisé. Elle a même consacré un titre entier à l'arbitrage. Il s'agit du titre 4 du Livre 16 intitulé « Livre de l'organisation judiciaire et de la procédure : articles 1841 à 1851 ». Malgré cela, la Mejlle n'a pas consacré de dispositions détaillées sur l'arbitrage, elle s'est contentée de formuler quelques principes généraux en la matière<sup>1167</sup>. Les principales dispositions reflètent la nature contractuelle de l'arbitrage plus proche de la conciliation et de la transaction que du jugement judiciaire. Dans cette optique, nous allons voir comment la Mejlle a traité de l'arbitrage. L'article 1790 de la Majella définit l'arbitrage comme étant une procédure dans le cadre duquel le litige est soumis, par convention entre les parties, à une tierce personne qui tranchera leurs différends. Cet article renvoie à l'article 1634 qui porte sur la définition de la notion d'adversaires<sup>1168</sup>, et renvoie à l'article 1785 sur la définition de l'arbitre<sup>1169</sup>.

---

<sup>1164</sup> Sur la Mejlle, voir Guido Tedeschi, « Le centenaire de la Mejlle », *Revue internationale de droit comparé*, n°21, 1969, pp. 125-133 ; George Young, *Corps de droit ottoman, recueil des codes, lois, règlements, ordonnances et actes les plus importants du droit intérieur, et d'études sur le droit coutumier de l'Empire ottoman*, The Clarendon press, Oxford, 1905.

<sup>1165</sup> Par exemple, la Mejlle a été appliquée en Syrie jusqu'en 1949, date de l'adoption du Code civil. Elle a été appliquée au Koweït jusqu'en 1981, date de la promulgation du Code civil koweïtien.

<sup>1166</sup> Sobah Abdulsalam, *Convention d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral dans les législations des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe*, op, cit, p. 60 et s ; Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 25 et s.

<sup>1167</sup> Saadeddine Salih, « L'arbitrage dans la Mejlle: étude comparée des importantes décisions d'arbitrage entre le Fiqh islamique et les règles d'arbitrage international de la CNUDCI », recherche présentée lors de la 16<sup>ème</sup> conférence annuelle de l'arbitrage du commerce international – Faculté de Droit, Université des Emirats Arabes Unis, 2008, p.1205.

<sup>1168</sup> La notion d'adversaire selon l'article 1634 : « Si le demandeur allègue un fait, le défendeur le contredit c'est donc son adversaire dans le cadre du procès, tandis que si le défendeur le soutient dans son allégation il n'est plus considéré comme son adversaire », l'adversaire lors du procès est donc le défendeur envers lequel sont dirigées des allégations objectives en vertu desquelles la justice peut le contraindre.

<sup>1169</sup> L'article définit le juge comme étant « la personne nommée par le Sultan afin de trancher les litiges entre les individus et l'associe avec l'arbitre spécialisé dans le règlement des différends mais qui n'est pas nommé par le Sultan mais désigné par les adversaires ».

La Mejlle considère l'arbitrage comme étant un contrat basé sur la volonté des cocontractants, auquel il convient d'appliquer les principes généraux des contrats du Fiqh islamique. Les commentateurs ont décidé que l'arbitrage consiste en un contrat spécial encadré et spécifié du fait de sa nature judiciaire, et il est dit que l'arbitrage est un jugement encadré par le temps et le lieu<sup>1170</sup>. Selon la Mejlle, le recours à l'arbitrage n'est pas obligatoire et n'est pas la voie classique de règlement des différends. Il s'effectue avec le consentement des parties au litige. Il s'agit donc d'une procédure consensuelle qui repose sur l'accord entre deux parties ou plus. Pour renforcer la nature contractuelle de l'arbitrage, la Mejlle utilise expressément le terme de consentement matérialisant le principe de la primauté de la volonté. De ce fait, la volonté des parties est la base sur laquelle se fonde l'arbitrage, cette volonté s'exprime à travers diverses façons : le libre recours à l'arbitrage, la détermination du ou des arbitres et la possibilité de leur déléguer un pouvoir de conciliation, mais aussi la liberté de fixer le lieu et la durée de l'arbitrage sans oublier la possibilité pour les parties de différer le délai du prononcé du jugement. Les parties peuvent aussi révoquer l'arbitre, ou imposer le jugement à la majorité au lieu de l'unanimité en cas de pluralité d'arbitres, etc.<sup>1171</sup>

Il est intéressant de noter que la Mejlle n'exige pas de forme spécifique pour l'accord d'arbitrage. Il n'est pas fait exigence d'une formalité dans la constitution de la convention d'arbitrage, puisqu'il s'agit d'un contrat consensuel valable même s'il prend une forme orale. Il n'est également pas nécessaire de s'accorder sur l'arbitrage après la survenance du litige. En effet, les parties peuvent s'accorder sur l'arbitrage préalablement à la survenance du litige, ceci n'étant pas proscrit par les textes de la Mejlle<sup>1172</sup>. Cela constitue une grande nouveauté par rapport au droit musulman classique qui ne connaissait qu'une seule forme de la convention d'arbitrage : le compromis<sup>1173</sup>. Autrement dit, la liberté contractuelle est accordée aux parties ; celles-ci peuvent ainsi, lors de la conclusion du contrat, exiger le recours à l'arbitrage avant la survenance d'un litige dans une clause compromissoire, mais peuvent également recourir à l'arbitrage après la survenance du litige en concluant une convention

---

<sup>1170</sup> Mohamad AL Mahassni, « Commentaire de la Mejlle », édition *Taraqi*, Damas, p.534.

<sup>1171</sup> Fatma AL Aoua, « La convention d'arbitrage dans la Charia et le droit : étude de codification du Fiqh islamique et l'influence législative de la Mejlle », Le bureau islamique, 1<sup>ère</sup> édition, Beyrouth, 2002, p.271-272.

<sup>1172</sup> Mounir Al Qadi, « Le commentaire de la Mejlle », édition *Al Ani*, Bagdad, p.189. Le commentaire de la revue considère que la désignation de l'arbitre dans la convention d'arbitrage entre les parties est une condition à défaut de laquelle la convention est nulle ; ainsi, si les parties s'accordent seulement sur l'instauration d'un arbitrage sans la désignation de l'arbitrage, l'accord est réputé non valable. De ce fait, la validité de la convention d'arbitrage est conditionnée par la validité de la désignation d'un arbitre. Mounir Al Qadi, « Le commentaire de la Mejlle ».

<sup>1173</sup> Sur le compromis, voir notre seconde partie, titre 1, chapitre 1, section 1, § 2.

d'arbitrage. Cependant, la désignation de l'arbitre et le début de la procédure ne se feront que postérieurement à la survenance du litige<sup>1174</sup>.

En effet, la Mejjelle ne traite pas des principes de l'arbitrage ni des conditions de sa validité. Cependant, les interprètes estiment que le compromis, pour être valable, doit remplir quatre conditions : le litige doit être né et clairement défini ; les parties doivent y avoir consenti en s'adressant à l'arbitre en ces termes : « procède à un arbitrage entre nous car nous t'avons désigné comme arbitre »<sup>1175</sup> ; l'arbitre doit être nommément désigné ; l'arbitre doit disposer de la capacité de témoigner<sup>1176</sup>.

La Mejjelle n'aborde pas la capacité des parties adverses, ni la qualité et conditions relatives aux arbitres. Cependant, elle renvoie en ce qui concerne la définition de l'arbitre à l'article relatif à la définition du juge<sup>1177</sup> ; de plus, elle exige de l'arbitre les mêmes conditions que celles du juge nommé par l'Etat. L'arbitre doit donc être juste, mature, savant et ayant une droiture d'esprit. Il doit avoir la connaissance dans les questions du Fiqh et des principes du procès judiciaire. L'arbitre doit alors, conformément aux dispositions de la Mejjelle, disposer de la connaissance juridique, d'un sens du discernement et d'une intégrité des facultés sensorielles. L'absence de l'une de ces conditions rend l'arbitre inapte à l'arbitrage<sup>1178</sup>. Concernant les qualités des parties, la Mejjelle les renvoie à la définition générale des parties au litige<sup>1179</sup>. Elle exige la jouissance de la capacité de disposer de ses droits<sup>1180</sup>.

S'agissant des matières pouvant faire l'objet d'un arbitrage, elles se limitent aux questions où la conciliation serait admise. En effet, la Mejjelle assimile l'arbitrage à la

---

<sup>1174</sup> Fatma AL Aoua, *La convention d'arbitrage dans la Charia et le droit : étude de codification de Fiqh islamique et l'influence législative de la Mejjelle*, op. cit, p.252 et 254.

<sup>1175</sup> Article 1848 de la Mejjelle.

<sup>1176</sup> Ali Haidar, *Durar al hokam fi sharh majlat al ahkam*, p. 639 et s.

<sup>1177</sup> La Mejjelle évoque l'arbitre dans son article 1790.

<sup>1178</sup> Les articles 1792-1793-1794 de la Mejjelle relatifs aux conditions imposées au juge.

<sup>1179</sup> La Mejjelle définit les adversaires à l'article 1634.

<sup>1180</sup> Les conditions relatives aux parties à l'arbitrage : les parties doivent être majeures capables, la minorité et l'incapacité frappant l'arbitrage de nullité, le mineur autorisé à agir peut-être partie à un arbitrage, le tuteur d'un mineur ou majeur incapable peut être partie à un arbitrage lorsqu'il concerne des sommes d'argent placées sous tutelle ou curatelle mais ne peuvent pas y recourir lorsque cela concerne un droit des personnes qu'ils représentent. Concernant les représentants des personnes morales telles que les sociétés et institutions, ils peuvent recourir à l'arbitrage selon l'article 1841 (il est permis de recourir à l'arbitrage dans des litiges financiers concernant les droits personnels). Le terme personne ne se limite pas aux personnes physiques mais inclut aussi les personnes morales.

conciliation. Ainsi, il n'est pas permis d'arbitrer dans les questions relatives aux droits de Dieu. L'arbitrage se limite aux litiges financiers relatifs aux droits des personnes<sup>1181</sup>.

La Mejelle admet la pluralité d'arbitres<sup>1182</sup> mais elle impose que la sentence soit prise à l'unanimité<sup>1183</sup> dans le cas où ils sont plusieurs<sup>1184</sup>. Toutefois, les parties ont le droit de demander aux arbitres de trancher à la majorité<sup>1185</sup>. En outre, la Mejelle autorise les arbitres à mandater d'autres arbitres à condition d'avoir une autorisation préalable des parties<sup>1186</sup>.

Conformément aux dispositions de la Mejelle, il est permis aux parties de conférer à l'arbitre un mandat de conciliation, et si les parties optent pour la voie de la conciliation, celle-ci s'impose à eux, et aucune des parties ne peut s'en défaire car la conciliation dispose d'un effet contraignant. L'arbitre doit à son tour respecter les limites de la conciliation et ne peut les dépasser car son action peut être frappée de nullité. Pour que la conciliation soit valable et exécutoire, le consentement des deux parties est nécessaire sinon elle sera considérée comme nulle<sup>1187</sup>.

En vertu de la Mejelle, chacune des parties peut décider de révoquer l'arbitre à tout moment à condition que cela soit antérieur au prononcé de la sentence. Cependant, les parties ne peuvent révoquer l'arbitre s'il a été nommé par le juge<sup>1188</sup>. La Mejelle admet que l'arbitre se révoque lui-même sans motiver sa révocation. Cependant, elle autorise les parties à engager sa responsabilité si celui-ci n'est pas équitable et si la révocation de son propre chef provoque un préjudice. Notons que, selon la Mejelle, la mission de l'arbitre prend fin dans les cas suivants : la révocation de l'arbitre par les parties, la durée prévue pour l'arbitrage arrive à son terme et aucune sentence d'arbitrage n'a été rendue, le prononcé de la sentence, puisqu'à partir de ce moment, l'arbitre perd toute autorité à l'égard des parties et ne peut en aucun cas agir concernant le litige, sauf s'il y a une demande ou une autorisation de la part des parties.

---

<sup>1181</sup> L'article 1841 de la Mejelle – est exclu du cadre cet arbitrage l'arbitrage international et politique et tout autre arbitrage non commercial ou financier.

<sup>1182</sup> Article 1843 de la Mejelle.

<sup>1183</sup> C'est une condition issue du Fiqh Hanafite dans le cas où l'on a plusieurs arbitres. Le problème est que les savants du Fiqh Hanafite exigent la nécessité que les adversaires connaissent l'identité de celui qui a rendu la décision alors qu'en cas de décision à la majorité cette condition n'est pas remplie, donc si les adversaires autorisent la pluralité d'arbitres, ils cèdent un droit qui leur est garanti.

<sup>1184</sup> Article 1844 de la Mejelle.

<sup>1185</sup> Fatma AL Aoua, *La convention d'arbitrage dans la Charia et le droit : étude de codification de Fiqh islamique et l'influence législative de la Mejelle*, op. cit, p.263.

<sup>1186</sup> Article 1845 de la Mejelle.

<sup>1187</sup> Salim Roustom, « Commentaires de la Mejelle », p.1199.

<sup>1188</sup> Article 1847 de la Mejelle.

En ce qui concerne la sentence arbitrale, elle a été prévue à l'article 1786<sup>1189</sup> de la Mejjelle. La sentence peut comporter une obligation de faire ou de ne pas faire ou les deux simultanément. Il est également indiqué que l'effet de la sentence se limite aux parties, ainsi qu'à l'objet du litige. Il ne s'étend donc pas à d'autres problématiques extérieures à l'objet du litige<sup>1190</sup>. Si l'arbitrage se voit limité dans le temps par les parties ou l'arbitre, son effet s'éteint simultanément avec cette durée. Ainsi, si une durée a été fixée pour proclamer la sentence arbitrale, sans que cette durée ne soit respectée, et si la sentence venait à être proclamée postérieurement à ce délai, cette décision arbitrale ne saurait être valable ni exécutoire<sup>1191</sup>.

Pour être valide, la sentence doit respecter les règles de la Mejjelle, toute transgression à ces règles annule l'arbitrage. Si une sentence arbitrale est conforme aux règles de la Charia et dans les limites convenues par les parties, cette sentence s'impose aux parties. Il faut souligner que la Mejjelle n'a pas abordé la question du prononcé de la décision et la possibilité de son exécution sans avoir recours à une autorité pour l'homologuer ; cette problématique n'a pas trouvé de réponse précise dans les dispositions de la Mejjelle<sup>1192</sup>. La question de la soumission de la sentence au juge n'a pas été non plus traitée par la Mejjelle. On ne trouve d'ailleurs aucune disposition sur l'exécution de la sentence, lorsque l'arbitre ne détient aucune autorité exécutoire. Et en cas de recours contre la décision arbitrale par l'une des parties devant le juge, ce dernier doit-il instruire l'affaire dans les faits et dans le fond ou se limite-t-il à une étude formelle sans approfondir le sujet ?

Toutes ces questions n'ont pas été appréhendées par la Mejjelle. Celle-ci n'a pas précisé non plus les exigences de forme du prononcé de la décision arbitrale, ni les modalités ou le contrôle par le juge. On peut également s'interroger sur l'effet de la sentence arbitrale sur les tiers. La réponse à cette question n'a pas été prévue par la Mejjelle. Mais ces questions

---

<sup>1189</sup> Définition de la décision arbitrale à l'article 1786 : c'est le fait pour le juge de trancher le litige et la décision se divise en deux parties : la première partie consiste pour l'arbitre à contraindre la partie perdante à s'exécuter envers la partie gagnante en proclamant par exemple « vous êtes condamnés » ou « délivrez la chose », cela est connu sous la contrainte arbitrale, la seconde partie l'interdiction de la partie perdante en proclamant par exemple « vous ne disposez pas du droit » appelé ici sentence d'abandon.

<sup>1190</sup> Article 1842 de la Mejjelle.

<sup>1191</sup> Article 1846 de la Mejjelle.

<sup>1192</sup> Fatma Al Aoua, *La convention d'arbitrage dans la Charia et le droit : étude de codification de Fiqh islamique et l'influence législative de la Mejjelle*, op.cit, p.268 -269.

peuvent être réglées par la référence à la doctrine Hanafite qui constitue la source de la Mejlle<sup>1193</sup>.

La Mejlle a œuvré pour réaliser la justice à travers la surveillance de l'arbitre par le juge. De ce fait, elle exigeait des arbitres non mandatés pour la conciliation, d'appliquer les règles de l'Etat afin que si une des parties conteste la décision arbitrale, le juge puisse avoir un regard sur l'arbitre et les lois sur lesquelles ce dernier a fondé sa sentence. La Mejlle confie aussi à l'arbitre la possibilité de recourir aux outils du juge tels que le témoignage, le serment et autres afin d'aboutir à une décision qui tranchera le litige. Cela met en évidence que l'autorité de la sentence arbitrale est comparable à celle de la décision judiciaire<sup>1194</sup>. La Mejlle souligne aussi que les convictions du juge ne sont pas le critère de contestation ou de modification de la sentence arbitrale, mais le critère consiste en la conformité de celle-ci au droit. Dans cette optique, la Mejlle affirme que si l'arbitre expose la sentence devant le juge nommé par le Sultan, celui-ci l'homologue si elle est conforme aux principes, sinon il la rejette. Les principes concernés sont les dispositions juridiques et non les convictions du juge ou sa jurisprudence personnelle<sup>1195</sup>.

Enfin, il convient de remarquer que la Mejlle a confié l'organisation de toutes les questions relatives aux formalités de l'arbitrage et aux modalités d'exécution à la volonté des parties. Elle n'a pas donné de réponses à ces questions. On peut également souligner que la nouveauté majeure introduite par la Mejlle est d'ordre formel ; elle consiste dans la codification des solutions juridiques dégagées par la doctrine Hanafite selon une forme nouvelle, bien cordonnée et aisément identifiable. Cela a donc facilité l'accès à des règles qui étaient jusqu'alors dispersées dans les différents ouvrages de Fiqh classique. Quant au fond, on constate que les solutions proposées ne sont que la reformulation de la doctrine Hanafite,

---

<sup>1193</sup> Dans ces cas-là, nous traitons des deux possibilités. La première possibilité est si l'arbitre ne dispose pas d'autorité, il doit alors soumettre la sentence arbitrale au juge pour qu'elle devienne exécutoire de fait et non pas de droit. Cependant, est-ce que le regard du juge sur la sentence arbitrale comprend le fond et la forme ou simplement la forme sans le fond ? En réalité, la Mejlle ne répond pas à ce questionnement mais il est présumé que le regard du juge porte seulement sur la forme et non pas sur le fond car s'il regarde le fond, l'intérêt de l'arbitrage disparaît puisqu'il y a un risque de rejet par le juge et d'un autre côté le fait d'avoir le regard du juge sur le litige vient en contradiction avec l'objectif de ne pas recourir à la voie judiciaire dans le règlement du différend. La deuxième possibilité consiste en la contestation par une des parties de la sentence arbitrale après son prononcé au motif d'invalidité ou de nullité puisque le juge détient l'autorité publique car il peut avoir un regard sur le fond et la forme de la sentence arbitrale, si celle-ci est conforme il la confirme sinon il la rejette. Dans ce cas, le juge doit simplement juger de la validité de la sentence arbitrale et laisse l'objet originel du litige entre les mains des parties qui décident ou non de l'exposer devant lui.

Fatma AL Aoua, *La convention d'arbitrage dans la Charia et le droit : étude de codification de Fiqh islamique et l'influence législative de la Mejlle*, op. cit, p.269-270.

<sup>1194</sup> Voir l'article 1848 de la Mejlle.

<sup>1195</sup> Voir l'article 1849 de la Mejlle.

d'où la portée limitée de la rénovation induite par cette codification en matière d'arbitrage. Ce constat demeure valable, même si les interprètes de la Mejlle ont parfois adopté une interprétation large de ses dispositions en essayant d'y intégrer des solutions juridiques récentes qu'impose l'évolution des rapports économiques et sociaux, ce qui va ouvrir la voie plus tard à une nouvelle tentative de modernisation du droit musulman de l'arbitrage. C'est le cas notamment de l'Académie internationale de Fiqh islamique.

## **§2. L'arbitrage dans l'œuvre de l'Académie internationale de Fiqh islamique**

L'Académie internationale de Fiqh islamique fait en sorte de choisir des sujets sociétaux importants qu'elle étudie afin d'émettre un avis chariatique et donc participer à la résolution de problèmes y afférents. C'est sur cette base que l'arbitrage était placé à la tête de la liste des priorités et a fait l'objet de recherches de la part des savants de cette institution. Ces derniers sont réunis afin d'étudier et de réviser les avis de leurs prédécesseurs, ce qui a permis à l'Académie de Fiqh islamique d'aboutir à sa décision prise lors de la neuvième session<sup>1196</sup> en ce qui concerne le principe de l'arbitrage dans le Fiqh islamique en affirmant les principes suivants.

Premièrement, l'arbitrage est un accord entre les deux parties à un litige donné, afin de confier le règlement de leur différend à un arbitre qui, en rendant une sentence contraignante, applique la Charia islamique. L'arbitrage est licite que ce soit entre particuliers ou dans le cadre de différends internationaux.

Deuxièmement, l'arbitrage est un contrat qui ne lie ni les parties ni l'arbitre. Les parties peuvent donc se rétracter tant que l'arbitrage n'a pas commencé. L'arbitre peut se révoquer lui-même, et ce même après son acceptation, tant qu'il n'a pas rendu sa décision. Cependant, il ne peut désigner son successeur sans l'autorisation des deux parties car le consentement se fait sur la personne de l'arbitre.

Troisièmement, il est interdit d'arbitrer dans tout ce qui concerne les droits de Dieu comme les infractions pénales (Al Houdoud). Il est également interdit d'arbitrer les décisions

---

<sup>1196</sup> Décision de l'assemblée du Fiqh islamique internationale numéro 91(8/9) qui s'est tenue lors de sa 9<sup>ème</sup> conférence à Abu Dhabi aux Emirats Arabes Unis du 1<sup>er</sup> au 6 avril 1995.

qui confirment un jugement ou encore qui le censurent au regard des personnes concernées par ces jugements. C'est le cas de la répudiation (Al lia'n). Si l'arbitre vient à se saisir d'une affaire de ces matières qui sont interdites alors la sentence arbitrale est nulle et ne peut être exécutée.

Quatrièmement, l'arbitre doit remplir les conditions requises du juge.

Cinquièmement, en principe, la sentence arbitrale a force exécutoire, en effet, si une des parties se refuse de l'appliquer, la sentence est présentée au juge pour être mise en exécution. Les juges ne peuvent pas censurer la sentence sauf si celle-ci comporte une injustice flagrante ou contraire aux règles de la Charia islamique.

Enfin, les Etats islamiques peuvent, s'il n'existe pas de tribunaux internationaux islamiques, recourir aux tribunaux internationaux non islamiques, afin de parvenir à ce qui est licite.

Cette décision de l'Académie de Fiqh soulève des interrogations légitimes : s'agit-il d'une véritable œuvre originale fondée sur un ijtihad renouvelé ou d'une simple reproduction du corpus doctrinal ancien ? Dans quelle mesure les propositions contenues dans la décision précitée se démarquent-elles des solutions dégagées par les docteurs classiques ?

En étudiant les rapports de discussions qui ont eu lieu entre les savants du Fiqh afin de prendre une décision par rapport au principe d'arbitrage, les docteurs participant à la conférence ont conclu que les manuels de Fiqh islamique ne définissent pas complètement l'arbitrage mais ils donnent simplement des illustrations empiriques. Ils ont ajouté que la Charia islamique admet l'arbitrage pour les litiges entre particuliers mais aussi internationaux. Ils ont démontré que la définition de l'arbitrage diffère de celle de la conciliation qui consiste en une concession faite par chacune des parties dans leurs demandes. L'arbitrage diffère aussi de la *fatwa* puisqu'il n'existe qu'en cas de litige et donne lieu à une sentence obligatoire pour les parties, il se distingue aussi du jugement judiciaire car il a pour source directe le consentement des deux parties<sup>1197</sup>.

Les juristes ont exigé la présence obligatoire d'une preuve de légalité spéciale attestant du consentement à l'arbitrage, car ce mécanisme affecte les prérogatives du juge et l'Etat se voit obligé de faire exécuter une décision rendue en dehors de ses institutions. Ils

---

<sup>1197</sup> Audience de discussion du principe d'arbitrage de le Fiqh islamique sous la présidence du Mohamed AL Miniaoui, Revue de l'assemblée du *Fiqh* islamique, « Principe d'arbitrage », n°9, p.1951.

affirment que la décision de l'Académie ne s'applique pas à l'arbitrage obligatoire figurant dans le Coran concernant la séparation entre époux mais aussi l'arbitrage spécial concernant la chasse<sup>1198</sup>. Cette décision concerne uniquement l'arbitrage fondé sur le consentement.

L'analyse de la décision précitée de l'Académie appelle des remarques.

D'abord, l'objectif de l'Académie est de construire un système d'arbitrage débouchant sur une sentence obligatoire pour les parties. Avec cette décision, l'Académie a tranché le débat ancien sur l'autorité de la sentence arbitrale<sup>1199</sup>. De ce fait, l'Académie affirme que le but de l'arbitrage est d'arriver à une sentence qui tranche le litige<sup>1200</sup>.

Ensuite, pour que la convention d'arbitrage soit valide, la décision de l'Académie pose les exigences suivantes :

- La survenance d'un litige est une condition de validité de la convention d'arbitrage.
- L'arbitrage nécessite deux étapes : la première étape consiste en l'accord des parties entre elles afin de se soumettre à la sentence de l'arbitre communément désigné, celui-ci doit être connu<sup>1201</sup>. La seconde étape réside dans l'accord entre les parties au litige et l'arbitre sur l'acceptation de la mission d'arbitrage<sup>1202</sup>. L'arbitre a le choix d'accepter ou de refuser l'arbitrage, par conséquent la première convention ne sera pas une convention d'arbitrage sauf si la seconde convention est réalisée. Ces deux accords constituent donc la base de l'arbitrage<sup>1203</sup>.

Nous remarquons que la décision de l'Académie ne fait aucune allusion à la clause compromissoire. Cela signifie que cette clause n'est pas reconnue par la décision précitée car celle-ci exige l'existence d'un litige déjà né pour que la convention d'arbitrage soit valide. De plus, la décision fait de l'arbitre une condition de validité de la convention d'arbitrage. De ce

---

<sup>1198</sup> Voir *Al Bahr al Ra'iq* et *Fath Al Kadir* dans l'explication des deux versets.

<sup>1199</sup> Deux thèses s'opposaient dans la doctrine classique sur l'autorité de la sentence arbitrale : la première considère que l'arbitrage était une conciliation où les parties devaient accepter de s'y conformer après la prononciation de la sentence par l'arbitre ; la seconde prône le fait que l'arbitrage s'impose aux parties.

<sup>1200</sup> Nidal Al Baloui, *L'arbitrage dans la Charia islamique, vision moderne*, Dar Al Thaqaqa, Amman, 2012, p.77.

<sup>1201</sup> Ibn Qoudama, *Al Moughni*, 4/224.

<sup>1202</sup> Ibn Nojeim, *Al Bahr Al Ra'iq*, 7/27.

<sup>1203</sup> Le terme signifiant l'acceptation de l'autre partie : en ce sens que la sentence est explicite comme si les parties avaient tranché entre elles ou que l'arbitre ait décidé de trancher entre elles et qu'elles aient simplement accepté. Ce qui pourrait constituer une preuve : c'est si les parties s'accordent sur une personne mais que celle-ci n'a pas eu connaissance de cela et que les parties recourent à elle, la sentence est licite et si elle n'est pas acceptée alors elle est illicite à moins d'arbitrer une nouvelle fois. Ibn Abdine, *Hachiat Ibn Abidine*, 8/127.

fait, l'arbitre doit être identifié en personne sinon la convention d'arbitrage serait considérée comme nulle.

L'absence de la clause compromissoire de la décision de l'Académie de *Fiqh* tient en effet à l'influence exercée par la doctrine classique sur le choix opéré par les rédacteurs de la décision. Cette position de l'Académie est critiquable. D'une part, le droit musulman classique n'a pas évoqué la clause compromissoire du fait que l'état de développement des transactions ne permettait pas la naissance d'une telle pratique contractuelle. Autrement dit, l'inexistence de la clause compromissoire dans le droit classique n'a posé aucun problème dans la mesure où le contexte socio-économique de l'époque n'a pas exigé une telle clause. On était en effet en présence d'une société simple basée essentiellement sur la confiance personnelle. D'autre part, si le droit musulman classique ne fait aucune référence explicite à la clause compromissoire, cela ne signifie pas que cette clause soit interdite par la Charia. En effet, la doctrine Hanbalite et notamment les enseignements d'Ibn Taimmiyya reconnaissent la validité des clauses contractuelles en règle générale, comme cela a déjà été indiqué.

A partir de là, il aurait été plus judicieux que l'Académie de *Fiqh* reconnaisse explicitement la validité de la clause compromissoire, surtout qu'une telle pratique puisse se fonder sur une interprétation classique de la théorie des clauses. Plus encore, la licéité de cette clause pourrait se fonder sur l'intérêt général et l'utilité sociale qui doivent être pris en compte lors de l'élaboration des nouvelles règles et des nouvelles interprétations. Tout cela permet de répondre aux besoins de la communauté et de suivre les évolutions économiques et sociales de la vie contemporaine. Avec cette méthode, on pourrait assurer la modernisation du droit islamique et son adaptation aux exigences de la modernité tout en respectant les principes et finalités de la Charia. En reconnaissant la validité de la clause compromissoire, l'Académie pourrait, en réalité, contribuer à développer la finance islamique qui a tellement besoin de cette pratique pour régler ses affaires conformément à la Charia. Ce point s'avère nécessaire plus que jamais dans la mesure où le recours au juge étatique a conduit dans certains cas à la non-application de la Charia, voire à la mise en œuvre des solutions contraires à ses règles.

Nous pouvons constater que l'arbitre, selon la décision de l'Académie de *Fiqh*, constitue un élément essentiel dans l'opération d'arbitrage car si ce dernier décède, perd sa capacité ou se révoque lui-même, la sentence n'aura pas d'effet. L'arbitre est donc devenu une base dans la convention d'arbitrage.

En outre, la décision souligne qu'il est en principe exigé de l'arbitre de remplir les conditions du juge « selon les préceptes d'origine ». Par référence aux conditions relatives au juge, l'Académie vise à affirmer que l'arbitrage est une justice. C'est la raison pour laquelle un non-musulman ne peut pas être nommé comme arbitre<sup>1204</sup>.

Cependant, la décision n'a pas précisé qu'elles sont ces conditions. En effet, les docteurs classiques divergent à ce sujet, certains adoptant des positions strictes (exigence d'être Moujtahid, c'est-à-dire interprète de la loi alors que d'autres ont une conception souple (pas d'exigence d'être Moujtahid, il suffit d'être connaisseur du droit musulman)<sup>1205</sup>. Mais certaines conditions font l'objet d'un consensus : pour les docteurs, le juge doit être musulman, majeur, capable et libre<sup>1206</sup>.

En ce qui concerne l'expression « précepte d'origine » énoncée dans la décision, celle-ci désigne la nécessité de la prise en compte des circonstances de temps et de lieu ou peut-être fait-elle référence aux usages et aux coutumes. Force est de constater que cette imprécision ne cadre pas avec les exigences de l'arbitrage moderne, étant donné que cette institution occupe une place de plus en plus importante dans le règlement des conflits spécifiques. Ceux-ci ne peuvent en effet être résolus que par des personnes qualifiées, expérimentées et désignées à l'origine par les parties au litige. Dans ce contexte, l'Académie aurait dû porter une attention particulière à la question de l'arbitre<sup>1207</sup>.

L'arbitrage dans la décision de l'Académie est une convention qui ne lie ni les parties ni l'arbitre. En effet, les parties peuvent se rétracter tant que l'arbitre n'a pas commencé sa mission<sup>1208</sup>. Notons que la décision n'a pas précisé le moment du déclenchement de la procédure arbitrale qui met fin au droit des parties à la rétractation. L'arbitre peut également se révoquer lui-même, et ce même après acceptation tant qu'il n'a pas rendu son verdict. Les parties ne peuvent pas se prévaloir d'un droit acquis car la révocation de l'arbitre par lui-même ne leur porte pas de préjudice, puisque les parties peuvent recourir à la justice étatique en vue de trancher leur litige<sup>1209</sup>. Qu'il s'agisse d'une révocation par les parties ou l'arbitre lui-même, le droit musulman limite cette faculté afin d'éviter les abus dans l'utilisation de ce

---

<sup>1204</sup> Abdallah Al Khanine, Explication du système de la procédure islamique saoudienne (en arabe), 5<sup>ème</sup> édition, Dar Ibn Farhoun, Al Riyad, 2012, p. 58.

<sup>1205</sup> Les conditions relatives à l'arbitre à la lumière du Fiqh islamique seront traitées ultérieurement.

<sup>1206</sup> L'encyclopédie du Fiqh Koweïtien, *op.cit.*, Tome 33, p.291.

<sup>1207</sup> Nidal Al Baloui, , *L'arbitrage dans la Charia islamique, vision moderne*, *op, cit.*, pp. 148-149.

<sup>1208</sup> Décision de l'Académie, deuxième paragraphe.

<sup>1209</sup> *Ibid.*

droit et exige qu'elle soit exercée dans le cadre de la Charia<sup>1210</sup>. En tout état de cause, on peut s'interroger sur le sort de toutes les formalités effectuées pendant l'opération d'arbitrage si l'arbitre décide de se révoquer. Cette question ne trouve pas de réponse dans la décision de l'Académie. D'ailleurs, l'arbitre ne peut pas se faire substituer par une autre personne sans son accord car le consentement est *intuitu personae*<sup>1211</sup>.

En ce qui concerne le champ de l'arbitrage et son étendue, l'Académie du Fiqh islamique évoque cette question dans le troisième paragraphe<sup>1212</sup>. Pour elle, l'arbitrage est permis dans les litiges financiers et tout sujet qui permet la conciliation, mais il est interdit dans tout ce qui relève des droits de Dieu. En s'inspirant du corpus traditionnel du Fiqh, l'Académie exclut les infractions pénales du domaine de l'arbitrage. Elle n'a pas évoqué les questions relatives au droit partagé entre Dieu et les hommes comme les affaires concernant le Talion par exemple. Mais vu que la décision de l'Académie interdit de façon absolue l'arbitrage dans tout ce qui relève des droits de Dieu, il nous semble que cette interdiction vaut aussi aux affaires impliquant un droit partagé avec les individus. C'est l'opinion de la majorité de la doctrine classique et plus spécialement de la doctrine Hanafite<sup>1213</sup>.

La décision interdit également l'arbitrage si celui-ci a des effets sur les tiers. Elle cite, à cet égard, l'exemple de la répudiation (Al Lii'an), puisqu'ici les droits de l'enfant se trouvent mis en jeu. Il est également interdit d'arbitrer dans ce qui relève de la compétence exclusive de la justice. Là encore, l'Académie ne précise pas ce qui est visé par cette phrase. Enfin, la décision indique que si la sentence arbitrale intervient en dehors de son champ, elle sera nulle<sup>1214</sup>.

Dans ce contexte, il apparaît que l'Académie n'a pas innové par rapport aux anciens savants en matière d'arbitrage. Au contraire, par sa méthode sélective des avis anciens, elle

---

<sup>1210</sup> Madjid Mahmoud, *La théorie de l'abus dans l'utilisation du droit et la théorie des circonstances urgentes dans le Fiqh islamique*, Dar Al Thaqafa, Amman, p.18, sans date.

<sup>1211</sup> Séance de discussion du principe d'arbitrage dans le Fiqh islamique sous la présidence du Mohamed Al Miniaoui, revue de l'Académie de Fiqh islamique, n°9, « principe d'arbitrage », p. 1954.

<sup>1212</sup> Il est proscrit d'arbitrer dans tout ce qui concerne le droit divin notamment les limites (Al Houdoud). Il est également proscrit, d'arbitrer les décisions qui confirment un jugement ou encore qui le censurent au regard des personnes concernées par ces jugements. C'est le cas de la répudiation (Al lia'n) car concerne de ce fait le droit de l'enfant, ni en ce qui relève exclusivement du champ d'action de la justice. Si l'arbitre tranche dans un domaine proscrit la sentence est réputée nulle et non avenue.

<sup>1213</sup> Pour les savants du Fiqh Hanafite, il est proscrit d'arbitrer dans les limites fixées par Allah Tout-Puissant selon des versions harmonisées. Ils justifient cela par la perception que sa sanction soit méprisée par le tuteur. Il fut rapporté par Abi Hanifa qu'il est proscrit d'arbitrer sur les peines, avis partagé par Al Khassaf mais aussi ce qui est considéré comme juste dans le courant (Mazhab) puisque l'arbitrage a valeur de conciliation et l'individu ne possède pas son sang afin que celui-ci fasse l'objet d'une conciliation.

<sup>1214</sup> Décision de l'Académie, troisième paragraphe.

n'a pas été tout à fait cohérente, au moins au regard de la méthodologie des docteurs classiques. En effet, la restriction du champ de l'arbitrage par le Fiqh classique s'accompagne traditionnellement d'un allègement des conditions requises de l'arbitre. En droit classique, on constate que plus les conditions relatives à l'arbitre sont strictes, plus le champ de l'arbitrage est large. Or, l'inverse est constaté dans l'œuvre de l'Académie : on a adopté une conception stricte aussi bien en ce qui concerne les conditions de l'arbitre que le champ de l'arbitrage. On exige que l'arbitre doive remplir les conditions du juge et on limite en même temps le champ de l'arbitrage. On peut s'interroger sur la méthode adoptée par l'Académie dans l'élaboration de sa décision relative à l'arbitrage.

La décision de l'Académie insiste dans son cinquième paragraphe sur la nature judiciaire de la sentence arbitrale. Celle-ci est prononcée comme le serait une décision du juge. Cependant, il est souligné que l'arbitrage revêt un caractère contractuel dès sa naissance et ce jusqu'à la prononciation de la sentence. Seule la sentence a un caractère judiciaire et tout ce qui la précède n'est que l'exécution d'une opération contractuelle.

Elle affirme également la force de la sentence arbitrale. Les parties sont tenues de l'exécuter. De ce fait, une partie peut se prévaloir de l'effet de la sentence si la partie adverse tente de présenter de nouveau le litige devant les juridictions. La justice se doit d'exécuter la sentence tant que celle-ci ne comporte pas une injustice flagrante et n'est pas en contradiction avec la Charia islamique. Là encore, la décision ne détermine pas ce qu'il faut entendre par la notion d'injustice flagrante (Journ Baiyn).

Il est intéressant de souligner que la décision de l'Académie n'organise pas les voies et délais de recours possibles contre la sentence prononcée. Il en est de même pour le point de départ de l'effet exécutoire de la sentence. Il est connu de nos jours que l'effet exécutoire ne débute en règle générale qu'à l'expiration des voies de recours prévues dans les systèmes juridiques.

Il résulte de ce qui précède que la décision de l'Académie a repris la terminologie employée par la doctrine classique en matière de recours contre une sentence ou un jugement. Il est évident que la doctrine classique a prévu des formalités spécifiques compatibles avec ses circonstances et son contexte. Dans cette perspective, on peut se demander s'il est aujourd'hui possible d'aborder cette question sans faire référence à des mécanismes et voies de recours prévus par les systèmes juridiques modernes.

L'observation de l'œuvre de l'Académie de Fiqh islamique en matière d'arbitrage montre que la nouveauté de celle-ci réside dans la méthode employée. En effet, à la différence de la Mejlle qui se base sur une seule école juridique islamique (l'école Hanafite), l'Académie s'est plutôt montrée ouverte aux quatre écoles du Fiqh islamique en choisissant au sein de ces écoles les solutions qui lui semblent les plus convenables. Cependant, avec cette méthode, l'Académie reste dans le cadre du corpus classique du droit islamique en laissant de côté les acquis des législations modernes. Elle s'est tout simplement contentée de reproduire les opinions anciennes, sans tenter d'imaginer des solutions nouvelles qui puissent répondre aux défis actuels et prendre en considération les mutations socio-économiques contemporaines.

Au lieu d'opérer une simple sélection au sein de la doctrine classique, l'Académie aurait dû aborder la problématique de l'arbitrage sous le prisme de la modernité et selon les principes et finalités de la Charia sans se limiter aux avis émis par les jurisconsultes anciens. Cela semble évident notamment dans une matière comme l'arbitrage qui relève des transactions dont le principe en droit musulman est l'autorisation. En droit islamique, tout ce qui n'est pas organisé de manière détaillée par des textes sacrés peut faire l'objet de l'ijtihad, c'est-à-dire d'un effort d'interprétation à la lumière du contexte et des principes et finalités de la Charia en vue de dégager des solutions justes et conformes aux besoins de la société et des individus. Il faut rappeler que l'ijtihad constitue une source importante du droit musulman<sup>1215</sup>. Dans tous les cas où il n'existe aucun texte applicable, le juriste doit chercher la solution ou la règle au moyen de l'ijtihad. Celui-ci désigne tous les instruments déployés pour former des jugements par le raisonnement humain et l'effort personnel. En effet, les diverses sources du droit musulman, aux côtés du Coran et de la Sunna, sont toutes des manifestations de l'ijtihad, bien qu'elles possèdent des différences relevant essentiellement de questions de procédure. Ainsi, l'ijma', l'analogie, la Maslahha, la préférence juridique, sont étroitement liés sous le titre d'ijtihad. Ces mécanismes de l'ijtihad s'opèrent dans le cadre défini par les préceptes de la Charia.

Cette méthode mérite d'être adoptée par l'Académie de Fiqh islamique. Elle a l'avantage de lui permettre de mettre en place un système juridique cohérent et efficace en matière d'arbitrage, un système qui sera basé sur la prise en compte de l'état actuel de la

---

<sup>1215</sup> Sur les sources du droit musulman, voir notre première partie, titre 1, chapitre 1, section 1, § 1.

société islamique et des besoins renouvelés des transactions modernes, notamment en matière de finance islamique.

## **Chapitre 2. Une efficacité renforcée de l'arbitrage notamment en matière de finance islamique**

La primauté accordée à l'arbitrage comme mécanisme de règlement des litiges relatifs à la finance islamique ne se justifie pas seulement par sa légitimité incontestable, qui tient à son enracinement dans la culture juridique musulmane, mais également aux nombreux avantages qu'il offre aux institutions et aux opérateurs de ce secteur d'activité. En effet, l'arbitrage peut contribuer directement à l'élaboration des solutions conformes à la spécificité de la finance islamique et à sa philosophie en respectant les règles et principes de la Charia. En outre, l'arbitrage peut contribuer indirectement à la stabilité des activités financières islamiques et au développement de cette industrie en permettant le renforcement de la confiance entre les acteurs, les institutions financières islamiques et la clientèle. Ce rôle de l'arbitrage se manifeste à travers deux voies : d'une part, l'arbitrage apparaît comme un mécanisme au service de l'application de la Charia (**Section 1**), et d'autre part, un instrument au profit d'une solution efficace sur le plan pratique et technique, notamment en matière de finance islamique (**Section 2**).

### **Section 1. L'arbitrage au service de l'application de la Charia**

Comme nous l'avons déjà vu, la finance islamique se différencie de la finance conventionnelle par le fait qu'elle repose sur une philosophie religieuse particulière. La source islamique de cette finance suppose que toutes ses activités doivent être conformes aux règles et finalités de la loi islamique. Le règlement des litiges ne fait pas figure d'exception à cet égard. Il doit être fondé sur les mêmes principes. Toute solution qui n'est pas conforme à ces principes est illicite et risque de porter un préjudice grave à cette finance. L'arbitrage est appelé à jouer un rôle éminent dans ce domaine puisqu'il est l'instrument le mieux placé pour assurer une telle tâche en l'état actuel des choses. Avant d'analyser le rôle de l'arbitrage dans la prise en compte de la Charia en matière de règlement des litiges relatifs à la finance

islamique (§2), il serait intéressant de voir les raisons qui rendent nécessaire l'application de la Charia notamment en matière financière (§1).

## **§1. La nécessité d'application de la Charia**

Il n'est pas douteux que le musulman doit soumettre ses litiges aux règles de la Charia islamique. Cette obligation trouve son fondement dans des sources religieuses (A) et dans le caractère normatif de la Charia islamique (B).

### **A)- Les sources religieuses exigeant la mise en œuvre de la Charia**

La question de l'application de la Charia pose nécessairement la question de l'adhésion à l'islam lui-même. Accepter de se soumettre aux préceptes de la Charia c'est accepter l'islam lui-même. S'opposer à la Charia c'est également s'opposer à l'islam. Charia et islam sont intimement liés dans la conception musulmane. Le mot islam signifie « soumission » « obéissance », c'est l'obéissance totale et parfaite à Dieu et à ses ordres. L'application de la Charia est intimement liée à la foi qui ne sera complète qu'avec l'acceptation de la première. Dans ce sens, l'application de la Charia trouve son origine dans la foi qui est un pilier de l'Islam<sup>1216</sup>. Le critère de la distinction entre musulman et non-musulman est l'acceptation d'Allah comme Dieu, de l'Islam comme religion et de Mohammad comme Prophète, et de la Charia comme droit applicable. A cet égard, le Prophète a dit : « Celui qui a dit j'ai accepté Allah comme Dieu, l'islam comme religion et Mohammad comme Prophète sera impérativement parmi les gens du paradis »<sup>1217</sup>. Dans un autre hadith, le Prophète a dit : « A connu le goût de la foi, quiconque a accepté Dieu comme Seigneur, l'islam comme religion et Mohammad comme Messenger de Dieu<sup>1218</sup> ». Il est indiqué que ces deux hadiths constituent les piliers mêmes de l'Islam. « Ils sont l'aboutissement de la religion. Ils renferment l'acceptation de la divinité et de la seigneurie de Dieu, l'acceptation

---

<sup>1216</sup> Salah Al sawi, *L'application de la Charia islamique et sa relation avec la religion* (En arabe), 1<sup>ère</sup> éd., Dar Al Safa, 2013, p. 11.

<sup>1217</sup> Recueil D'Al abani, *Al Jamii al Saghir*, 2/1097.

<sup>1218</sup> Rapporté par Mouslim, *Sahih Mouslim* dans la partie Al-iman, hadith n.2623.

de Son Messager, Son obéissance, ainsi que l'acceptation de Sa religion et l'obligation de s'y soumettre »<sup>1219</sup>.

En effet, l'essence de l'acceptation de la divinité de Dieu ne se limite pas pour le croyant au fait d'accepter la façon dont Dieu gère ses affaires, mais s'étend à placer sa confiance en Lui, et d'accepter son jugement et d'obéir à ses ordres. En même temps, l'acceptation de la prophétie de Mohammad renferme l'obéissance parfaite à celui-ci et la soumission totale à ses ordres de manière à lui accorder la primauté par rapport à notre propre personne. Dans le Coran, Dieu a dit : « En vérité, le pouvoir n'appartient qu'à Dieu qui a prescrit de n'adorer que lui. Telle est la vraie religion, mais peu de gens le savent »<sup>1220</sup>.

La Charia islamique ne concerne pas seulement les relations entre l'Homme et son Créateur. Elle englobe aussi les rapports des hommes entre eux. Elle est à la fois préceptes religieux, moraux, sociaux. Et ces préceptes font partie intégrante de la foi du musulman. Dans la conception islamique, le pouvoir législatif appartient à Dieu seul, l'homme est tenu d'appliquer ce que Dieu a révélé. Dans cette perspective, Dieu dit : « Nous t'avons ensuite mis sur une Charia procédant de l'ordre suis-la donc, et ne suis pas les passions de ceux qui ne savent rien »<sup>1221</sup>. Fondée principalement sur le Coran et la Sunna, les règles contenues dans la Charia opèrent, à destination des croyants, un style d'expressions qui varient entre l'incitation des croyants à répandre le bien et l'incitation à éviter le mal ou le blâmable. Le Coran dans ses versets a mis une distinction apparente entre Halal (le légal) et Harem (l'illégal) par une mise en place des sentences que le juge musulman doit appliquer afin d'établir la justice. Sur ce point, le Coran annonce : « Ô vous qui croyez ! Soyez fermes dans l'accomplissement de vos devoirs envers Dieu, et impartiaux quand vous êtes appelés à témoigner ! Que l'aversion que vous ressentez pour certaines personnes ne vous incite pas à commettre des injustices ! Soyez équitable, vous n'en serez que plus proches de la piété ! Craignez Dieu ! Dieu est bien Informé de ce que vous faites »<sup>1222</sup>.

Il faut rappeler que la Charia repose sur une conception d'origine divine. Elle organise les rapports sociaux non seulement par référence à la sanction temporelle édictée dans la vie présente, mais aussi par la création d'une discipline intérieure, d'une morale religieuse

---

<sup>1219</sup> C'est notamment l'avis d' Ibn Al Qayim. Voir dans cadre, <https://www.havredesavoir.fr/etre-satisfait-de-dieu-ar-rida/>.

<sup>1220</sup> Le Noble Coran, Sourate Yusuf, verset 40.

<sup>1221</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Jathia, verset 18.

<sup>1222</sup> Le Noble Coran, Sourates la Table, verset 8.

poussant les individus à respecter les règles de la vie en société.<sup>1223</sup> A partir de là, la sanction dans le droit islamique n'est pas seulement celle qu'on applique à l'auteur d'une infraction sur cette terre, mais également Dieu lui réserve un châtement douloureux dans l'au-delà s'il ne s'est pas repenti. A ce égard, on peut lire dans le Coran ceci : « Telles sont les limites fixées par Dieu. Tous ceux qui obéissent à Dieu et à son prophète seront accueillis dans les jardins arrosés d'eaux vives où ils demeureront pour l'éternité, et ce sera pour eux la félicité suprême. Celui qui, en revanche désobéit à Dieu et à son Prophète et qui transgresse ses lois, Dieu le précipitera dans l'Enfer pour l'éternité, où un supplice avilissant lui sera infligé »<sup>1224</sup>. Dans le même ordre d'idées, on peut citer un autre verset : « Que ceux qui s'opposent à Son commandement craignent que ne les touche un trouble ou que ne les touche un châtement douloureux »<sup>1225</sup>.

Il ne fait aucun doute que l'acceptation de l'Islam en tant que religion nécessite l'obligation de se soumettre à ses règles et à ses orientations. Dieu dit : « Quiconque recherche en dehors de l'Islam une autre religion, celle-ci ne sera point acceptée ; et dans l'autre monde, il sera du nombre des réprouvés »<sup>1226</sup>. Dans cette perspective, Dieu a révélé une religion parfaite qui comporte des principes et règles régissant la totalité de vie du croyant : « Aujourd'hui, j'ai amené votre religion à son point de perfection, je vous ai accordé Ma grâce tout entière et j'ai agréé l'Islam pour vous comme religion »<sup>1227</sup>. Ce verset achève la Révélation coranique qui ordonne aux croyants de recourir aux règles de Dieu dans tous les domaines de la vie religieuse et sociale. D'après Ibn Al Qayim, « la soumission à la religion musulmane et son acceptation en tant que religion de Dieu, consiste à accepter totalement ce qu'elle ordonne, prescrit ou interdit, sans éprouver de gêne même si ceci est contraire à nos passions »<sup>1228</sup>.

Pour que la foi islamique des croyants soit complète, ils ne doivent en aucun cas contester l'application de la Charia. Dieu n'est pas satisfait de la foi des gens qui n'appliquent pas les règles de celle-ci. Dieu dit à ce titre : « N'est-il pas étonnant de voir ces gens qui prétendent croire à ce qui t'a été révélé et à ce qu'a été révélé avant toi recourir à l'arbitrage des fausses divinités, qu'ils avaient pourtant reçu ordre de renier ? Ainsi, Satan veut les

---

<sup>1223</sup> Samira Almonajid, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique* (en arabe), 2008, p. 34.

<sup>1224</sup> Le Noble Coran, Sourate Aal Nissa (les femmes), verset 13 et 14.

<sup>1225</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nour (La lumière), verset 63

<sup>1226</sup> Le Noble Coran, Sourate Al'Imran, verset 85.

<sup>1227</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Maida (la table), verset 3.

<sup>1228</sup> Ibn Al Qayim, *madarij al-salikine*, 2/1180.

enfoncer encore davantage dans la voie de l'égarement »<sup>1229</sup>. Dans ce cadre, Ibn Kathir estime que « Dieu a ordonné que tous les litiges, qu'ils soient d'ordre secondaire ou fondamental, soient tranchés conformément au Coran et à la Sunna »<sup>1230</sup>. En commentant le verset coranique « Non ! par ton Seigneur ! Ces gens ne seront de vrais croyants que lorsqu'ils t'auront pris pour juge de leurs différends et auront accepté tes sentences sans ressentiment, en s'y soumettant entièrement »<sup>1231</sup>, l'Imam Al Jassas affirme que celui qui refuse de se soumettre aux ordres de Dieu ou du Prophète ne peut pas être considéré comme un musulman, quel que soit son prétexte<sup>1232</sup>.

Le Coran nous enseigne, dans un verset, de recourir à son jugement en cas de litige : « Toute divergence qui surgira entre vous devra être soumise au jugement de Dieu. Tel est Dieu, mon Seigneur ! C'est en lui que je place ma confiance et c'est à lui que je reviens repentant »<sup>1233</sup>. L'un des objectifs de la Révélation indiqués dans le Coran est de faire de la loi de Dieu le premier arbitre. C'est ce qu'explique le verset suivant : « Nous t'avons révélé le Coran, ce Message de vérité, afin que tu puisses juger entre les hommes d'après ce que Dieu t'aura enseigné, Ne prends donc jamais sur toi de défendre les scélérats »<sup>1234</sup>.

Dieu dit encore dans le Coran : « Il ne convient pas à un croyant ni à une croyante de suivre leur propre choix dans une affaire, une fois que Dieu et son Prophète ont décidé autrement. Quiconque désobéit à Dieu et à son Prophète s'égare de toute évidence »<sup>1235</sup>. A propos de l'interprétation de ce verset, Al-Nassfi a conclu que « si l'obéissance implique le refus d'accepter la Charia, par voie de conséquence ce refus conduit à l'égarement. Si la désobéissance porte uniquement sur le refus d'exécuter les ordres de Dieu, cela est un grand péché et une véritable perversion »<sup>1236</sup>.

Pour Abdel Kader Ouda, toute loi contraire à la Charia islamique est nulle de nullité absolue et les musulmans ne sont pas tenus de la respecter. De plus, ils ont l'obligation de la rejeter même si elle a été édictée par l'Etat<sup>1237</sup>.

---

<sup>1229</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa (les femmes), verset, 60.

<sup>1230</sup> Ibn Kathir, *Tafssir Al coran*, 1/98

<sup>1231</sup> Sourate les femmes, verset 65.

<sup>1232</sup> AL Jassas, *Ahkam Al Koran*, 3/181.

<sup>1233</sup> Le Noble Coran, Sourate al Choura, verset 10.

<sup>1234</sup> Le Noble Coran, Sourate Al Nissa, verset 105

<sup>1235</sup> Le Noble Coran, Sourate Les coalisés, verset 36.

<sup>1236</sup> Cité par Saleh Al-Sawi, op.cit. , p.56

<sup>1237</sup> Abdel Kader Ouda, *La législation pénale musulmane*, 2/708.

Ainsi, les versets qui ordonnent l'application de la Charia dans les affaires des croyants sont nombreux. Ces versets ont posé une règle qu'il faut respecter impérativement par les musulmans. On finit par admettre que si le Coran dans son ensemble incite les musulmans à appliquer la loi de Dieu quel que soit le temps et le lieu, cela signifie qu'elle est compatible aux intérêts des gens dans tous les temps.

Force est de constater que certains versets de la Sourate la Table (Al-Ma'ida) traitent le fait de juger par autre que ce qu'Allah a révélé : « Et ceux qui ne jugent pas d'après ce que Dieu a fait descendre, les voilà les Mécréants (al-kafiroune) »<sup>1238</sup> ; « Et ceux qui ne jugent pas d'après ce que Dieu a fait descendre, ceux-là sont des injustes (a'dalimoune) »<sup>1239</sup> ; « Ceux qui ne jugent pas d'après ce qu'Allah a fait descendre, ceux-là sont les pervers (al-fasikoune) »<sup>1240</sup>.

Dans ces versets, il est question de celui qui ne juge pas selon ce que Dieu a révélé. Dans l'interprétation de ces trois versets, les savants musulmans ont divergé. Il existe deux avis. Le premier affirme que l'expression Kafiroune (mécréants) est destinée à une partie des gens du Livre, ceux qui ont altéré le Livre de Dieu et ont changé ses lois. Cet avis est rapporté par Al Bara ibn Azib qui signale à ce propos que tous ces versets furent révélés sur les mécréants. En outre, il est rapporté que « ces trois versets de la sourate Al-Maidah (la Table) ne concernent pas les musulmans du tout ; ils concernent les mécréants <sup>1241</sup> ». Le second avis souligne que le contexte des versets de la sourate de la Table prouve que le sens est général et non pas restreint aux gens du Livre. C'est notamment l'opinion d'Ibn Arabi<sup>1242</sup>. Selon Ibn Abass, « Quiconque rejette ce qu'Allah a révélé s'est rendu coupable de mécréance, et quiconque l'accepte et l'approuve mais ne juge pas avec est un dalim et un fasiq »<sup>1243</sup>.

Par ailleurs, l'obligation de l'application de la Charia trouve également sa source dans la Sunna. En effet, Il est rapporté selon Imran ben Hussain et al-Hakam ibn Amrou Al-Ghifari que l'envoyé de Dieu a dit « qu'il n'y a pas d'obéissance aux créatures dans la désobéissance au Créateur »<sup>1244</sup>. Dans un autre hadith rapporté par Boukhari et Mouslim, le Prophète a

---

<sup>1238</sup> Le Noble Coran, Sourate La Table, verset 44

<sup>1239</sup> Le Noble Coran, Sourate La Table, verset 45

<sup>1240</sup> Le Noble Coran, Sourate La Table, verset 47

<sup>1241</sup> Cité dans *Tafsir at Tabari*, 10/346, récit numéro 12023.

<sup>1242</sup> Ibn Arabi, *Ahkam Al-quor'an*, 2/621.

<sup>1243</sup> Cité dans *Tafsir at Tabari*, 10/357, récit numéro 12063. Il est aussi rapporté de Ikrimah ; voir al Baghawi, 3/61.

<sup>1244</sup> Al-Albani, *Sahih Al-jami'a*, n.7520

dit : « Celui qui se détourne de ma Sunna ne fait pas partie des miens<sup>1245</sup> ». Dans ce hadith le terme « la Sunna » renvoie à la manière de vivre chez le Prophète et son approche selon les situations, et non à la classification des actes islamiques en actes obligatoires, recommandés, déconseillés, etc. L'envoyé de Dieu a précisé aux croyants que celui qui pratique les actes d'adoration d'une manière autre que la sienne ne fait pas partie de la communauté musulmane du fait qu'il n'a pas suivi sa voie<sup>1246</sup>.

Il est évident que l'application de la Charia est une obligation à respecter dans la Sunna du Prophète. Dans le cas où le pouvoir en place impose aux croyants d'appliquer une loi autre que la Charia, ils ont la permission de désobéir selon le hadith rapporté par Ibn Omar selon qui le Prophète a dit : « Tout musulman doit écouter et obéir, bon gré mal gré, sauf si on lui ordonne de désobéir à Dieu, auquel cas, il ne doit pas écouter ni obéir »<sup>1247</sup>. Ibn Majeh a rapporté que le Prophète a dit : « Ceux qui ne jugent pas d'après ce que Dieu a révélé, ceux-là seront plongés dans l'anarchie »<sup>1248</sup>. A la lumière de ces hadiths, il apparaît clairement que la Sunna a mis l'accent sur l'obligation de l'application de la loi divine dans tous les aspects de la vie du musulman.

De plus, cette obligation trouve aussi son fondement dans la pratique des Compagnons qui constitue la base du consensus de la communauté islamique à ce sujet. En effet, tous les juristes musulmans sont d'accord sur le fait que la Charia islamique est la loi applicable aux affaires des musulmans. C'est la loi qui gouverne l'Etat et la société. Ce principe a été consacré avec netteté dès l'aube de l'islam. En témoigne notamment le fameux discours d'Abu Bakr, premier Calife, à Médine. Inaugurant l'histoire du Califat, il dit : « Ô les gens, dit Abou Bakr, j'ai été élu comme titulaire de l'autorité par vous en dépit du fait que je ne suis pas meilleur que quiconque d'entre vous. Si j'agis bien, soutenez-moi. Si je m'égare, remettez-moi dans le droit chemin ; la vérité est un dépôt sacré ; le mensonge est une trahison. Les faibles d'entre vous sont puissants à mes yeux, tant que l'on ne leur donne pas leur dû, si Dieu le veut. Les plus puissants d'entre vous sont faibles à mes yeux, tant qu'ils ne quittent pas leur dû, si Dieu le veut [...]. Obéissez-moi tant que j'obéirai à Dieu et à son Prophète ; si

---

<sup>1245</sup> Rapporté dans les deux Sahih : Boukhari et Mouslim

<sup>1246</sup> Il est à signaler que l'envoyé de Dieu fait allusion aux pratiques et méthodes que les moines ont innovés dans leur religion et qui ont été l'une des principales causes de leur perte. Le Coran a condamné ces pratiques dans la sourate 57 le Fer, verset, 27.

<sup>1247</sup> Sahih El Bukhari (7144), *Sahih Muslim* (1839).

<sup>1248</sup> Hadith rapporté par Ibn Majeh authentifié par Al-hakim, Sonane Ibn Majah

je leur désobéis, vous ne me devez plus l'obéissance»<sup>1249</sup>. Comme on peut le constater, ce discours met l'accent d'une façon très claire sur le fait que la Charia islamique est la loi régissant tous les aspects de la vie du musulman.

## **B)- L'obligation de l'application de la Charia comme conséquence logique de sa normativité**

Depuis l'apparition de l'Islam au sixième siècle de l'ère chrétienne, la Charia a joué et joue encore aujourd'hui un rôle fondamental dans la vie de la société musulmane. Elle était, en réalité, la règle générale régissant toute activité religieuse, économique, politique, culturelle, juridique. Pendant toute cette période, elle a pu répondre aux besoins de la communauté islamique, résoudre ses problèmes sociaux en élaborant des solutions appropriées, justes et conformes aux circonstances. Basée sur des fondements solides et efficaces, la Charia a, de plus, assuré un équilibre cohérent et harmonieux entre les droits et les obligations, entre les impératifs de la vie spirituelle et les exigences de la vie matérielle, entre la vie d'ici-bas et l'au-delà. En s'adressant à la raison humaine et fondée sur la réalisation des intérêts et l'écartement des préjudices moraux et matériels, elle est parfaitement conforme à la nature de l'homme qui constitue l'une de ses préoccupations centrales. En outre, elle se caractérise par sa grande souplesse et sa capacité incroyable à l'adaptation aux circonstances spatio-temporelles en apportant les réponses nouvelles et dynamiques qui prennent en considération les besoins renouvelés de la société humaine<sup>1250</sup>.

La Charia islamique n'a pas seulement une dimension religieuse régissant les relations de l'homme avec son Créateur. Elle constitue un ensemble homogène et cohérent de règles religieuses, morales, sociales et juridiques. En effet, la Charia vise à réformer la société aussi bien dans les croyances que dans les rapports sociaux. Elle envisage l'homme dans sa globalité. Elle le guide dans son comportement personnel, dans sa relation avec lui-même, dans ses rapports avec ses semblables et avec la société dans laquelle il vit.

A l'origine, cette dimension globalisante de la Charia est passée par deux étapes importantes : l'étape mecquoise et l'étape médinoise. Au cours de la première étape qui se

---

<sup>1249</sup> Ali Issa, *Islam et droit constitutionnel en Egypte, en Syrie et au Maroc : étude comparée*, thèse de droit, université de Lorraine, 2015, p.55

<sup>1250</sup> Youssef Al Karadwi, *Les facteurs de la souplesse de la largesse dans la Charia islamique* (en arabe), La Commission consultative pour l'application de la Charia, Le Koweït, 1994, p. 13-14.

déroulait à la Mecque, ville natale du Prophète, la Charia se préoccupait beaucoup plus des règles religieuses qui doivent guider la communauté musulmane qu'aux effets juridiques des actes humains. Le but était alors de mettre en place un système religieux ou moral qui régit la conscience humaine. La révélation divine de cette période traitait uniquement des questions purement religieuses, comme l'unicité de Dieu, l'existence de l'autre monde, l'interdiction d'adorer les idoles, etc. Durant cette phase, la mission du Prophète consistait à annoncer la foi musulmane. Selon les versets coraniques révélés pendant cette époque, le Prophète lui-même était un annonciateur, dont la charge résidait uniquement dans l'avertissement des gens et la transmission du message divin. C'est pourquoi, il est très difficile de trouver des règles sociales ou juridiques dans la Révélation coranique de cette période. Il s'agit en fait des textes relatifs à la croyance et à l'au-delà.

Cette attitude de la Charia est compréhensible à la lumière de la méthodologie adoptée dès le départ par la Révélation islamique qui consiste à procéder progressivement et par étapes pour préparer la société et l'esprit à l'application de la Charia après avoir fondé la foi et renforcé l'attachement aux valeurs de la nouvelle religion. Avec l'émigration des musulmans à Médine, une nouvelle période dans l'histoire de la Charia s'ouvre et une nouvelle méthodologie est adoptée. A partir de cette date, nous assistons à l'apparition du second aspect de la Charia qui s'intéresse à la vie terrestre de l'homme en établissant des règles sociales. Avec l'hégire, celle-ci est devenue autant un message religieux qu'une organisation politico-sociale. Dans les versets révélés à cette période, on trouve non seulement des préceptes de moralité, des règles de culte, mais également des normes civiles déterminant le licite, l'illicite, le droit, l'obligation, la sanction, etc<sup>1251</sup>.

Le texte coranique comporte des versets que l'on pourrait qualifier de « juridiques »<sup>1252</sup>. Plusieurs versets traitent des questions relevant du statut personnel (mariage, divorce, héritage, testament etc.) ; d'autres versets comportent des règles relatives aux questions civiles liées au commerce et à la vente. Il existe aussi des règles relatives au droit pénal, aux relations internationales, aux jugements, aux témoignages, au droit constitutionnel<sup>1253</sup>. Il faut noter que la Charia s'est contentée dans le domaine social d'édicter des règles générales sans entrer dans le détail en laissant ainsi une large marge de manœuvre à

---

<sup>1251</sup> Ali Issa, *Islam et droit constitutionnel*, op, cit, p. 279 et s.

<sup>1252</sup> Mohamed Chérif Ferjani, *Le politique et le religieux dans le champ islamique*, Fayard, Paris, 2005, p. 68.

<sup>1253</sup> Abdel Hamid Mitwali, *La charia islamique comme source de la Constitution* (en arabe), 3<sup>ème</sup> édi. Moncha'at al-Ma'aref, Alexandrie, 1986, p. 100.

l'interprétation, à l'effort intellectuel, à la raison et à l'expérience humaine pour élaborer des solutions adaptées aux besoins et aux conditions de la vie sociale. C'est ainsi que l'ijtihad a une grande place dans la Charia. Par cette méthode, la Charia a pu assurer l'évolution nécessaire à sa pérennité. Comme le souligne Mohammad Al Awa, si la Charia trouve ses grands principes dans le Coran et la Sunna, c'est l'œuvre doctrinale des jurisconsultes qui constitue la source principale de la majorité des ses préceptes<sup>1254</sup>.

Ainsi, la Charia adopte une vision « totalisante » dans la mesure où elle pose tout à la fois des principes régissant la vie spirituelle et la vie temporelle des musulmans. Si elle a une dimension spirituelle fondamentale, la Charia remplit également une fonction normative incontestable. Elle a vocation à encadrer la vie sociale de manière impérative et juridique. Selon Yadh Ben Achour, « cette vue intégrative de la religion comme un tout qui absorbe la foi (îman), le culte (ibâdât), le droit (Mu'âmalât) constitue le système de la normativité commune à tout l'islam »<sup>1255</sup>.

Avec le développement de la science du Fiqh et des Ousouls al Afiqh (sources de droit), un véritable système de normativité islamique est mis en place. Homogène et cohérent, ce système repose sur une logique qui lui est propre. À l'image des systèmes juridiques modernes, le système normatif islamique est construit sur une hiérarchie des sources juridiques. Au sommet de cette hiérarchie se trouve la révélation divine avec le Coran et la Tradition prophétique (Sunna) qui constituent en quelque sorte la norme suprême. Puis, viennent les normes élaborées par les jurisconsultes. Ceux-ci participent à la construction de la normativité islamique à travers l'ijtihad qui peut s'exprimer de différentes manières (ijma ou consensus, le Qiyas (raisonnement analogique), l'istihsan (choix préférentiel), la maslaha (intérêt public), le 'urf, etc.). L'impérativité de la norme varie en fonction de la qualité du législateur. La soumission absolue et inconditionnelle de la norme divine et prophétique contraste avec l'autorité relative et discutable des règles posées par les docteurs tant qu'il n'existe pas un consensus. L'obéissance est due, dans l'ordre, au droit divin et puis au droit

---

<sup>1254</sup> Mohammad Al Awa, « Commentaire sur le rapport de la Commission sur la finance islamique concernant la loi applicable » (en arabe), Revue de l'arbitrage, n° 6, 2010, p. 41.

<sup>1255</sup> Yadh Ben Achour, « Islam et laïcité. Propos sur la recomposition d'un système de normativité », Pouvoirs, n°62, 1992, p. 16.

doctrinal qui est de nature humaine. La raison en est toute simple : les normes dégagées par les Oulémas relèvent de la sphère de l'humain, et donc faillible<sup>1256</sup>.

A l'heure actuelle, il est vrai que la Charia ne constitue pas une codification au sens de la tradition juridique civiliste, cela n'a cependant aucune incidence sur son caractère normatif. En effet, ses règles bénéficient, indéniablement, d'une normativité susceptible de lier ses destinataires. Selon Georges Affaki, les règles de la Charia « doivent être qualifiées de règles de droit. Les nombreuses dispositions juridiques dans le Coran et la Sunna, 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 contemporain 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 discuté ». Et l'auteur ajoute : « En vérité, comme la *common law* et la *lex mercatoria*, la Charia ne doit pas être vue comme un grand ensemble de règles générales préexistant et exhaustivement codifié. L'approche résolument casuistique de la Charia exige de voir, à côté des règles générales du Coran et de la Sunna, leur complément nécessaire : les méthodes de raisonnement analogique ou déductif que sont le Qiyas, l'istihssan et l'istisllah, qui ont permis l'adaptation de la Charia aux exigences de la vie moderne »<sup>1257</sup>.

Dans cette perspective, en s'interrogeant sur la normativité des règles de la Charia relatives à la finance islamique, le groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques en France a répondu à cette interrogation unanimement par l'affirmative. En effet, selon ce groupe, « bien qu'elles ne constituent pas une loi, du moins dans le sens d'ensemble codifié qui distingue les systèmes juridiques de tradition civiliste, les règles de la Charia relatives aux financements islamiques constituent un ensemble de règles de conduite sociale, générale et abstraite, qui se veut contraignant et qui est susceptible d'être sanctionné par un tribunal. Ces règles produisent irrémédiablement des effets juridiques qui lient les personnes qui choisissent de s'y soumettre. Il s'agit là des critères classiques permettant de conclure à la juridicité des règles ».<sup>1258</sup>

---

<sup>1256</sup> Ali Issa, *Islam et droit constitutionnel*, op, cit, p. 214.

<sup>1257</sup> Georges Affaki, « La Charia en dehors des terres d'islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2014, pp. 760-761.

<sup>1258</sup> Commission sur la finance islamique, rapport du travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques, 21 septembre 2009, p. 16.

En commentant le rapport susmentionné de la Commission française sur la finance islamique, Abdel Alsattar Khoweilidi souligne que la non-codification de la Charia ne constitue pas aujourd'hui un obstacle à sa reconnaissance en tant que normes juridiques applicables aux contrats. C'est l'argument utilisé par certaines juridictions britanniques pour écarter l'application de la Charia (l'exemple de l'affaire Beximco de 2004)<sup>1259</sup>. Il ajoute que le caractère normatif de la Charia avait déjà été affirmé lors de la Conférence sur le Fiqh islamique tenue à Paris en 1951. A l'occasion de cette conférence, il a été affirmé que : premièrement, les principes du Fiqh islamique ont une valeur juridique incontestable ; deuxièmement, la divergence des écoles doctrinales dans ce corpus juridique est une richesse en termes de concepts, de fondements juridiques admirables, et à travers lesquels le Fiqh peut répondre à toutes les exigences et aux besoins de la vie moderne.<sup>1260</sup>

De plus, la normativité de la Charia a été consacrée par la plupart des Constitutions des pays arabo-musulmans. L'Arabie Saoudite est allée encore beaucoup plus loin. Dans ce pays, le système juridique dans sa totalité repose sur la normativité islamique. A cet égard, l'article 7 du Statut fondamental indique que « Le Livre de Dieu et la Sunna de son Prophète gouvernent (tahkom) ce Statut et tous les Statuts (anzimats) établis par l'Etat ». En effet, la loi islamique représente ici un véritable ensemble normatif immédiatement applicable par les juridictions<sup>1261</sup>. Au Yémen, la Charia constitue la source de toutes les lois (article 3 de la Constitution). Au-delà de ces cas, la plupart des autres pays font référence à la Charia en tant que source de la législation étatique. Ainsi, l'article 2 de la Constitution koweïtienne prévoit que « l'Islam est la religion de l'Etat et la Charia est une source principale de la législation ». Le même principe se retrouve dans la Constitution de Bahreïn (2), de Qatar (1), des Emirats Arabes Unies (7). En Syrie, le Fiqh constitue une source principale de la législation (article 3 de la Constitution). Selon l'article 2 de la Constitution égyptienne, les principes de la Charia sont la source principale de la législation. Il faut noter que la plupart des Codes civils arabes autorisent le juge, en cas de lacune de la loi, à s'appuyer sur la Charia. C'est le cas par exemple des Code civils égyptien, syrien, algérien, koweïtien<sup>1262</sup>.

---

<sup>1259</sup> English Court of Appeal decision, Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain EC, 2004, APP. L.R. 01.28. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/19.html>.

<sup>1260</sup> Abdel Alsattar Khoweilidi, « Commentaire sur le rapport de la Commission sur la finance islamique concernant la loi applicable » (en arabe), Revue de l'arbitrage, n° 6, 2010, p 54.

<sup>1261</sup> Sélim Jahel, « Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie Saoudite », article disponible sur le site internet : <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/cpayar/jahel.pdf>, p. 11.

<sup>1262</sup> Selon l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil koweïtien, « en l'absence d'un texte législatif, le juge statue conformément à la coutume. A défaut de celle-ci, il s'évertue de trouver une solution en consultant les dispositions du Fiqh islamique les plus adaptées aux conjonctures du pays et ses intérêts ». Notons qu'en Syrie et

Il résulte de tout ce qui précède que la nécessité de l'application de la Charia trouve son fondement dans deux sources : d'une part, son caractère religieux et d'autre part sa nature normative. Ces deux éléments se trouvent renforcés par l'adhésion des croyants aux valeurs et aux principes véhiculés par la Charia. Celle-ci représente pour eux le sens de la justice et de l'équité, de la transcendance, du bonheur et du salut. En outre, l'obligation de l'application de la Charia n'est pas du tout contraire à l'évolution de la société et à ses besoins. Au contraire, elle œuvre à prendre en considération ces besoins tout en les intégrant dans un cadre général fondé sur l'équité, l'intérêt de la société et les règles éthiques. Il appartient donc aux jurisconsultes d'adapter les règles de la Charia à des situations nouvelles par un effort intellectuel d'al ijtihad afin d'en tirer le jugement adapté conformément aux règles et finalités de la Charia. En réalité, les règles essentielles instaurées par l'Islam visent généralement la sauvegarde des intérêts des hommes et la suppression des dommages matériels et moraux. Comme l'indique Ibn Al-Quayim, « la Charia est fondée sur des principes et des jugements favorables à la réalisation des intérêts des gens aussi bien dans la vie sur terre que dans l'au-delà. Tous ses principes sont basés sur la justice et la miséricorde dans l'intérêt public. Ses principes sont nobles et non pas arbitraires. Toute règle qui sort de la justice, de la miséricorde, de l'utilité publique, et de la sagesse, ne relève pas de la Charia »<sup>1263</sup>.

## §2. Une prise en compte de la Charia facilitée par l'arbitrage

Selon Pierre Lalive, « L'arbitre international comme l'abeille, fait son miel de toutes les fleurs qu'il trouve sur son chemin »<sup>1264</sup>. Ces mots mettent bien en évidence la fonction de

---

aux Émirats Arabes Unis par exemple, la référence à la Charia précède celle de la coutume. Selon l'article 2 du Code civil émirati, « il sera fait recours aux règles et principes du Fiqh islamique dans l'interprétation des lois ». Il est intéressant de souligner que dans un arrêt du 26 octobre 1991, la Cour de cassation de Dubaï a affirmé : « La loi émirati sur les formalités civiles de 1985 enjoint au juge dans la recherche d'une solution au litige de se baser sur le texte écrit. A défaut, celui-ci doit juger conformément à la charia islamiya selon les rites malékite et Hanbalite et à défaut, selon les rites malékite et hanéfite et à défaut suivant l'opinion des imams du fiqh islamique. En l'espèce, la loi émirati ne contenant aucun texte exigeant la preuve de la convention d'arbitrage par écrit, et à défaut de texte charii, la cour de cassation de Dubaï s'est fondée sur l'opinion des fuqaha'e de l'islam, lesquels n'exigent pas que la convention d'arbitrage soit écrite, et admettent qu'elle puisse être prouvée par simple témoignage et par le refus du serment ». C. Cass. Dubaï 26 oct. 1991, cité par Fadi Nammour, « De l'applicabilité de la charia islamiya dans l'arbitrage international », Les cahiers de la finance islamique, n° 5, 2013, p.100.

<sup>1263</sup> Ibn Al-quayim al-jawzia, *A'alam al-mou'au'ine*, 3/3

<sup>1264</sup> Cité par Ronan Messenger, *La prise en considération de la Shari'a dans l'arbitrage commercial international*, Mémoire, Université de Paris 1, 2008, p. 6.

l'arbitre, qui loin d'être lié par une législation déterminée, peut être amené à rendre sa sentence conformément à une loi religieuse en contribuant par là au développement de ce que l'on pourrait appeler l'arbitrage religieux. En effet, la notion d'arbitrage religieux désigne toute opération d'arbitrage basée sur une loi religieuse donnée comme la Charia islamique par exemple. Celle-ci peut régir aussi bien la procédure de l'arbitrage que le fond du litige. De plus, l'arbitre peut être un homme de religion. Comme l'indique François-Xavier Licari, l'arbitrage religieux « s'adresse aux adhérents d'une foi particulière souhaitant voir trancher leur litige par des juges adhérents à la même foi et selon les normes et principes de celle-ci »<sup>1265</sup>. Dans cette optique, les parties se soumettent non à l'ordre étatique mais à l'ordre religieux auquel elles appartiennent.

En réalité, l'arbitrage peut jouer un rôle important dans la prise en compte de la Charia concernant le règlement des litiges relatifs à la finance islamique. Cela passe à travers trois voies : d'une part, la possibilité accordée aux parties de choisir la Charia comme droit applicable à l'arbitrage (**A**) ; d'autre part, l'application de la Charia par l'arbitre lorsqu'il tranche un litige dont la loi applicable est la Charia (**B**) ; enfin, l'arbitrage peut faciliter la prise en considération de la Charia de manière indirecte à travers le jeu de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence par le juge étatique (**C**).

### **A)- La possibilité accordée aux parties de choisir la Charia comme droit applicable à l'arbitrage**

Au cours de ces dernières années on constate que les parties ont de plus en plus tendance à choisir la Charia comme droit régissant leur litige. Ce phénomène s'observe plus particulièrement dans le domaine de la finance islamique qui prend une ampleur tout à fait nouvelle, voire importante dans la vie économique et commerciale moderne. Ce choix s'explique par le fait que les personnes concernées sont soucieuses de mener et de développer leurs activités sociales et économiques en conformité avec leur idéal religieux et éthique. Cette possibilité accordée aux parties repose sur deux critères : d'une part, l'arbitrage est un mécanisme de règlement des litiges qui se fonde sur une philosophie conventionnelle respectueuse de l'autonomie de la volonté des parties contractantes. Il s'agit, en effet, d'une justice purement contractuelle qui place la volonté au cœur du règlement des litiges (**1**).

---

<sup>1265</sup> François Xavier Licari, « L'arbitrage Rabbiniq, entre Droit Talmudique et Droit des Nations », Revue de l'arbitrage, 2013, p. 59.

D'autre part, la liberté de recourir à l'arbitrage et l'autonomie des parties dans la réglementation de l'instance arbitrale et du droit applicable au fond du litige est formellement consacrée aussi bien sur le plan international que sur le plan national (2).

### **1)- L'arbitrage, une justice fondée sur la liberté et l'autonomie des parties**

L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des litiges. Il peut être défini comme « une justice privée, mise en place par la volonté des parties, qui se substitue à la justice étatique »<sup>1266</sup>. En réalité, le développement remarquable de l'arbitrage est intimement lié à l'association des parties au processus décisionnel et à l'impératif de la mise en place d'une justice plus proche des individus et de leurs attentes. En effet, l'association des parties au règlement du litige qui les oppose contribue assurément à favoriser l'efficacité de la décision prise. Il s'agit de susciter l'adhésion des parties à la solution par leur participation à travers le choix du droit régissant la procédure et le fond du litige. De ce point de vue, la justice arbitrale apparaît comme une justice assurant la notion de liberté en accordant aux parties la faculté de déterminer le droit régissant l'instance arbitrale. Par ce biais, les parties seront en mesure d'opter pour une loi qui réponde au mieux à leurs attentes et besoins légitimes<sup>1267</sup>.

Ainsi, en face d'une justice imposée apparaît une justice conventionnelle ou contractuelle qui repose sur le libre choix des parties. C'est le temps de la participation des individus à la fonction de juger<sup>1268</sup>. Dans la conception étatique de la justice, le règlement du litige repose sur une décision unilatérale d'un tiers institué par la puissance publique. Ici, la volonté des parties ne détermine ni la désignation de ce tiers ni le contenu de la solution, ni le droit applicable au fond du litige, ni les règles régissant la marche de la procédure. Tous ces éléments sont imposés et édictés par un droit qui trouve sa source dans la volonté étatique. A la différence de cette conception, la justice arbitrale postule la participation des parties au règlement du litige ; elle s'appuie sur le principe de la liberté et de l'autonomie de la volonté.

Les parties ne sont alors plus les spectateurs passifs de la solution judiciaire. Elles deviennent largement actives par le jeu du choix du droit régissant l'instance arbitrale. Par ce

---

<sup>1266</sup> Louis Buchman et Eric Loquin, « Préférez l'arbitrage », Gazette du Palais, n° 260, 2008, p. 9.

<sup>1267</sup> Jean Carbonnier, « Regards sur la codification de la procédure civile », in Colloque sur les 20 ans du NCPC, décembre 1997, La documentation française, Paris, 1998, p. 117.

<sup>1268</sup> Vincent Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Lextenso Editions, Paris, 2010, p. 128.

biais, elles participent à la détermination du contenu de la décision les concernant. Et c'est grâce à cette participation active qu'une solution efficace puisse être envisagée<sup>1269</sup>. L'arbitrage s'affirme ainsi comme le creuset d'un véritable pluralisme juridique, ce dernier mettant l'accent sur « l'existence au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »<sup>1270</sup>.

A vrai dire, l'arbitrage peut être vu comme une alternative crédible et efficace à la justice étatique. Il se caractérise par son caractère volontariste. En effet, il s'agit d'une justice volontaire dans la mesure où les parties s'accordent pour soustraire leur litige à la connaissance du juge étatique et le soumettre à une ou plusieurs personnes privées. Aussi, l'arbitrage repose sur une « convention d'arbitrage », par laquelle les parties donnent mission à un ou plusieurs arbitres, qui constitueront le tribunal arbitral qui tranche un litige. L'existence d'une convention d'arbitrage symbolise l'assise volontaire et contractuelle de ce mode de justice. A l'origine de la mission confiée à l'arbitre, cette convention conclue entre les parties est consubstantielle à la notion d'arbitrage. De manière générale, comme l'indiquent très opportunément Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, « l'élément volontaire innerve toute l'institution et se manifeste notamment par la grande place laissée à la volonté des parties dans l'organisation du règlement de leur litige, tant au niveau de la désignation des arbitres, que de la procédure suivie dans l'instance arbitrale ou du choix du droit appliqué au fond par le tribunal arbitrale en vue de la résolution du litige »<sup>1271</sup>.

Avec le développement de l'arbitrage, on assiste au passage d'une régulation de type autoritaire à une régulation de type contractuel<sup>1272</sup>. Dans ces conditions, la justice se rapproche des parties. Une sorte de justice de proximité voit le jour. Ce rapprochement se vérifie aussi bien au niveau matériel, c'est-à-dire au niveau de la possibilité accordée aux parties de choisir le droit applicable au fond du litige, qu'au niveau formel permettant aux parties de déterminer les règles régissant la procédure. C'est sans doute ce qui explique le mieux l'attraction qu'exerce l'arbitrage sur les sociétés contemporaines notamment dans le domaine de la finance islamique où l'arbitrage permet aux opérateurs de cette finance de

---

<sup>1269</sup> Ibid. pp. 128-129.

<sup>1270</sup> Jacques Vanderlinden, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», RRJ, Droit prospectif, PUAM, 1993-2, p. 574.

<sup>1271</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 15.

<sup>1272</sup> Antoine Pirovano, *Changement social et droit négocié, de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Economica, Paris, 1988.

choisir la Charia comme droit applicable à leurs litiges. De nombreuses voix réclament actuellement une justice plus proche des justiciables, c'est-à-dire plus accessible, plus présente et surtout plus respectueuse des convictions et des principes religieux et éthiques des parties. Autant d'attentes auxquelles le règlement arbitral est susceptible de répondre.

Ainsi, l'arbitrage apparaît comme une justice essentiellement privée, dont l'organisation et le déroulement sont très largement laissés aux initiatives des parties, des arbitres et des institutions d'arbitrage. En effet, de nombreux droits étatiques comportent à l'heure actuelle une législation sur l'arbitrage qui adopte le plus souvent une perspective libérale en laissant une grande place à la liberté des parties et des arbitres dans la mise en œuvre du mécanisme<sup>1273</sup>. En conséquence, la Charia peut trouver une grande place dans le règlement des litiges grâce à la philosophie conventionnelle qui sous-tend la méthode arbitrale. Etant fondé sur le libre choix des parties, l'arbitrage contribue assurément à la prise en compte de la Charia en tant que droit applicable aux litiges et plus particulièrement dans le secteur de la finance islamique.

## **2)- La consécration formelle de la liberté des parties dans l'organisation de l'arbitrage**

Comme nous l'avons vu précédemment, l'arbitrage est une justice conventionnelle. Elle repose sur la volonté des parties qui bénéficient d'une large liberté dans l'aménagement de ce mécanisme. En réalité, la liberté des parties dans le choix du droit régissant l'arbitrage est devenue actuellement une règle universellement consacrée et reconnue. Aujourd'hui, les principales conventions régionales et internationales relatives à l'arbitrage et l'immense majorité des législations nationales reconnaissent solennellement ce principe fondamental de l'institution arbitrale et respectent les effets qui en découlent. A partir de là, on assiste à la consécration de la primauté de principe de la liberté des parties dans les systèmes juridiques modernes de l'arbitrage. L'étendue de la liberté des parties dans ces systèmes est très large, puisqu'elle couvre des matières assez diverses et fondamentales pour le bon déroulement et l'efficacité de la procédure arbitrale.

Sur le plan international, l'exemple de la Convention de New York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères mérite à cet

---

<sup>1273</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 13.

égard d'être mentionné. Il témoigne du libéralisme attesté à l'égard des parties dans le choix du droit applicable. En effet, en vertu de l'article V-1-d de cette Convention, la procédure d'arbitrage doit d'abord être conforme à la convention des parties, et ce n'est qu'à défaut de convention que la loi du pays où l'arbitrage trouve à s'appliquer. Cet article prévoit que « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : [...] Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ». De plus, cette Convention interdit au juge étatique de réviser le fond de la sentence.

Dans le même cadre, l'article IV de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 précise que les parties à une convention d'arbitrage sont libres de prévoir : « a) que leurs litiges seront soumis à une institution permanente d'arbitrage; dans ce cas, l'arbitrage se déroulera conformément au Règlement de l'institution désignée; ou b) que leurs litiges seront soumis à une procédure arbitrale ad hoc; dans ce cas, les parties auront notamment la faculté : (i) de désigner les arbitres ou d'établir les modalités suivant lesquelles les arbitres seront désignés en cas de litige; (ii) de déterminer le lieu de l'arbitrage; (iii) de fixer les règles de procédure à suivre par les arbitres ». Aux termes de l'article VII de la même Convention, « les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige ».

Dans le même ordre d'idées, la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats prévoit dans son article 42 que « le tribunal arbitral statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties ».

De même, selon l'article 35 du Règlement de l'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010 par la Résolution de l'Assemblée générale des 65-22, « le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige ».

Sur le plan national, la majorité des législations contemporaines privilégient la liberté contractuelle et autorisent les parties à choisir les règles applicables à l'arbitrage. En effet, il est bien établi aujourd'hui que les parties, notamment à un contrat international, ont la faculté de choisir la loi régissant leurs relations contractuelles ainsi que les litiges qui en

découlent<sup>1274</sup>. On se contente ici d'évoquer quelques exemples. L'article 1464 du Code français de procédure civile dispose que « à moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ». De même, l'article 1511, alinéa 1, du Code français de procédure civile dispose : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ». Les lois tunisienne<sup>1275</sup>, égyptienne, omanaise<sup>1276</sup>, jordanienne<sup>1277</sup> et yéménite prévoient de manière claire que « les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral ». L'article 39 de la loi égyptienne du 18 avril 1994 portant sur l'arbitrage dans les matières civiles et commerciales précise que « le tribunal arbitral applique au fond du litige les règles convenues par les parties ». Il faut noter que la majorité des législations modernes de l'arbitrage autorisent les parties à choisir les « règles de droit » applicables au fond du litige. Les lois bahreïnienne<sup>1278</sup>, yéménite<sup>1279</sup>, ainsi que les Codes libanais<sup>1280</sup>, algérien, et marocain disposent, en termes voisins que : « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit choisies par les parties »<sup>1281</sup>. Ce principe se retrouve dans la plupart des législations nationales portant sur l'arbitrage. Le cadre de notre travail ne nous permet pas de les évoquer.

A la lecture de ces dispositions, on constate que les parties jouissent d'une grande liberté pour organiser l'instance arbitrale, fixer les règles de procédure qui lui sont applicables, déterminer le droit applicable au fond du litige. Cette liberté est perçue de manière générale dans la mesure où le choix des parties peut être tacite ou explicite. Il peut découler d'un compromis d'arbitrage ou d'un acte de mission, ou même être fait par référence. La jurisprudence arbitrale est d'ailleurs très souple dans ce domaine<sup>1282</sup>. Les parties ont donc toute la liberté de choisir la loi qui va régir la procédure comme le fond du litige. Grâce à cette liberté accordée aux parties, la Charia islamique peut trouver à s'appliquer au litige, notamment en matière de finance islamique.

---

<sup>1274</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, 1<sup>ère</sup> édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2016, p. 476.

<sup>1275</sup> Article 64 du Code tunisien de l'arbitrage.

<sup>1276</sup> Article 25 des lois égyptienne et omanaise.

<sup>1277</sup> Article 24 de la loi jordanienne.

<sup>1278</sup> Article 28 de la loi type en vigueur à Bahreïn.

<sup>1279</sup> Article 25 de la loi yéménite.

<sup>1280</sup> Article 813 du nouveau Code de procédure civile libanais.

<sup>1281</sup> Nathalie Najjar, *Arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 461.

<sup>1282</sup> Selim Habib, « Le droit applicable au fond du litige et qui s'impose à l'arbitre : les règles choisies par les parties et les usages du commerce », RLAAl, 2001, n° 18, p. 24 et s.

## **B)- La prise en compte de la Charia par l'arbitre : analyse de quelques cas pratiques**

L'arbitrage est une institution fondée sur la volonté des parties. Celles-ci peuvent en toute liberté choisir les arbitres qui vont trancher le litige conformément aux règles de droit désignées par elles. Dans l'hypothèse où les parties n'ont pas choisi le droit régissant leur litige, c'est à l'arbitre lui-même que revient de déterminer le droit applicable en prenant en considération l'objet du litige en cause. Il est tout à fait normal dans un litige porté sur la finance islamique que le droit désigné pour régir le litige soit la Charia. Mais cette notion renvoie, en réalité, à un ensemble normatif assez dense et vaste, ce qui laisse à l'arbitre une large marge de liberté dans la détermination des règles pertinentes de Charia applicables au litige<sup>1283</sup>. C'est ce qui confère un rôle important à l'arbitre dans l'application de la Charia islamique en matière de finance islamique. Nous allons examiner ici trois cas pratiques qui illustrent le rôle de l'arbitre dans ce domaine.

### **Cas n° 1**<sup>1284</sup>

En date du 18 juin 1997, les deux parties au litige avaient conclu un contrat relatif aux opérations de *Mourabaha* importatrice et locale, contrat selon lequel le demandeur a donné son consentement afin d'accorder au défendeur un plafond supérieur opérationnel d'un montant de 500 000 riyals qatariens suite à la volonté du défendeur d'acheter des fournitures pour son local commercial. Ils convinrent que le paiement de la somme se ferait pour chaque opération de *Mourabaha* selon son propre contrat, se basant sur le contrat initial qui énonce dix échéances mensuelles égales, en contrepartie le demandeur recevrait un pourcentage de *Mourbaha* équivalent à 6.03% de la somme totale.

Le contrat conclu englobe une clause compromissoire afin de trancher tout litige relatif à l'exécution de ces contrats à travers la soumission des litiges naissant à la commission tripartite d'arbitrage qui est composée de la manière suivante : un arbitre nommé par l'autorité de surveillance de la Charia de la première partie ; un arbitre nommé par la

---

<sup>1283</sup> Cette question de la détermination de la Charia comme loi applicable à l'arbitrage sera approfondie plus loin.

<sup>1284</sup> Sentence inédite fournie par le professeur Ali Alqaradaghi, « L'arbitrage dans les banques islamiques : les obstacles et les propositions », p. 42 et s.

chambre du commerce et de l'industrie du Qatar ; un arbitre choisi par les deux arbitres nommés par les deux autorités ci-dessus.

Le demandeur allègue que le défendeur commence à tarder dans le paiement des échéances qui lui incombent, et continue à retarder le paiement jusqu'au 18 octobre 1998, sa dette s'élevant à 405 423 riyals qatariens. De ce fait, le demandeur intenta une action civile numéro 808/1998 afin de le forcer à payer sa dette, le représentant du défendeur rejeta l'action au motif de l'existence d'un accord entre les deux parties à l'arbitrage. Le tribunal civil pris en compte ce motif et débouta le demandeur le 16 mai 1999 au motif de l'existence d'une clause compromissoire dans le contrat conclu.

Conformément à la décision du tribunal civil et à l'article 12 du contrat initial relatif aux opérations de *Mourabaha* importatrice et locale conclu en date du 18 juin 1997 entre les parties au litige, le demandeur effectua les démarches suivantes : le demandeur étant une banque envoya en date du 30 mai 1999 une mise en demeure à l'autre partie étant le défendeur où il l'informe des raisons du litiges et demandes pour lesquelles il souhaite recourir à l'arbitrage. N'ayant pas obtenu de réponse du défendeur dans un délai de 15 jours à compter de la date de la mise en demeure, le demandeur entrepris dès le 15 juin 1999 les formalités de l'arbitrage, il envoya une demande à la chambre du commerce et de l'industrie et à l'autorité de surveillance de la Charia leur demandant à chacune de nommer un arbitre.

L'autorité de surveillance de la Charia nomma pour la première partie le professeur Ali Alqaradaghi tout comme la chambre du commerce et de l'industrie du Qatar qui nomma le professeur Sadqi Souleyman. Les deux arbitres convinrent de nommer le professeur Abdelaziz Al Oussayli comme arbitre départiteur.

Suite à cela, le demandeur envoya au défendeur un courrier l'informant des noms de la commission d'arbitrage et fixant la date du 24 juin 1999 pour signer la convention d'arbitrage et fixer la première audience afin de prendre connaissance du litige, de présenter les conclusions et pièces justificatives de chaque partie. La première réunion de la commission d'arbitrage a eu lieu le 24 juin 1999 en l'absence du défendeur, le demandeur exprima sa volonté de poursuivre les formalités de l'arbitrage conformément à l'article 12 du contrat signé entre les parties.

Du fait de l'absence du défendeur, le demandeur signa la convention d'arbitrage où figure l'objet du litige et ses demandes, cette dernière fut signée par la commission d'arbitrage. Dans cette réunion la commission d'arbitrage décida ce qui suit :

- Réinviter le défendeur à signer le document d'arbitrage et lui laisser un nouveau délai de 10 jours.
- Fixer la date de la première audience d'arbitrage à 17H30 le 27 juillet 1999 au siège de la banque.
- En cas d'absence du défendeur le jour de la première audience, celle-ci est reportée au 3 aout 1999 à la même heure et au même endroit. La dernière audience devant être réservée à la présentation des mémoires en défense et des pièces justificatives de chaque partie.
- Fixer le 25 aout 1999 comme étant le dernier délai ouvert aux parties afin de présenter tout mémoire de défense dans une enveloppe fermée par courrier postal.
- Fixer une audience le 21septembre 1999 à la même heure et même endroit afin de prononcer la sentence arbitrale.
- Le défendeur est informé des dates d'audiences ci-dessus à travers une convocation envoyée de la part de la commission d'arbitrage.

Sur le fondement de ce qui précède, le défendeur fut convoqué le 24 juin 1999 ainsi que son avocat par copie conforme à l'original. Postérieurement à cela, la première audience s'est tenue à la date convenue en présence du demandeur mais en l'absence du défendeur.

La commission d'arbitrage informa le demandeur du constat qu'elle a fait suite à l'examen des documents de l'affaire que le montant de la dette du défendeur selon les contrats annexés s'élève à 434 020 riyals, puis la commission décida de charger le demandeur de présenter lors de la prochaine audience une requête où il explique la réalité de la dette tout comme elle décida de convoquer à nouveau le défendeur et son représentant en fixant une autre audience le 3 aout 1999 à la même date et au même endroit afin de procéder à l'examen du litige soumis. A partir de ce moment, court le dernier délai pour présenter son mémoire en défense et ces pièces justificatives devant la commission à travers deux courriers par recommandé postal.

En date du 3 aout 1999, la commission a tenu son audience, le représentant du demandeur était présent mais le défendeur n'était pas présent ni son représentant malgré leur nouvelle convocation et aucun ne présenta de mémoire ou pièces justificatives concernant l'objet du litige.

Le représentant du demandeur présenta un mémoire ampliatif expliquant la dette et annexa des pièces justificatives supplémentaires comportant deux contrats de vente finaux par *Mourabaha* du défendeur. Le premier contrat en date du 31 aout 1997 d'un montant de 80 260 riyals et le second contrat en date du 8 octobre 1997 d'une valeur de 119 620 riyals.

Le demandeur expliqua à la lumière de son premier mémoire et de son second mémoire expliquant la dette, mais aussi sur le fondement de pièces justificatives qu'il a contracté avec le défendeur des contrats de *Mourabaha* d'un montant de 633 900 riyals. Il confirma que le défendeur régla la somme de 228 477 riyals seulement, restant donc à la charge de ce dernier une dette d'un montant de 405 423 riyals qui n'a pas été honorée.

Le demandeur conclu dans son second mémoire par la fixation de ses demandes tel que contraindre le défendeur à lui payer des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il a subi et pour la perte de chance en raison du blocage de ce montant qui n'a pu être investi pendant toute cette période, mais aussi de faire supporter tous les frais et dépens à la charge du défendeur.

En date du 18 aout 1999, la commission d'arbitrage réceptionna un discours du bureau de l'avocat de la partie défenderesse rédigé le 2 aout 1999 et comportant le tampon du bureau de l'avocat mais sans signature de l'avocat. Ce courrier allègue que le défendeur a effectué un appel téléphonique le 2 aout 1999 informant le bureau de l'avocat de l'audience d'arbitrage prévue le 3 aout 1999 comme étant le dernier délai pour présenter les mémoires en défense. En ce sens, le bureau de l'avocat souhaite informer la commission d'arbitrage que l'avocat est en déplacement à l'étranger et souhaite que la commission fixe une autre date d'audience au retour de l'avocat.

Le 22 aout 1999, la commission d'arbitrage envoya un courrier postal recommandé au défendeur, l'autorisant à présenter son mémoire en défense et les pièces justificatives jusqu'au 25 aout 1999 fixé comme étant le dernier délai pour les deux parties informées antérieurement de ce délai maintes fois.

Jusqu'au 25 aout 1999, ni le défendeur ni son représentant n'ont transmis aucun mémoire à la commission, tandis que le demandeur présenta un mémoire en date du 24 aout 1999, comportant la demande de contraindre la partie adverse à lui payer des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il a subi et pour la perte de chance dû au blocage de cette somme, l'empêchant d'être investie pendant la période allant du mois de mai 1998 au mois de septembre 1999, cette somme étant évaluée par le demandeur d'un montant de 59 400 riyals.

Après examen des documents et pièces, la requête du demandeur fait état de la volonté d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi et la perte de chance résultant du blocage de cette somme, mais aussi de la volonté que les frais et dépens de l'arbitrage soient mis à la charge du défendeur.

Le demandeur a en effet démontré dans ses pièces justificatives que le montant de la dette qu'il réclame est net de charges pour le défendeur. Le demandeur justifie cela par le fait que la valeur des marchandises qu'a obtenu le défendeur et qu'il a effectivement reçu comme étant acheteur auprès du demandeur ont atteint un montant égal à 633 900 riyals, le défendeur n'ayant remboursé que 228 477 riyals de ce montant. Il reste donc à la charge du défendeur un montant égal à 405 423 riyals, montant réclamé à travers cet arbitrage.

En ayant examiné le premier et le second mémoire du défendeur, il apparait que la valeur dont le défendeur a bénéficié est répartie sur neuf contrats de vente par *Mourabaha*.

Dans l'affaire numéro 808/1998 intentée à l'encontre du défendeur par le demandeur, le représentant du défendeur ne fournit qu'une seule pièce justificative consistant en une photocopie du contrat initial et présenta un mémoire de rejet de l'action au motif de l'existence d'un accord entre les deux parties à l'arbitrage dans le contrat de *Mourabaha*.

Suite à la constitution de la commission tripartite d'arbitrage conformément à l'article 12 du contrat initial conclu entre les parties le 18 juin 1997, le défendeur a lui-même avancé le rejet de l'action au motif de l'existence de la clause compromissoire dans le contrat conclu avec le demandeur, le tribunal ayant satisfait à sa demande.

Le défendeur ne s'est présenté à aucune des audiences prévues par la commission d'arbitrage en date du 24 juin, 27 juillet et 3 aout 1999 et il ne déposa aucun mémoire en défense jusqu'au 25 aout 1999, dernier délai fixé pour les parties, tout en étant correctement informé des dates et lieux exacts des audiences rappelés à plusieurs reprises. Malgré tout cela,

le défendeur ne présenta aucune défense ou mémoire ni même pièce justificative contredisant les allégations du demandeur ou l'exonérant des sommes dont il est endetté.

L'article 9 du contrat initial conclu entre les parties le 18 juin 1997 énonce que les documents comptables, reçus et pièces justificatives de la première partie (demanderesse) doivent être considérés comme la preuve finale de la réalité des mouvements et des comptes de la seconde partie (défenderesse). Si le défendeur souhaite contester toute preuve, il doit le faire dans les délais prévus à travers un relevé de compte sous peine de rejet.

Le reçu présenté par le demandeur démontre que le solde du compte endetté a atteint le montant de 405 423 riyals le 18 octobre 1998, le défendeur n'a pas présenté de preuve contraire ni au demandeur ni à la commission malgré les diverses chances qui lui ont été accordées tel que démontré précédemment.

Suite à cela, l'autorité de surveillance de la Charia de la banque (demanderesse) a décidé à l'unanimité en date du 18 novembre 1995 de l'illicéité d'imposer des pénalités de retard lorsque des personnes tardent à honorer leur dette, ce qui justifie le rejet de la demande de la banque (demanderesse) d'indemniser le retard de paiement. Il est décidé que la partie qui perd l'arbitrage doit supporter tous les frais et dépens.

C'est pour cette raison que la commission d'arbitrage a tranché à l'unanimité ce qui suit :

Premièrement, enjoindre au défendeur de payer le montant de 405 423 riyals au demandeur.

Deuxièmement, rejeter la demande du demandeur de contraindre le défendeur à l'indemniser du fait de son retard de paiement.

Troisièmement, contraindre le défendeur à payer un montant de 52 000 riyals pour le total des frais et dépens de l'arbitrage.

Cette sentence a été prononcée lors de l'audience qui s'est tenue le 21 septembre 1999, celle-ci étant rendue publiquement en présence du demandeur mais en l'absence du défendeur.

Cet exemple montre le rôle de l'arbitrage dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique et les modalités de la constitution d'un tribunal arbitral dans ce secteur

d'activité. Il met également en évidence comment l'arbitrage peut contribuer à la mise en œuvre des règles islamiques en matière financière. En l'espèce, les arbitres ont refusé d'accorder au demandeur des dommages-intérêts. En adoptant cette solution, le tribunal arbitral s'est conformé aux règles de la Charia qui ne reconnaît pas la licéité de cette pratique en raison de l'interdiction générale de la Riba. Il nous semble que si l'affaire avait été soumise au juge étatique, la solution aurait été différente dans la mesure où les intérêts moratoires et les dommages- intérêts sont reconnus par la quasi-totalité des législations nationales. Tout cela souligne l'intérêt et l'importance de l'arbitrage en matière de finance islamique dans la mesure où il contribue assurément et effectivement à l'application de la Charia qui fonde cette finance.

### **Cas n° 2 :**

Le présent arbitrage se base sur l'article 18 de la loi numéro 48 de l'année 1977 relative à la création de la banque islamique égyptienne Fayçal. Cette loi impose que le conseil d'administration arbitre à la majorité de ses membres en sa qualité d'arbitre convenu par les parties pour tout litige qui surviendrait entre tout actionnaire de la banque et tout autre actionnaire qu'il soit personne physique ou morale. Cela est conditionné par le fait que le litige doit être né de sa qualité d'actionnaire de la banque. Concernant cela le conseil d'administration ne se limite pas aux règles de procédure prévues en droit civil et commercial sauf en ce qui concerne les garanties et les principes fondamentaux du procès.

Si le litige naît entre la banque et un investisseur ou un actionnaire, ou entre la banque et le gouvernement ou une autre personne morale publique, une entreprise du secteur public ou privé, voire des particuliers, ce dernier est tranché par une commission d'arbitrage. Dans ce cas, la commission est composée d'un arbitre choisi par chaque partie au litige dans un délai de trente jours. Ce délai court à compter de la réception par une des parties de la notification du transfert du litige à l'arbitrage par l'autre partie.

Les deux arbitres choisis par les parties nomment un arbitre départiteur dans le délai de quinze jours suivant la désignation du dernier des deux. Les trois arbitres choisissent un président de commission dans le délai d'une semaine suivant la nomination de l'arbitre départiteur. La désignation d'un arbitre par chaque partie est considérée comme l'acceptation de la sentence qui a une valeur contraignante. En cas d'abstention d'une des parties dans la

désignation d'un arbitre ou en cas de désaccord sur le choix de l'arbitre départiteur ou du président de la commission d'arbitrage dans les délais fixés par l'alinéa précédent, le cas est soumis à l'autorité de contrôle de la Charia afin qu'elle désigne le cas échéant l'arbitre départiteur ou le président de la commission.

La commission d'arbitrage se réunit au siège social de la banque et fixe le régime de procédure et les formalités qu'elle compte suivre en cas de litige mais aussi lors de la prononciation de sa sentence. Celle-ci doit comprendre les modalités d'exécution et déterminer la partie qui devra supporter les frais d'arbitrage. La sentence est déposée au secrétariat général du conseil d'administration de la banque. Elle est dans tous les cas définitive et contraignante pour les deux parties et dispose de ce fait d'une force exécutoire. Elle a la même autorité que les arrêts ayant autorité de chose jugée avec une mention exécutoire conformément aux procédures énoncées dans le chapitre concernant l'arbitrage dans le code de procédure. Dans tous les cas, les décisions du conseil d'administrations et les décisions de la commission d'arbitrage sont soumises au code des procédures civiles et commerciales.

La commission s'est composée de Monsieur Ali Helmi en tant que secrétaire général, Monsieur Maher Mohamad, le Professeur Mohamad Al Aoua et le Professeur Anouar Al Houari en tant que président de la commission. Nous relaterons les faits et le jugement comme il suit :

L'origine du litige objet de cette affaire réside dans le contrat de participation (*moucharaka*) conclu entre les parties à l'arbitrage en date du 18 mai 1981. Ce contrat énonce dans son article 2 que la part de la première partie (la banque demanderesse) réside en un pourcentage du coût d'investissement de l'hôtel estimé à un montant égal à 2 830 500 riyals saoudiens. La part de la deuxième partie (la société défenderesse) étant de 70.8% à hauteur de 29.2% du coût d'investissement d'une valeur de 1 169 500 riyals saoudiens. Il apparait dans l'article 3 que la part de la deuxième partie réside dans la valeur commerciale du projet réalisé.

Le contrat dispose dans son article 4 que la part de la deuxième partie doit être la contrepartie des opérations de gestion et du travail spécifique au projet, donc un pourcentage de 25% du net des recettes du projet et en ce que le reste des gains soit réparti en part de participation (*moucharaka*) de chaque partie.

Ce contrat a déterminé le mode de paiement de la part de la banque, à qui il enjoint de régler en 5 versements annuels, la valeur de chaque versement étant de 566 100 riyals. Le premier versement devant avoir lieu fin de l'année 1402 de l'Hégire et le dernier en 1406 de l'Hégire. La somme de ces versements constitue le montant fixé de la participation (*moucharaka*) de la banque demanderesse dans le financement du projet.

Il est convenu que les contrats régulièrement conclus et créateurs d'obligations doivent obliger leurs parties à l'exécuter dans son ensemble car le contrat fait office de loi entre les parties et régit la relation contractuelle. C'est ce qu'a voulu exprimer le législateur égyptien qui énonce dans l'article 147 du code civil que le contrat est la loi des parties et qu'il n'est pas possible de le réfuter ou modifier sauf avec l'accord des deux parties ou pour des motifs précisés dans la loi.

Les contrats doivent également être appliqués selon leur contenu et de bonne foi. Pour trancher le litige ci-dessus, il a été tenu compte des dispositions du contrat et sur le fondement de ce qui a été exécuté comme obligations et dans la limite de ce qu'il convient d'exécuter de bonne foi.

En transposant ces bases au litige, il apparaît que la banque a exécuté ses obligations en finançant mais de façon partielle car elle versa de sa part fixée dans le contrat, le montant de 2 300 484 riyals au lieu de 2 830 500 riyals. Suite à cela, la société a réglé quatre versements dont le montant de chacun s'élève à 566 100 riyals, la somme des versements atteignant 226 400 riyals. Il reste à la banque le montant de 36 084 riyals que lui propose la banque AL Souweiss en date du 2 juillet 1986, la banque demanderesse répondit insistant sur le paiement de la somme de 566 100 riyals conformément à l'article 5 du contrat conclu entre elle et la société défenderesse.

Au prisme des dispositions du contrat, la réclamation de la banque est infondée car même si l'article 5 du contrat définit le nombre de versements annuels, les montants et dates des échéances, ces précisions sont le résultat de l'accord concernant la part de la banque qui est estimée au montant de 2 830 500 riyals. Si la banque accomplit sa part dans la participation (*moucharaka*) d'un montant inférieur à cette part, c'est donc par réflexe que l'obligation de la société diminue tout comme la part de la société dans le financement. C'est ce qu'avance la société défenderesse et ce que confirme la banque à la fin de son mémoire en date du 2 juillet 1987 présenté à cette instance. Le montant réclamé à la banque de sa part s'élève donc à 36 084 riyals et non 566 100 riyals saoudiens.

Concernant la demande de la banque de sa part des recettes pour l'année 1405 de l'Hégire estimées à 75 677 riyals, cette estimation doit être prise en compte à la lumière du contenu du contrat dans son article 4 relatif aux modalités de répartition des recettes, en ce sens que soit déduit du gain net un pourcentage de 25% qui reviendrait à la société pour les actes de gestion. Le reste est réparti selon le pourcentage de participation (*moucharaka*) de chacune des parties dans le financement du projet. Il résulte de l'interprétation de cet article que la part de la banque dans les recettes de l'année 1405 de l'Hégire est en réalité le montant de 30 706 riyals et la société défenderesse a admis le droit de la banque à cette somme.

Concernant la part de la banque pour les recettes de l'année 1406, cela n'est pas déterminé car elle n'avait pas eu connaissance du budget de l'année en question jusqu'à ce qu'elle présente sa demande d'arbitrage. Lorsque la société a présenté le budget à la commission, le montant des gains de l'année 1406 s'élevait à 13 324 462 riyals et conformément aux dispositions du contrat, revient à la banque la somme de 26 029 riyals saoudiens.

Concernant les demandes d'indemnisation faites par les deux parties, la commission considère qu'elles sont infondées car aucun dommage causant un préjudice n'a été subi par les parties suscitant une indemnisation. C'est au contraire un litige comptable relatif aux sommes dues dans le cadre de l'exécution du contrat de participation, ce qui n'est pas considéré comme une faute engageant la responsabilité de chacune des parties.

Suite à la demande de la banque dans son mémoire ampliatif présenté à la commission lors de l'audience du 2 août 1987 relative à l'exclusion de la part de gestion fixée par le contrat au profit de la société sur le fondement de la baisse de rendement et du taux de fonctionnement, la commission constatait que le taux de fonctionnement figurant sur les documents n'était pas compatible avec la localisation de l'hôtel à la Mecque mais elle ne perdait pas de vue le principe de participation (*moucharaka*) qu'appliquent les banques islamiques qui consiste en la participation pour les gains et les pertes. A l'inverse, cela reviendrait à ce que les contrats comportant la participation, si ceux-ci se limitent à la participation exclusive aux gains, contreviendraient à la Charia.

Effectuer un investissement licite et admis par la Charia consiste à supporter les risques du métier et de faire travailler le capital à parts égales entre toutes les parties de l'investissement. La commission rejette donc cette demande et considère qu'il ne faut pas en tenir compte. Il apparaît donc que la société n'a omis aucun droit revenant à la banque

conformément au contrat, et celle-ci a admis les droits de la banque avant et même pendant l'arbitrage.

La banque a demandé dans ses mémoires et requêtes un montant supérieur à celui auquel elle a droit à la vue du contrat qu'elle a conclu avec la société défenderesse, cela pousse donc la commission à la débouter de ses demandes. Elle considère sa part du financement réel d'un montant égal à 36 084 riyals et sa part du total net des gains issus de la participation d'un montant égal à 13 30 214 riyals. La commission considère que la société doit se contenter à verser ces deux montants uniquement.

Les demandes de la banque étant divisées en trois branches, la commission s'est rendue compte que celles-ci dépassaient ce à quoi la banque pouvait prétendre dans deux des branches. Concernant la troisième branche, celle-ci reposait sur un droit indéterminé relatif à l'estimation de la part des gains pour l'année 1406. Le budget de cette année en question était entre les mains de la société depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1986 et celle-ci ne l'a pas transmis à la banque et ne l'a pas inclus dans les calculs de ses gains jusqu'à l'audience du 2 juillet 1987 devant la commission d'arbitrage.

L'article 184 du code de procédure dispose que c'est à la partie condamnée de supporter les frais de la procédure. L'article 186 du code de procédure permet au tribunal de contraindre la partie gagnante au procès de supporter les frais en entier ou partiellement dans certains cas précis. Parmi ces cas, figure le cas où l'adversaire est laissé dans l'ignorance de ce que l'autre partie possédait comme documents décisifs au procès ou du contenu de ces documents. Cela fait référence au fait que la société a conservé le budget de l'année 1406 du 1<sup>er</sup> novembre 1986 au 2 juillet 1987 sans informer la banque de son existence ou de son contenu. La commission estime les frais de procédure à 1000 livres égyptiennes et les dépens des arbitres de 3000 livres chacun. La commission a donc jugé la restriction des droits de la banque en ce qu'elle est créancière de la société à hauteur de 1 366 298 riyals saoudiens. Elle contraint la banque aux deux tiers des frais et dépens et la société défenderesse au tiers restant<sup>1285</sup>.

---

<sup>1285</sup> Affaire publiée dans la Revue de l'Arbitrage (langue arabe), n° 8, 2010, p. 179.

### Cas n° 3

On va évoquer les principes dégagés par un tribunal arbitral dans une affaire relative à la finance islamique. Il est à signaler que les détails de l'affaire n'ont pas été mis à notre disposition.

Dans cette affaire, la banque et la société convinrent d'effectuer leurs activités selon les principes de la Charia en ce sens que la commission d'arbitrage en déduit la volonté des parties de se conformer aux principes de la Charia et de consacrer leur primauté sur toute autre décision judiciaire.

Suite à l'examen des documents et après avoir entendu les plaidoiries des représentants des deux parties, après avoir recueilli leurs allégations dans des procès-verbaux d'audiences et suite à des débats judiciaires, les parties s'accordèrent conformément à la convention d'arbitrage que le différend objet de l'arbitrage sera tranché à la lumière des principes et règles de la Charia, mais aussi selon les règles du droit égyptien. Elles se fondent également sur des règles d'arbitrage en matière civile et commerciale issues de la loi n°27 de l'année 1994.

Cet accord, même s'il figure à titre liminaire dans la convention d'arbitrage précitée, constitue un corps indissociable de ces décisions et sur lesquelles les parties s'accordent. Le premier article de la convention énonce que l'introduction est indissociable de l'arbitre et peut être considérée comme étant complémentaire à cette dernière en ce sens que la banque et la société, parties à l'arbitrage, exercent leurs activités conformément aux principes de la Charia et selon ce qu'énonce le contrat fondateur de la banque issu de la décision ministérielle numéro 115 de l'année 1980.

Selon la commission, les associés dans la Charia sont solidaires en cas de pertes ou de gains conformément à la règle de la Charia formalisée par l'article 87 de la Mejjelle (*Al Gourm bi al Ghnoum*). Il est également constant dans la Charia que celui qui est dans la gêne recherche le sursis. A ce titre, Dieu dit : « A celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance »<sup>1286</sup> ; « Qu'il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité ! Si vous saviez ! »<sup>1287</sup>.

---

<sup>1286</sup> Le Noble Coran, Sourate al Bakara (La Vache), verset 280.

<sup>1287</sup> Ibid.

Pour la commission, il est constant dans le Fiqh islamique qu'en cas de contradiction entre *Al Man'i* (empêchement, obstacle empêchant la réalisation du but du contrat) et *Al Mouktada* (but ou objet du contrat, la finalité pour laquelle le contrat est conclu), c'est l'empêchement qui doit primer. Cela constitue la règle numéro 45 de la Mejjelle (prévue à l'article 46). La commission évoque également une autre règle islamique : « le dommage est supporté dans la mesure du possible », c'est la règle numéro 30 de la Mejjelle (prévue à l'article 31).

Selon la commission arbitrale, une des significations de la règle de primauté de l'empêchement sur le but en ce qui concerne l'arbitrage présent, réside dans le fait que le but des contrats conclus entre les deux parties est de partager le gain issu des opérations commerciales que la société avait demandé à la banque de financer. Mais ce but a rencontré un obstacle ou un empêchement qui est la non-réalisation du profit recherché. La commission souligne que la société a subi des pertes considérables et que ces pertes sont bien prouvées.

La règle selon laquelle « le dommage est supporté dans la mesure du possible » veut dire que chaque partie supporte une partie du dommage résultant des opérations commerciales infructueuses et que les pertes ne peuvent pas être entièrement supportées par une seule partie. Cette solution repose également, selon la commission, sur la règle générale du partage des pertes et des profits (*Al Gourm bi al Ghnoum*).

La commission d'arbitrage a déduit des mémoires en défense des deux parties et de leurs plaidoiries que la banque a agi selon la règle de l'accord du sursis et du report du paiement de la dette de la partie qui est dans la gêne jusqu'à ce que celle-ci soit dans l'aisance. Si le délai se rallonge au point de porter préjudice à la partie qui accorde le sursis, les règles islamiques précitées sont applicables au litige dont les parties se conforment à la Charia.

La commission d'arbitrage est composée du représentant de la banque Monsieur Abdelmounem Habib, le représentant de la société le Professeur Hussein Shehata et le président de la commission le Professeur Mohamad Al Aoua. A la lumière de ce qui précède, elle a fini par considérer dans l'intérêt des deux parties et selon ce que prône la justice, en d'autres termes en application des règles de la Charia, de mettre fin au litige et de ne pas faire droit à toutes les demandes des parties conformément à la règle islamique : *Dara' al mafassed awla men jalb al manafi'i* (Le fait d'éviter ou de repousser le mal a la priorité sur le fait de

réaliser le bien). Cette règle assure le partage des pertes entre les associés en évitant qu'une seule partie supporte à elle seule le dommage réalisé de manière intégrale<sup>1288</sup>.

### **C)- La prise en considération de la Charia à travers l'accueil de l'arbitrage par le juge étatique**

Le recours à l'arbitrage pourrait faciliter la prise en considération de la Charia. Cela passe par deux voies : d'une part, en tant que loi applicable à l'arbitrage, la Charia peut être facilement réceptionnée par le juge étatique notamment en reconnaissant sa normativité (1). D'autre part, le juge étatique ne contrôle pas la loi appliquée par l'arbitre. En réalité, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale est soumise uniquement à la condition de la conformité à l'ordre public (2).

#### **1)- La réception de la Charia en tant que droit applicable à l'arbitrage par le juge étatique**

Au cours de ces dernières années, on constate une réelle ouverture à l'égard de l'arbitrage religieux. En effet, des institutions arbitrales appliquant des règles religieuses aux litiges ont proliféré dans certains pays. Cela va améliorer la place de la Charia en tant que droit applicable au litige et sa réception par le juge étatique. En effet, la quasi-totalité des législations contemporaines reconnaissent l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des litiges. De plus, ces législations encouragent le recours à l'arbitrage en permettant de créer des centres d'arbitrage spécialisé en droit religieux. A cet égard, on peut citer le *Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration* qui a établi un règlement pour la résolution des litiges relatifs à des contrats soumis à la Charia islamique. C'est également le cas de *The Dubai World Islamic Finance Arbitration Center* pour régler les litiges relatifs à la finance islamique. Il est intéressant de souligner l'exemple du *Muslim Arbitration Tribunal* installé au

---

<sup>1288</sup> Affaire publiée dans la Revue de l'Arbitrage (langue arabe), n° 8, 2010, p. 185.

Royaume-Uni qui assure l'application de la Charia au litige concernant le domaine familial<sup>1289</sup>.

Pour la communauté juive, on peut citer la *Chambre arbitrale rabbinique* à Paris qui a pour mission de régler les différends qui opposent les membres de la communauté juive en appliquant le droit talmudique. Cette institution traite annuellement une centaine de cas en matière commerciale et familiale<sup>1290</sup>. Pour les Chrétiens, on peut mentionner aux Etats-Unis, *The Institute for Christian Conciliation (ICC)*, qui propose un règlement d'arbitrage et une clause de droit applicable faisant référence à la Bible<sup>1291</sup>.

Ce développement de l'arbitrage s'explique par le fait que les législations modernes reconnaissent le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. De plus, le recours à ce mécanisme ne soulève pas de problème particulier en matière de finance islamique dans la mesure où les litiges posés dans le cadre de cette finance sont de nature financière et impliquent des droits de nature patrimoniale et disponible. Ils sont par conséquent arbitrables.

Si le recours à l'arbitrage en matière de finance islamique est logiquement admis par les droits étatiques, la question qui reste posée est celle de l'applicabilité de la Charia. Peut-on concevoir un arbitrage soumis aussi bien en ce qui concerne la procédure que le fond du litige au droit islamique ? Comment les ordres juridiques nationaux, et plus particulièrement le juge, perçoivent-ils l'application de la Charia islamique dans ces arbitrages ?

En effet, la possibilité de soumettre des litiges au droit islamique ne semble pas poser de problème dans la plupart des ordres juridiques modernes. Cela tient au fait que la normativité de la Charia ne peut pas être contestée. En réalité, l'accueil favorable de l'arbitrage islamique par le juge étatique se manifeste à travers l'attitude de ce juge envers la normativité d'un droit non étatique. Dans cette perspective, l'exemple de la jurisprudence française est fort illustratif à cet égard. Le droit français des contrats internationaux se caractérise par son libéralisme et sa consécration sans emballage du principe de l'autonomie de la volonté. Le juge français a tendance à donner effet au choix des parties qui peuvent

---

<sup>1289</sup> Walid Ben Hamida, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », colloque *Arbitrage et religion*, Faculté de droit de Strasbourg, le 7 juillet 2016, p. 3. (en cours de publication, aimablement communiqué par l'auteur).

<sup>1290</sup> Pour une étude complète de l'arbitrage rabbinique, voir François-Xavier Licari, « L'arbitrage rabbinique, entre Droit Talmudique et Droit des Nations », art. cité, p. 57 et s.

<sup>1291</sup> M. A. Helfand, « Arbitration's Counter-Narrative : The Religious Arbitration Paradigm », *The Yale Law Journal*, 2015, p. 124.

régir leur rapports par une loi étrangère ou par des règles de droit non étatiques. C'est à ce titre que peut être envisagée la prise en considération de la Charia par le juge français<sup>1292</sup>.

Dès qu'il s'agit de contrat international, le juge français se montre assez libéral. En effet, la jurisprudence française avait accueilli le choix par les parties de règles de droit non étatiques pour régir leur contrat international comme la *lex mercatoria*. Elle a rapidement reconnu la normativité de ces règles<sup>1293</sup>. Dans un premier temps, les tribunaux français 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 même en l'absence de référence explicite dans le contrat<sup>1294</sup>. C'est à travers ce canal que le juge français peut accueillir la Charia lorsque celle-ci est choisie comme droit applicable par les parties à un contrat international de financement islamique. En agissant de la sorte, le juge français ne fait qu'appliquer à la Charia sa jurisprudence relative à la *lex mercatoria*.

Cette interprétation figure dans le rapport du Groupe de travail de la finance islamique. En effet, ce Groupe « considère que les tribunaux français, reconnaissant la juridicité des règles de la Charia relatives aux financements islamiques, devraient leur donner effet dans les contrats internationaux. Ce faisant, les tribunaux suivront le raisonnement qui a abouti à donner effet aux usages et principes du commerce international (*lex mercatoria*) comme règles de droit non étatiques lorsqu'elles viennent à être choisies par les parties à un contrat international »<sup>1295</sup>. Le Groupe ajoute : « L'effet donné par les tribunaux français au choix par les parties de la Charia dans leur contrat international de financement reposera sur le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe prend sa pleine dimension grâce à une jurisprudence particulièrement accueillante et libérale dès lors qu'il s'agit de contrats internationaux. Cet accueil favorable se présente sous deux aspects complémentaires : la liberté du choix d'un droit autre que la loi du for, et la liberté du choix d'un droit non étatique »<sup>1296</sup>. Notons que le Groupe de travail a reconnu explicitement la normativité de la Charia. Il souligne à cet égard que ses règles « produisent irrémédiablement des effets juridiques qui lient les personnes qui choisissent de s'y astreindre. Il s'agit là des critères classiques permettant de conclure à la

---

<sup>1292</sup> Georges Affaki, « La Charia en dehors des terres d'islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », op. cit, p. 758.

<sup>1293</sup> Voir par exemple les arrêts : Paris, 12 juin 1980 (2è esp), *Revue arbitrage*, 1981, p. 292 ; Civ. 9 décembre 1981, *Revue arbitrage*, 1982, p. 183.

<sup>1294</sup> Grenoble, 23 octobre 1996, *Revue de droit uniforme*, 1997, p. 182 ; Paris, 17 mai 1995, *JDI* 1996, p. 110.

<sup>1295</sup> Rapport précité, § 5.2.2.

<sup>1296</sup> Rapport précité, § 5.2.3.

juridicité des règles »<sup>1297</sup> de la Charia. Le Groupe conclut en affirmant : « Les règles de la Charia relatives aux financements islamiques sont des règles de droit. Elles doivent à ce titre recevoir effet par les tribunaux français lorsque la Charia vient à être choisie par les parties pour régir leur contrat international de financement [...]. Leur juridicité admise [...], les règles de la Charia relatives aux financements islamiques seront reconnues par les tribunaux français appelés à statuer sur la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale ou un jugement étranger ayant appliqué ces règles »<sup>1298</sup>.

Il convient de souligner que le libéralisme du juge français envers le droit non-étatique semble exercer une influence importante sur le Règlement Rome I qui a adopté une attitude favorable à l'égard des règles de droit non étatique. En effet, le nouveau Règlement Rome I précise dans son préambule au paragraphe 13 : « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale »<sup>1299</sup>. Cette disposition a l'avantage de permettre aux opérateurs de la finance islamique de choisir la Charia comme droit applicable à leur contrat sans aucun obstacle tenant à son caractère étatique ou non.

Il faut remarquer que la validité du choix de la Charia comme loi applicable à un contrat de finance islamique dans un litige tranché dans le cadre d'un arbitrage international semble être reconnu par le juge étatique. Les exemples anglais et américain sont illustratifs à cet égard<sup>1300</sup>. Ainsi, l'Arbitration Act britannique de 1996 ne distingue pas entre arbitrage interne et arbitrage international et l'arbitre peut statuer en application de règles procédurales et du fond qui n'appartiennent pas au droit anglais<sup>1301</sup>. Dans l'affaire *Halpern v. Halpern*, la *Court of Appeal* a affirmé que les tribunaux arbitraux peuvent et doivent effectivement régler les différends entre parties selon la loi talmoudique que celles-ci ont choisie. Selon cette Cour, « *Section 46 of the Arbitration Act 1996 expressly recognises that arbitral tribunals can and indeed should decide disputes in accordance with the law chosen by the parties "or if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal". Thus an English court would stay proceedings brought in breach of the arbitration clause even though some set of principles not law or a law other than the*

---

<sup>1297</sup> Rapport précité, § 5.1.1.

<sup>1298</sup> Rapport précité, p. 9.

<sup>1299</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

<sup>1300</sup> Ce passage s'inspire de l'article de Walid Ben Hamida, « La comptabilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », op, cit.

<sup>1301</sup> [2010]EWHC3280(TCC),[2011]2AllER(Comm)1048,[2012]BusLRD21,<<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2010/3280.html>>.

*law of a particular country had been chosen as the applicable law to govern their disputes. It would furthermore enforce an award made by arbitrators applying any "considerations" agreed between the parties»*<sup>1302</sup>.

Mêmes les tribunaux anglais qui n'ont pas reconnu la normativité de la Charia lorsqu'ils étaient saisis du contentieux relatif à la finance islamique, comme nous l'avons vu précédemment<sup>1303</sup>, ont reconnu la validité du choix de celle-ci comme loi applicable à un contrat de financement islamique dans un litige tranché dans le cadre d'un arbitrage international. Ainsi, dans l'affaire *Musawi v. RE International UK Ltd*<sup>1304</sup>, le juge anglais a validé le choix de la Charia selon la doctrine chiite. En l'occurrence, suite à l'achat à Wembley, deux associés ont conclu un contrat soumis au droit chiite. Un tribunal arbitral a rendu une sentence qui n'a pourtant pas été exécutée par l'un des associés. C'est pourquoi, le tribunal de Chancery a été saisi afin de juger si l'arbitre avait statué ou non sur le litige. A cette occasion, le juge a affirmé qu'en droit anglais, un contrat ne peut être régi que par une législation étatique. Toutefois, selon le juge anglais, les parties ou le tribunal arbitral peuvent exceptionnellement opter pour une législation non étatique et cela conformément à l'article 46 -1- de la loi sur l'arbitrage de 1996<sup>1305</sup>. Pour confirmer cette interprétation, le juge s'est également référé au traité classique de Dicey et Morris qui souligne la possibilité de choisir des normes non étatiques, comme la *lex mercatoria* qui constitue les principes généraux du commerce international<sup>1306</sup>.

Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *Sanghi Polysters Ltd. (India) v The International Investor KCFC (Kuwait)*<sup>1307</sup>, le juge anglais a accueilli une sentence arbitrale relative à un contrat d'Istisna prévoyant une convention de choix de droit applicable mixte, en vertu de laquelle le contrat doit être « governed by the Law of England except to the extent it may conflict with Islamic Shari'ah, which shall prevail ». Dans cette affaire, un conflit

---

<sup>1302</sup> *Halpern v. Halpern*, 2007 ECWA (Civ.) 291, §37, 2008, Q.B.195, §37, <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/291.html>>.

<sup>1303</sup> Voir notre première partie, titre 2, chapitre 1, section 2, § 2.

<sup>1304</sup> *Musawi v RE International (UK) Ltd & Ors* [2007] EWHC 2981 (Ch) (14 December 2007), <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2007/2981.html>>.

<sup>1305</sup> *46 Rules applicable to substance of dispute*. «(1)The arbitral tribunal shall decide the dispute- (a)in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or (b)if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal. ».

<sup>1306</sup> Voir à cet égard, Walid Ben Hamida, « La finance islamique internationale : quel rôle pour la CNUDCI ? », [http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Congress/86-BEN\\_HAMIDA\\_-\\_la\\_Finance\\_islamique\\_et\\_la\\_CNUDCI.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/86-BEN_HAMIDA_-_la_Finance_islamique_et_la_CNUDCI.pdf), n° 20.

<sup>1307</sup> *Sanghi Polyester Ltd (India) v. The International Investors KCSC (Kuwait)*, 28 janvier 2000, *Lloyd's Law Reports* 2000, Vol.1 p.480

découlant d'une convention de financement islamique comportait une clause compromissaire qui stipulait que l'arbitrage devait se dérouler à Londres et que le différend devait être régi par les lois anglaises sous réserve de ne pas contrevenir à la Charia islamique. Suite à un litige, une sentence fut rendue dans laquelle l'arbitre, un expert islamique, a donné effet à cette clause et a considéré que pour ce qui relève de l'attribution du principal et des revendications de profit, ceci devait être régi par le droit anglais ; les dommages-intérêts devaient, en revanche, être régis par la Charia, ils devaient être exclus parce qu'en contradiction avec ses prescriptions. La partie perdante a contesté cette sentence devant les juridictions anglaises qui ont considéré qu'aucune question de validité de ladite clause ne se posait au regard de la loi anglaise et que la seule problématique était de savoir si le contrat pouvait être « invalidé de la manière revendiquée... en vertu de la charia ». Le juge considéra en l'occurrence que la sentence ne comportait aucune irrégularité grave ou injustice à cet égard et qu'elle devait être validée. Cette décision contraste nettement avec l'affaire *shamil bank* déjà évoquée.<sup>1308</sup> Cette affaire met l'accent sur le changement d'attitude du juge anglais selon qu'il se trouve directement en face de la Charia ou devant une sentence arbitrale fondée sur la Charia.

Plus encore, le juge anglais a admis la validité du choix exigeant l'appartenance des arbitres à la communauté ismaélienne. La question s'est posée au Royaume-Uni. En effet, deux hommes d'affaires pakistanais, membres de la communauté ismaélienne, Monsieur Jivraj et Monsieur Hashwani, avaient conclu un accord de joint venture (JV) pour l'exploitation d'une chaîne d'hôtels. Un litige est survenu sur la liquidation de la JV et la répartition des actifs. L'accord de JV contient une clause d'arbitrage selon laquelle l'arbitrage doit avoir lieu à Londres. Chaque partie doit désigner un arbitre et le Président du conseil national de l'Aga Khan au Royaume-Uni nomme le troisième arbitre<sup>1309</sup>. Il faut noter que tous les arbitres appartiennent à la communauté ismaélienne dans laquelle ils occupent une place importante.

M. Hashwani a désigné comme arbitre un ancien juge de la *High Court* anglaise, *Sir Anthony Colman* qui n'était pas membre de la communauté ismaélienne. L'autre partie a saisi la *High Court* pour faire déclarer invalide cette nomination. Le jugement de la *High Court* du 26 juin 2009 a fait droit à la requête de M. Jivraj. La clause était valable, les arbitres devaient

---

<sup>1308</sup> Nathalie Najjar, *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, op, cit, p. 472.

<sup>1309</sup> Aga Khan est le titre héréditaire porté par les imams des ismaéliens Nizârites. Ce titre combine le titre militaire turc agha et le titre turco-mongol khan. L'Aga Khan est le chef spirituel des ismaéliens nizârites.

être ismaéliens, le choix du Sir Colman était invalidé<sup>1310</sup>. M. Hashwani a introduit un appel. Dans un arrêt du 22 juin 2010, la Cour d'appel a validé la nomination de Sir Anthony Colman même s'il n'était pas ismaélien<sup>1311</sup>. La Cour avait décidé qu'il s'agissait d'une discrimination interdite par les *Employee Equality (Religion and Belief) Regulations* transposant au Royaume Uni la directive communautaire CE 2000/78 du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La loi anglaise interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions. La Cour a retenu que toute condition d'appartenance religieuse dans une clause d'arbitrage était privée d'effet. Elle a considéré que, « du point de vue de la lutte contre les discriminations, la définition d'emploi était assez vaste pour déborder sur les fournitures de services et couvrir le travail que s'engage à accomplir personnellement l'arbitre, la partie procédant à la nomination étant l'employeur »<sup>1312</sup>.

La Cour suprême a été saisie de la question. Dans un arrêt du 27 juillet 2011, elle a infirmé la décision de la Cour d'appel qui avait privé d'effet la convention d'arbitrage. Les arbitres doivent être ismaéliens. Les termes de la clause devaient être respectés<sup>1313</sup>. Selon la Cour Suprême, le contrat d'arbitre n'était ni un contrat de travail, ni un contrat d'apprentissage. En effet, après examen de la jurisprudence communautaire sur la notion de travailleur, la cour a constaté que le contrat de travail impliquait un lien de subordination hiérarchique, ce qui n'était pas le cas de l'arbitre vis-à-vis des parties à l'égard desquelles l'*Arbitration Act* de 1996 lui commande d'agir de manière équitable et impartiale.

D'après la Cour Suprême, pour la constitution du tribunal arbitral l'exigence inhérente à la confession est légitime, justifiée et essentielle. Certes, les *Regulations* sur la lutte contre la discrimination sont applicables. Mais une différence de traitement se justifie dans la mesure où celle-ci est une réponse à une condition professionnelle déterminante et essentielle, à condition que cette exigence soit proportionnée et que le but recherché soit légitime. En l'occurrence, la Cour Suprême estime que ces conditions sont remplies, étant donné le

---

<sup>1310</sup> [2010] 1 *All ER* 302, [2009] EWHC 1364 (Comm), [2009] 2 *All ER* (Comm) 778, [2009] 1 CLC 962 <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/1364.html>>.

<sup>1311</sup> [2010] CLC 1057, [2010] *CILL* 2929, [2010] *Bus LR* 1683, [2010] ICR 1435, [2011] 1 *All ER* (Comm) 33, [2010] EWCA Civ 712, [2010] 2 *Lloyd's Rep* 534, [2010] IRLR 797, [2011] 1 *All ER* 50, [2010] 1 CLC 1057 <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/712.html>>.

<sup>1312</sup> Béatrice Castellane, « Justice et Religion en Arbitrage », in Dieu et mon droit, Religion, Société et Etat- Quelques problèmes d'aujourd'hui, Colloque annuel AJFB, 27 septembre 2013, <http://www.cabinet-castellane-avocats.fr/pdf/2013-09-27-ajfb-justice-religion.pdf>, p. 2.

<sup>1313</sup> [2011] WLR 1872, [2011] 1 WLR 1872, [2011] IRLR 827, [2011] 32 EG 54, [2011] *ArbLR* 28, [2011] UKSC 40, [2011] *BusLR* 1182, [2011] ICR 1004, [2011] *CILL* 3076, <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/40.html>>.

caractère populaire de la justice arbitrale dans la communauté ismaélienne. De plus, la Cour souligne également le respect de la volonté exprimée par les parties. Ce respect constitue une exigence de l'*Arbitration Act* de 1996. Les parties ont le droit de confier leur litige à des membres de leur communauté ayant leur confiance<sup>1314</sup>. Comme il a été remarqué, « certes, un non-musulman est apte à appliquer un tel droit. Mais on peut comprendre que des parties musulmanes veuillent légitimement dans cette hypothèse des arbitres musulmans [...]. Et la justification est naturellement susceptible de valoir pour toutes les communautés, religieuses ou non »<sup>1315</sup>.

Enfin, la même position d'ouverture à l'égard de l'arbitrage peut être constaté aux Etats-Unis. A ce titre, la Cour d'appel du Texas a reconnu la validité d'une convention d'arbitrage se référant au droit musulman dans un litige de divorce avec garde des deux enfants comme valable au regard du *Texas General Arbitration Act*<sup>1316</sup>. La Cour a souligné que l'objectif de cette législation était de donner la priorité à l'arbitrage plutôt qu'au règlement judiciaire des litiges et que les conventions arbitrales étaient présumées valables en droit texan.

A la lumière de ce qui précède, on constate bien que l'arbitrage a joué un rôle important et certain dans la prise en compte de la Charia. Celle-ci a été réceptionnée sans difficultés par le juge étatique en tant que droit applicable choisi librement par les parties. Ce constat peut être observé en matière de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale relative à la finance islamique.

## **2)- Une ouverture vers la Charia à travers la reconnaissance et l'exécution de la sentence par le juge étatique**

L'étude de l'arbitrage en matière de finance islamique soulève des questions fondamentales : les principes et règles de la Charia islamique relatifs à la finance sont-ils

---

<sup>1314</sup> Béatrice Castellane, « Justice et Religion en Arbitrage », in Dieu et mon droit, Religion, Société et Etat-Quelques problèmes d'aujourd'hui, Colloque annuel AJFB, 27 septembre 2013, <http://www.cabinet-castellane-avocats.fr/pdf/2013-09-27-ajfb-justice-religion.pdf>

<sup>1315</sup> Jean-Baptiste Racine, Note 22 juin 2010, UK Court of Appeal (civil division), *Revue de l'Arbitrage* 2011, p. 1037.

<sup>1316</sup> *Jabri v. Qaddura*, 108 S.W. 3d 404(Texas), avril 2003, <<https://www.courtlistener.com/opinion/1396607/jabri-v-qaddura/>>.

compatibles avec les systèmes juridiques étatiques ? Un arbitrage soumis à la Charia est-il contraire à l'ordre public étatique ? Ces interrogations se posent avec acuité dans les systèmes juridiques basés sur la laïcité et la neutralité de l'Etat comme c'est le cas de la plupart des Etats occidentaux.

En effet, l'expansion remarquable de l'arbitrage pourrait conduire à la prononciation de sentences qui sont susceptibles d'entrer en contradiction avec l'ordre public des Etats. On peut s'interroger alors sur le contenu de l'ordre public. En quoi consiste cette notion qui pourrait constituer une limite à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale fondée sur la Charia ?

En réalité, la définition de la notion d'ordre public n'est pas une tâche aisée. Il s'agit d'un concept difficile à appréhender. Selon le dictionnaire du droit privé de Serge Braudo, « il s'agit de l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu »<sup>1317</sup>. En effet, l'ordre public est une notion qui a pour but la protection des intérêts généraux et supérieurs d'un peuple, d'un Etat, pour son existence et son progrès. L'Etat agit pour réaliser ses intérêts et intervient pour obliger les individus à les considérer et ne pas les dépasser. Les règles en lien avec ces intérêts sont des règles parfois concrètes, parfois vagues et imprécises. A vrai dire, ces règles qu'on appelle règle d'ordre public, ouvrent la voie vers l'amélioration et le progrès de la société sans la nécessité de changer les lois. La notion d'ordre public fait l'objet d'une certaine diligence de la part de la doctrine et de la jurisprudence. Grâce à cette notion, la structure juridique d'une Nation peut se transformer graduellement dans une atmosphère de tranquillité pour être toujours au niveau des besoins renouvelés. Globalement, la notion d'ordre public se caractérise par son contenu vague, souple et élastique. Elle varie avec le temps et la société<sup>1318</sup>. A partir de là, tenter une définition précise et invariable de cette notion juridique fondamentale s'avère très mailaisée<sup>1319</sup>. Dans la pratique, c'est au juge que revient la tâche de déterminer le contenu de cette notion à la lumière des valeurs fondamentales prédominantes au sein de la collectivité à un moment donné de son évolution historique.

---

<sup>1317</sup> Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo. <https://www.dictionnaire-juridique.com/serge-braudo.php>.

<sup>1318</sup> Omar El Kadi, *L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif français et égyptien*, op. cit, p. 87 et s.

<sup>1319</sup> Voir sur cette question, Mathieu de Boissesson, *Le droit français de l'arbitrage*, Paris, 1983, n° 354 et s.

De manière générale, l'immense majorité des législations nationales contemporaines prévoient que la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale seront refusées si cette reconnaissance ou cette exécution sont contraires à l'ordre public<sup>1320</sup>. Toutefois, on constate que le juge s'oriente de plus en plus vers une conception minimaliste de l'étendu de son contrôle opéré sur la conformité de la sentence arbitrale avec les exigences de l'ordre public. Ce constat se vérifie plus particulièrement en matière d'arbitrage international. L'exemple du juge français est édifiant à cet égard. En effet, la jurisprudence a affirmé que « s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »<sup>1321</sup>. Comme le soulignent, à juste titre, Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, « Ce faisant, la jurisprudence pose des conditions drastiques à la mise en œuvre du contrôle : la violation de l'ordre public doit être flagrante, l'examen nécessaire pour vérifier le bien-fondé de l'allégation d'une telle violation n'autorise pas le juge à déroger à l'interdiction de révision au fond de la sentence »<sup>1322</sup>. Et les auteurs ajoutent : « La jurisprudence française s'est progressivement orientée vers la conception minimaliste du contrôle. Ce faisant, au nom de l'interdiction de révision au fond de la sentence par le juge de l'annulation, il est conduit à n'opérer qu'un contrôle illusoire, limité aux seules apparences de conformité, ou aux seules évidences de contrariété, de la sentence arbitrale à l'ordre public international »<sup>1323</sup>.

En réalité, on constate que les droits nationaux modernes tendent aujourd'hui à adopter une conception restrictive du contenu de l'ordre public concerné dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales internationales, qui se veut moins large que leur ordre public interne. Dans cette perspective, on peut évoquer quelques décisions des tribunaux des pays occidentaux qui s'inscrivent dans cette logique. A ce titre, l'arbitrage rabbinique fournit un exemple intéressant qui mérite d'être mentionné, étant donné qu'il est fondé, à l'instar de l'arbitrage islamique, sur des considérations religieuses. La question s'est posée devant le juge anglais au sujet d'une sentence arbitrale écartant le témoignage féminin. Il s'agit d'un arrêt récent de la High Court of Justice, Queen's Bench Division. Dans cette affaire, les frères Schwebel eurent un différend quant à la répartition des biens de leur père défunt et décidèrent de le soumettre au Beth Din de Londres. Le succombant demanda notamment l'annulation de

---

<sup>1320</sup> Voir à cet égard l'article 1520 du Code français de procédure civile.

<sup>1321</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 4 juin 2008, *Cytec*, D. 2008, p. 2560.

<sup>1322</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 891.

<sup>1323</sup> *Ibid.* p. 892.

la sentence pour irrégularité sérieuse au sens de l'article 68 de l'Arbitration Act. Une des irrégularités soulevées était que toutes les déclarations faites par Mme Schwebel, la veuve du défunt, par ses fils, ses filles et ses gendres n'avaient pas été traitées comme des preuves, conformément à la halakha. Le juge Akenhead décide que la prise en compte de ces témoignages n'aurait rien changé à l'issue du procès. Enfin, il juge qu'il n'y a pas là non plus de contrariété à l'ordre public de nature à invalider la sentence. On constate que le juge anglais s'est montré très libéral à l'égard de l'arbitrage religieux<sup>1324</sup>.

Ce libéralisme du juge étatique s'observe également à propos d'un jugement étranger fondé sur une loi inspirée par la Charia, où le juge a adopté une attitude favorable à cette dernière. Ainsi, un arrêt du Tribunal Fédéral suisse confirme cette lecture<sup>1325</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un crédit documentaire régi par la loi saoudienne et destiné au paiement de l'achat de 30 000 moutons. Le Tribunal Fédéral a considéré que les dispositions relatives aux intérêts moratoires ne pouvaient pas être considérés comme une loi d'application immédiate au sens de l'article 18 de la Loi du Droit International Privé (LDIP). Il a ajouté que l'ordre public suisse ne pourrait faire obstacle à l'application de la loi saoudienne, qui exclut tout intérêt moratoire. Il a souligné que les règles prévoyant des intérêts moratoires (la règle de l'art. 104 Code des Obligations) ne constituaient pas un principe essentiel et fondamental de l'ordre juridique suisse. Le Tribunal a affirmé enfin que l'intérêt moratoire, en droit suisse, n'allait pas de soi car il était exclu dans certaines matières comme dans le domaine de l'assurance sociale et que l'on pouvait attendre des personnes qui se livrent au commerce dans cette région du monde qu'elles prennent en compte cette prohibition<sup>1326</sup>.

---

<sup>1324</sup> Sur cette question, voir François Xavier Licari, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », op. cit., pp. 109-110.

<sup>1325</sup> Tribunal Fédéral Suisse, 30 septembre 1999, *Allgemeine Elsässische Bankgesellschaft, Société Générale Alsacienne de Banque SOGENAL (Suisse) S.A. c/ Al Bank Al Saudi Al Fransi* (recours en réforme), disponible sur le site <<http://www.bger.ch/fr/>>.

<sup>1326</sup> Selon le Tribunal, « Il reste à se demander si le principe d'un intérêt sur le capital, malgré les hésitations auxquelles il a donné lieu dans l'Histoire et le fait qu'il soit encore actuellement condamné par l'Islam, constitue un principe si fondamental de l'ordre juridique suisse actuel qu'il s'oppose par exception à l'application d'une loi étrangère différente. Cette question doit recevoir une réponse négative. En effet, il a été jugé, même en droit suisse actuel, qu'il n'y avait pas d'intérêt moratoire dans le domaine de l'assurance sociale, faute d'une disposition particulière qui le prévoit (cf. ATF 119 V 78 consid. 3 et 4). Même si cette règle s'accompagne d'exceptions qui pourraient s'appliquer en l'espèce, il en résulte néanmoins que l'intérêt moratoire, en droit suisse, ne va pas de soi. Il ne s'agit donc pas d'un principe si fondamental de l'ordre juridique suisse qu'il fasse opposition à l'application de la loi étrangère désignée par le droit international privé suisse ». Tribunal Fédéral Suisse, 30 septembre 1999, *Allgemeine Elsässische Bankgesellschaft, Société Générale Alsacienne de Banque SOGENAL (Suisse) S.A. c/ Al Bank Al Saudi Al Fransi* (recours en réforme), disponible sur le site <<http://www.bger.ch/fr/>>.

La même position semble être adoptée en droit français. Dans une affaire récente, un contrat de construction à Riyad avait été conclu entre une société saoudienne Saudi Basic Industrie Corps et la société SA Thinet International le 27 juin 1998 et soumis au droit saoudien. N'ayant pas été réglée de l'intégralité de ses travaux, la SA Thinet a saisi la section commerciale du Tribunal des doléances (Diwan Al Madalem) pour obtenir le règlement de ce qu'elle considère comme lui étant dû. Il a été fait droit à cette demande par jugement annulé par la juridiction d'appel du Tribunal des doléances pour incompetence de la juridiction commerciale, le litige relevant de la juridiction civile. SA Thinet saisit le tribunal de commerce de Paris qui s'est déclaré compétent par jugement confirmé en appel et en cassation. La SA Thinet interjeta appel contre la décision finale rendue en première instance par-devant la cour d'appel de Paris qui se prononça comme suit<sup>1327</sup> :

« Il est constant que les conventions conclues entre les parties sont soumises au droit saoudien et les parties ont produit les consultations des professeurs Khairallah, Fadlallah et Hallaq desquelles il résulte qu'en droit saoudien :

- La liberté contractuelle est consacrée sous réserve qu'elle respecte les injonctions des textes révélés, le Coran et la Sunna.
- Le contrat a force obligatoire et il est de principe que chacune des parties doit respecter ses promesses et engagements.
- Le contrat doit être exécuté de bonne foi.
- La réparation du préjudice subi du fait d'une violation des obligations contractuelles s'effectue en démontrant l'inexécution des obligations contractuelles, le préjudice et un lien de causalité direct entre le préjudice et la violation des obligations contractuelles.
- L'interdiction du "*gharar*" c'est-à-dire l'aléa ou l'incertitude qu'il s'agisse de l'objet du contrat ou d'événements dont dépendrait la réalisation du contrat.
- La prohibition du "*riba*" prêt à intérêt.

Le Pr Khairallah, sans être démenti par les Prs Hallac et Fadlallah, a également produit la définition du contrat d'entreprise, manifestement applicable à l'espèce, donnée par le Conseil international du droit musulman dans sa décision n° 129 (14/3) : l'entrepreneur doit garantir au cas où il ne respecte pas les conditions du contrat comme il doit garantir pour les malfaçons ou les fautes dont il serait l'auteur. Mais il ne garantit pas ce qui peut survenir du

---

<sup>1327</sup> CA Paris, 6<sup>e</sup> ch ; du 22 mai 2015, n° 13/13797, SA Thinet International Société Saudi Basic Industrie Corp-SABIC, cité par Nathalie Najjar, op, cit, pp. 472-473.

fait du maître de l'ouvrage. Ces dispositions sont conformes à l'ordre public international français, ce qu'aucune des parties ne conteste ».

Au regard de cette jurisprudence, il apparaît que le juge français considère ainsi que la Charia participe du droit saoudien étranger et, à ce titre, les prohibitions de l'aléa et de l'usure ne contreviennent pas à l'ordre public international français. Une telle conclusion fut obtenue sur la base du droit saoudien. On se demande toutefois si cette même solution aurait été identique si la Charia avait été visée en tant que droit détaché de tout ordre étatique, et non en tant que partie du droit étatique<sup>1328</sup>. En effet, la Commission de finance islamique du Comité de droit financier de la Place de Paris a donné une réponse affirmative à cette interrogation. Selon cette Commission, « les règles de la Charia dans ses applications financières (*mou'amalat*) devraient être compatibles avec l'ordre public français. En effet, l'interdiction de l'intérêt (*Riba*), de l'incertitude (*Gharar*) ou encore de la spéculation (*Maysser*) ne sont pas contraires à l'ordre public et, à ce titre, ne sont pas susceptibles de constituer un motif de refus de reconnaissance ou d'exequatur en France d'une sentence arbitrale ou d'un jugement étranger »<sup>1329</sup>. De son côté, Isabelle Riassetto souligne que l'agrément en France d'un fonds d'investissement religieux n'est pas incompatible avec le principe de laïcité<sup>1330</sup>.

Pour la Commission, « les hypothèses de contrariété de la partie de la Charia régissant les financements islamiques à l'ordre public [français] à la fois interne et international, procédural et substantiel, se révèlent être assez limitées »<sup>1331</sup>. Elle ajoute : « En tout état de

---

<sup>1328</sup> Ibid.

<sup>1329</sup> Rapport précité, §5.6.8.

<sup>1330</sup> Isabelle Riassetto, « Le « faith-based », un concept en droit des affaires », in G. Fargat et E. Le Doelley (sous la direction de), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Librairie générale de droit et de jurisprudence-Lextenso, 2010, n° 27 et s.

<sup>1331</sup> Rapport précité, § 5.6.5. A ce titre, le rapport évoque les hypothèses suivantes dans lesquelles la Charia est susceptible d'être en contradiction avec l'ordre public français : « Ainsi, en matière procédurale, parmi les règles de la Charia susceptibles de contrevenir à l'ordre public figurent :

i) la valeur probatoire du témoignage d'une femme. Un texte du Coran (Sourate Al-bagara 282) donne une valeur probatoire équivalente au témoignage d'un homme et celui de deux femmes (en dehors des matières spécifiquement féminines, telle la naissance, où le témoignage d'une femme est suffisant, qui sont en dehors du champ de cette étude) (ii) les doutes sur la juridiction d'un non musulman sur un musulman. Ces doutes se fondent non pas sur un texte du Coran mais sur les enseignements hannafi, maliki et Chafi'i qui interdisent à un non-croyant d'avoir juridiction sur un croyant ; (iii) les doutes sur la juridiction d'une femme sur un homme, mais là aussi sans fondement dans le Coran ni consensus entre les diverses écoles de fiqh. Ainsi, les hannafi acceptent la juridiction de la femme sauf en matière pénale, alors que les Chafi'i la refusent catégoriquement ». Voir Rapport précité. En réalité, comme l'indique le rapport même, ces questions sont controversées en droit musulman et ne sont pas absolues. Dans son audition du 23 mars 2009, le Groupe de travail a interrogé le Cheikh Nizam Yacoubi. A cette occasion, le Cheikh a affirmé que « ces règles discriminatoires n'ont pas vocation à s'appliquer aux financements islamiques et que dans de nombreux Etats à forte population musulmane, et notamment au Bahrein les femmes accèdent sans difficulté à des postes de magistrats. Le Groupe de travail rappelle aussi la nomination en 2008 de la première femme juge d'affaires civiles en Egypte. Elle vient rejoindre d'autres femmes juges en Tunisie, Algérie, Maroc et Syrie ». Voir Rapport précité, § 5.6.5.

cause, en cas de conflit entre une règle de la Charia et une loi de police, seule cette règle sera évincée sans remettre en cause l'efficacité des autres règles de Charia choisie par les parties, et encore moins le principe même de la soumission du contrat en question à la Charia car cela reviendrait à nier la normativité de ses règles »<sup>1332</sup>.

Cet assouplissement de la notion d'ordre public comme limite à la réception des sentences étrangères pourrait s'expliquer, dans une certaine mesure, par l'influence de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>1333</sup>. Cet instrument international revêt une importance particulière dans la mesure où il vise à établir des règles normatives communes pour la reconnaissance et l'exécution par les juridictions étatiques des sentences étrangères et des sentences non nationales. Cette Convention a pour objectif de renforcer la place de l'arbitrage dans le règlement des litiges à travers l'interdiction de toute forme de discrimination envers les sentences étrangères et les sentences non nationales. Elle impose aux Etats de s'assurer que ces sentences soient reconnues et généralement exécutoires sur leur territoire au même titre que les sentences nationales. Dans la même perspective de valorisation de l'institution arbitrale, la convention oblige les juridictions des Etats à donner pleinement effet aux conventions d'arbitrage en renvoyant à l'arbitrage les parties qui les saisissent d'un litige en violation d'une convention d'arbitrage<sup>1334</sup>.

Dans ce cadre, l'article III de la Convention précise que « Chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivie dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, des conditions sensiblement plus rigoureuse, ni des frais de justice sensiblement plus élevé, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales ». A la lecture de cet article, il ressort que la Convention vise à encourager la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans le plus grand nombre de cas. Elle interdit l'imposition par les droits nationaux de conditions de reconnaissance et d'exécution plus strictes que celles prévues dans la Convention, tout en acceptant que continuent d'être appliquées toutes dispositions nationales accordant des droits

---

<sup>1332</sup> Rapport précité, § 5.6.4.

<sup>1333</sup> Cette convention est entrée en vigueur le 7 juin 1959.

<sup>1334</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Vienne, 2015, p. 1.

particuliers plus favorables à la partie qui demande l'exécution de la sentence arbitrale<sup>1335</sup>. A vrai dire, cette tendance du droit international et des droits nationaux à faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales constitue une garantie efficace et réelle pour la prise en compte effective de la Charia lorsqu'elle est appliquée dans un litige.

Au regard de l'ensemble de ces considérations, il apparaît que l'arbitrage conduirait à limiter les effets d'une acculturation forcée de la Charia dans l'ordre juridique du pays de réception. En effet, une sentence arbitrale internationale rendue sur la base de la Charia comme ensemble de règles juridiques non-étatiques sera exécutoire, à l'instar des sentences appliquant la *lex mercatoria* en dehors de toute référence à un ordre étatique. En réalité, l'arbitrage pourrait favoriser la prise en considération de la normativité islamique. Il permet aux individus de mener des activités en conformité avec leurs préceptes religieux et éthiques. Facilitant le dialogue entre le droit musulman et les ordres juridiques étatiques, la technique arbitrale constitue un véritable instrument au service de la compréhension mutuelle entre les différentes cultures juridiques. Comme le souligne Georges Affaki, « 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 »<sup>1336</sup>.

## **Section 2- L'arbitrage, une justice au service d'une solution efficace**

En 1834, un auteur écrivait au sujet de l'arbitrage : « Le moyen le plus prompt, le plus tranquille, le plus honorable et le moins coûteux pour mettre fin à beaucoup de procès entre particuliers, est d'en soumettre la décision à des personnes probes, instruites, intelligentes et impartiales, qui veuillent bien se charger d'une mission aussi délicate, quoiqu'en l'acceptant et en la remplissant avec la plus grande intégrité, le plus grand soin et le plus grand

---

<sup>1335</sup> Ibid. p. 2.

<sup>1336</sup> Georges Affaki, « La Charia en dehors des terres d'islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », op. cit, p. 765. Voir également, Walid Ben Hamida, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », colloque *Arbitrage et religion*, Faculté de droit de Strasbourg, le 7 juillet 2016, p. 3. (en cours de publication, aimablement communiqué par l'auteur).

désintéressement, elles puissent quelquefois être exposées à l'injuste ressentiment de celui qui a été condamné. Ce mode de terminer les procès entre particuliers se nomme arbitrage »<sup>1337</sup>.

Ces propos, qui ont par ailleurs assurément vieilli, résument en réalité les avantages de l'arbitrage. En effet, ce mécanisme de résolution des litiges a connu un développement remarquable notamment depuis la fin du siècle dernier. Il apparaît aujourd'hui comme un phénomène universel qui n'épargne presque aucune sphère d'activité sociale. A l'heure actuelle, il est devenu classique d'affirmer que l'arbitrage est le mode privilégié de règlement des litiges du commerce international. Si la place de l'arbitrage reste encore limitée en matière interne, il est toutefois indéniable que ce mécanisme se développe progressivement dans ce domaine. Dans ces conditions, l'arbitrage s'est affirmé comme une véritable justice. Comme l'indique, à juste titre, Jean-Baptiste Racine, « l'arbitrage est une justice et, plus encore, une bonne justice. Les arbitres sont choisis pour leur compétence, leur expérience, leur savoir-faire, leur réputation [...]. La justice arbitrale est en réalité une autre justice, une justice modelée selon les besoins et la volonté des parties »<sup>1338</sup>. Il s'agit d'une justice « sur mesure »<sup>1339</sup>. Sur le plan fonctionnel, l'arbitre est un juge. Il rend une décision qui a autorité de chose jugée et qui pourra assez facilement donner lieu à une exécution forcée, au terme d'une procédure judiciaire dont le caractère juridictionnel doit être rigoureusement respecté<sup>1340</sup>.

A la lumière de ces données, on peut mieux comprendre les raisons du succès de ce mécanisme : celui-ci permet d'avoir à la fois une justice mieux rendue (§1) et mieux administrée (§2) notamment dans le domaine de la finance islamique.

## **§1. Une justice mieux rendue**

A la différence de la justice étatique, l'arbitrage se caractérise par les libertés qu'il octroie aux parties en litige. En effet, c'est une justice essentiellement construite sur la

---

<sup>1337</sup> M. Ch. *Manuel des arbitres ou traité des principales connaissances nécessaires pour instruire et juger les affaires soumises aux décisions arbitrales*, Arthus-Bertrand, 1834, p. 1.

<sup>1338</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 81.

<sup>1339</sup> Louis Buchman et Eric Loquin, « Préférez l'arbitrage », op. cit., p. 9.

<sup>1340</sup> Dominique Vidal, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 15 ; Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2015.

volonté privée. Elle incarne l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle qui en découle. Ce respect de la libre volonté des parties de choisir le moyen pour trancher leur litige est largement consacré par les juristes musulmans qui ont mis l'accent sur la liberté des parties dans l'aménagement de leurs relations contractuelles. En outre, cette liberté n'est que le reflet des principes de droit musulman qui garantissent le respect de la liberté individuelle dans le cadre des limites posées par la Charia. Cela est d'autant vrai que cette dernière a consacré l'autonomie de la volonté comme principe fondamental. Sur ce fondement, l'arbitrage présente le grand avantage d'accorder aux parties la possibilité de choisir leurs juges. En réalité, ce mécanisme est particulièrement bien adapté aux contentieux relatifs à la finance islamique. Ces litiges sont d'une très grande technicité, c'est pourquoi ils appellent des connaissances particulières. Dans un litige de financement islamique, on trouve plusieurs dimensions qui exigent des compétences et des expériences particulières. Il y a une dimension financière assez technique tenant à la singularité et à la complexité de certains mécanismes de la finance islamique. De plus, ces mécanismes ne cessent de se développer, ce qui nécessite la mise en place des modes de règlement de litiges mieux adaptés intégrant des compétences et des expériences qui puissent rendre compte de ces données et des fonctions de la finance en islam. On trouve aussi un aspect purement religieux qui nécessite une connaissance et une expertise religieuses approfondies pour assurer la conformité des pratiques et des solutions rendues avec l'idéal religieux qui justifie et sous-tend ce secteur d'activité. Celui qui est appelé à trancher un litige de financement islamique doit avoir des connaissances profondes des fondements, principes, règles et finalités de la Charia. Il faut ajouter aussi le Fiqh des transactions. Enfin, il y a une dimension juridique non négligeable qui doit également être prise en compte pour garantir un arbitrage efficace donnant lieu à des sentences dont la reconnaissance et l'exécution peuvent être obtenues sans difficultés et obstacles.

Au regard de ces données, il sera possible, par exemple, dans un litige de financement islamique, de désigner comme arbitres des spécialistes en finance islamique et des non spécialistes (juriste, Docteur en religion musulmane notamment en matière des transactions, spécialiste en finance moderne). Cette configuration du tribunal arbitral pourra assurer une solution à la fois conforme aux principes et règles de la Charia et efficace du point de vue juridique et pratique. Ainsi, plutôt que de désigner un expert qui viendrait éclairer le juge étatique sur les aspects techniques et religieux d'un dossier relatif à la finance islamique, l'arbitrage permet de désigner comme arbitre, et donc comme juge, des connaisseurs et

spécialistes en finance islamique. Grâce à l'arbitrage, on peut transformer l'expert en juge. De ce point de vue, l'arbitrage apparaît fondamentalement comme une « justice expertale »<sup>1341</sup>.

La possibilité offerte aux parties de choisir leur juge revêt une dimension particulière en matière de finance islamique. Les parties ont ainsi la possibilité de choisir un juge neutre, qui n'est pas celui de l'une des parties. Or, le souci de neutralité de la justice est particulièrement présent dans le domaine de la finance islamique. Aucune partie ne tient particulièrement à ce qu'un éventuel litige contractuel soit porté devant les juges de son cocontractant. Cette préoccupation est singulièrement forte dans le cas des litiges relatifs aux contrats opposant des institutions financières islamiques à un Etat ou un organisme public et un opérateur étranger. Même si le juge de l'une des parties ne peut être systématiquement soupçonné de partialité, cette partie partage à tout le moins avec elle « un même héritage culturel, que ce soit sur le plan linguistique, économique, ou surtout juridique »<sup>1342</sup>. En bref, devant le juge étatique, l'une des parties conserve généralement l'avantage de « jouer à la maison »<sup>1343</sup>. L'arbitrage peut, à cet égard, rassurer les parties en offrant, non seulement un juge neutre, mais aussi et plus généralement un « terrain » neutre. A noter que si chacune des parties souhaite très souvent nommer un arbitre de sa nationalité, cela ne remet pas en cause la neutralité des arbitres ainsi désignés.

L'autonomie de la volonté des parties, en matière d'arbitrage, se manifeste plus particulièrement à travers la liberté reconnue aux parties de déterminer la loi applicable au litige. En effet, il leur appartient de fixer elles-mêmes, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la procédure à suivre, les modalités de la formation du tribunal arbitral, le droit applicable au fond du litige. Comme cela a déjà été indiqué, cette liberté a été consacrée par les traités internationaux et la quasi-totalité des législations nationales relatives à l'arbitrage. Désormais, la liberté des parties dans ce domaine est totale. Comme le soulignent Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, « Cette exaltation de l'autonomie de la volonté des parties, qui se trouvent ainsi affranchies de toutes les contraintes proprement étatiques, est certainement le trait essentiel de l'évolution

---

<sup>1341</sup> Cette expression est empruntée à Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 81.

<sup>1342</sup> Yves Derains, « Sources et domaine d'application du droit français de l'arbitrage international », in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Feduci, 1984, p. 1 et s.

<sup>1343</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 55.

contemporaine de l'arbitrage commercial international. Elle n'a pu se réaliser d'un point de vue théorique, qu'en s'appuyant sur le fondement conventionnel de ce mécanisme»<sup>1344</sup>.

En conséquence, l'arbitrage permet l'application des règles et principes de la Charia, qui sont plus proches des besoins des opérateurs de la finance islamique et de la nature des litiges qui en sont issus. Il permet également de respecter la volonté des parties dans la mise en œuvre de la Charia comme base régissant leurs activités économiques et financières. Notons que l'application de celle-ci constitue une obligation religieuse qui doit être respectée aussi bien dans l'exercice de l'activité financière que dans le règlement des litiges que cette activité pourrait engendrer. Avec l'arbitrage, les opérateurs de la finance islamique peuvent se démarquer des règles de droit et de procédures étatiques qui sont dans l'immense majorité des cas incompatibles avec les sources normatives islamiques. Dans cette perspective, René David affirme que les parties, par l'arbitrage, peuvent se passer du « droit des juristes »<sup>1345</sup>. Ce raisonnement est transposable à la finance islamique. On peut dire que par l'arbitrage, les opérateurs de la finance islamique peuvent se passer d'un droit étatique séculier qui s'éloigne de la philosophie financière islamique. En ce sens, la justice arbitrale permet d'intégrer le règlement des litiges relatifs à la finance islamique dans une vision respectueuse des principes et règles qui sont à la base de ce secteur d'activité. En d'autres termes, ce mécanisme assure la mise en œuvre de la normativité islamique comme fondement régissant le règlement des différends relatifs aux activités financières islamiques.

Ce résultat ne peut pas, nous semble-t-il, être atteint si les litiges relatifs à la finance islamique sont soumis au juge étatique. En réalité, celui-ci agit en principe dans le carcan de son ordre juridique<sup>1346</sup>. Il n'est pas libre dans le choix du droit applicable au litige dont il est saisi. Il doit appliquer les règles de son ordre juridique. De plus, son pouvoir d'interprétation s'opère dans le cadre défini par cet ordre juridique. Tous ces éléments contribuent à réduire très largement son pouvoir normatif. Comme déjà mentionné, le juge étatique, par sa pratique judiciaire et l'application de son ordre juridique, a vidé les contrats de financement islamique de leur substance et leur contenu en requalifiant ces contrats pour les mettre en conformité avec les règles nationales. Cette opération de requalification résulte du fait que ces contrats islamiques de financement sont inconnus du juge étatique. Comme l'indique, à juste titre,

---

<sup>1344</sup> Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Editions Litec, 1996, p. 35-36.

<sup>1345</sup> René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 20.

<sup>1346</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 83.

Houssein Hamed, « tous les contrats de finance islamique sont des contrats islamiques sans équivalents dans les législations étatiques. Si ces contrats trouvent leur source dans le fiqh islamique, la question se pose de savoir comment ces contrats peuvent être interprétés par des juridictions qui n'appliquent pas la Charia »<sup>1347</sup>.

Aussi, la possibilité offerte aux parties de choisir la Charia à titre de loi applicable au litige permet de neutraliser les facteurs nationaux et locaux et la divergence doctrinale qui peut être observée entre les différents pays musulmans, et une véritable adaptation du règlement du litige aux besoins des activités financières islamiques. Autrement dit, avec l'arbitrage, les opérateurs de la finance islamique peuvent échapper aux contraintes étatiques, qu'elles soient d'ordre procédural ou relatives au fond du litige, ainsi qu'aux particularismes nationaux, qu'ils soient juridiques ou culturels. Par exemple, les parties peuvent choisir au sein de la Charia les règles qui leur semblent les mieux adaptées à la nature du litige. Ils seront en mesure de choisir des règles tirées de plusieurs écoles juridiques. Nous y reviendrons plus loin.

A la lumière de ces éléments, on peut dire que la justice arbitrale contribue assurément à avoir une justice empreinte d'universalisme juridique, et à pallier l'absence de juridiction islamique véritablement internationale pour la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Elle offre aux opérateurs de la finance islamique non seulement une justice véritablement internationale dégagée des ordres juridiques nationaux et des particularismes culturels locaux, mais également des principes et règles transnationales des litiges adaptés aux besoins de l'industrie financière islamique et qui pourraient profiter à tous les opérateurs de la finance islamique. Tout cela participe au développement harmonieux et cohérent de ce secteur d'activité et au renforcement de son efficacité et de son rôle dans le monde financier moderne.

Considérer l'arbitrage comme une garantie d'une justice efficace tient aussi au caractère juridictionnel de ce mécanisme. En effet, le caractère juridictionnel de l'arbitrage est aujourd'hui incontestable. A la différence des modes amiables de règlement des litiges, l'arbitre a pour mission de rendre une décision de justice<sup>1348</sup>. Il s'agit donc d'un organe juridictionnel. C'est la raison pour laquelle l'arbitre doit respecter les principes directeurs du procès, en particulier le contradictoire et la motivation de la sentence. Comme l'indique

---

<sup>1347</sup> Houssein Hamed, « Les institutions financières islamiques entre le recours aux juridictions anglaises ou la mise en place des lois spéciales », *Al Charek al awssat*, n° 11186, 2009.

<sup>1348</sup> Philippe Pinsolle, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Revue Arbitrage*, 2001, p. 385.

Dominique Vidal, « La sentence arbitrale tranche un litige entre deux parties d'égale condition juridique d'une manière qui doit permettre à chacune d'être entendue, de présenter ses arguments de fait et ses moyens de preuve, d'argumenter sa position en droit, d'exercer les droits de sa défense »<sup>1349</sup>. La sentence, étant un acte juridictionnel, a naturellement l'autorité de la chose jugée<sup>1350</sup>. Dès qu'elle est rendue, la sentence bénéficie de cette autorité relativement à la contestation qu'elle tranche. C'est un effet de plein droit attaché à la sentence. Il n'est pas nécessaire d'accomplir une formalité particulière<sup>1351</sup>. Revêtue de l'autorité de la chose jugée, la sentence arbitrale s'impose également aux parties. Elle est exécutoire : si l'une des parties vient à refuser d'appliquer la sentence, il est possible de recourir au juge étatique pour assurer l'exécution forcée de celle-ci. Néanmoins, le recours à l'exécution forcée doit normalement être exceptionnel dans la mesure où ce mécanisme repose sur la volonté des parties et leur liberté contractuelle. De plus, cette faculté ne remet pas en cause le caractère « lénifiant »<sup>1352</sup> de la justice arbitrale. En réalité, même avec le développement du caractère contentieux de l'arbitrage, ce mécanisme demeure une justice pacificatrice. Il aide à réconcilier les parties de manière à leur permettre de reprendre le cours normal de leurs activités. Il oblige les parties à coopérer de bonne foi durant la procédure. Dans la justice arbitrale, la notion de loyauté occupe une place très importante. Nous sommes donc en présence d'une procédure particulièrement attentive à cette idée.<sup>1353</sup> Cette dimension de l'arbitrage tient une place singulière dans la Charia. Celle-ci met l'accent sur la nécessité de garder les relations fraternelles et amicales dans tous les domaines de la vie sociale. Elle œuvre pour fonder une société harmonieuse et pacifique.

Un autre avantage de l'arbitrage est à signaler, il revêt une importance toute particulière en matière de finance islamique. Comme nous l'avons déjà vu, l'arbitrage permet de rendre des sentences dont la reconnaissance et l'exécution peuvent être obtenues sans grandes difficultés, grâce notamment à l'ouverture du juge étatique vis-à-vis de l'arbitrage international. Cette tendance tient aussi à l'influence accrue des conventions internationales, spécialement la Convention de New York du 10 juin 1958. Avec l'arbitrage, les institutions financières islamiques seront naturellement en mesure d'obtenir plus facilement l'exécution

---

<sup>1349</sup> Dominique Vidal, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 21.

<sup>1350</sup> Dominique Hascher, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Trav. Com. Fr. DIP*, 2000-2002, p. 17.

<sup>1351</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, pp. 538-539.

<sup>1352</sup> Henri Motulsky, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 2010, p. 29.

<sup>1353</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p.84

d'une sentence arbitrale fondée sur la Charia dans un pays étranger que celle d'un jugement d'une juridiction d'Etat.

## §2. Une justice mieux administrée

L'arbitrage apparaît comme une justice mieux administrée étant donné ses avantages par rapport à la justice étatique. Il n'est pas douteux que la justice arbitrale est plus rapide que la procédure judiciaire. Les lenteurs et la longueur de la justice étatique sont parfois remarquables. En tant que justice rapide, l'arbitrage concourt à réaliser les finalités de la Charia qui ordonnent la résolution des litiges de façon rapide. La célérité de la justice arbitrale s'explique par plusieurs facteurs. L'arbitre, n'étant pas un juge professionnel, est en principe celui de l'affaire pour laquelle il a été nommé et peut donc, en théorie au moins, s'y consacrer immédiatement et pleinement, contrairement au juge étatique qui doit gérer plusieurs affaires en même temps. De plus, la possibilité offerte aux parties de choisir l'arbitre leur permet de désigner une personne qualifiée dans le domaine concerné par le litige et peut ainsi éviter le recours aux experts, souvent facteurs de délais supplémentaires.<sup>1354</sup> En tant que mécanisme fondé sur l'autonomie de la volonté, l'arbitrage permet aux parties de choisir des règles de procédure plus souples, et moins formalistes que celles suivies devant la justice publique. Cela permet d'avoir une sentence rapide en évitant la complexité procédurale qui caractérise la plupart des juridictions étatiques. L'arbitrage reste une justice flexible : les parties et les arbitres peuvent très largement organiser l'instance comme ils l'entendent, en alliant par exemple les procédures écrites et orales. De plus, les parties peuvent déterminer le délai à l'issue duquel une sentence définitive doit être rendue<sup>1355</sup>. Il faut souligner aussi que l'arbitrage ne subit pas, en principe, la contrainte du double degré de juridiction inhérent à la justice étatique et les problèmes relatifs à la notification qui allongent les procédures.

La rapidité de l'arbitrage tient également aux habitudes de ceux qui administrent la procédure. En effet, pour une personne qui fait fonction d'arbitre, le dossier d'arbitrage est toujours un dossier prioritaire. Pour l'ensemble des intervenants (arbitres et avocats), il est nécessaire d'adapter le calendrier de la procédure aux circonstances dans le respect du

---

<sup>1354</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p.51

<sup>1355</sup> Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2015, p. 249.

principe de la contradiction. Force est de constater que le développement technologique contribue assurément à la célérité de la justice arbitrale. Le rôle de la communication moderne est particulièrement significatif à cet égard. En effet, il arrive parfois que plusieurs messages dont l'objet est de régler une question procédurale interviennent au cours de la même journée. Notons que le règlement de la même difficulté par la voie judiciaire nécessite plusieurs semaines, voire plusieurs mois.<sup>1356</sup> En outre, en matière internationale, l'arbitrage permet aux parties d'échapper aux difficultés liées à la détermination de la juridiction compétente, parfois problématique et également source de délais<sup>1357</sup>. Il est à noter que la justice arbitrale elle-même ne se désintéresse pas des questions de rapidité, comme le montre la création par plusieurs institutions d'arbitrage de procédures de référé arbitral. On assiste désormais au développement d'une justice arbitrale d'urgence.<sup>1358</sup>

La question de la rapidité est importante en matière financière et économique. En effet, le délai dans lequel une solution définitive est trouvée à un litige de droit des affaires a le plus souvent une valeur économique en soi. Il est évident qu'un règlement rapide d'un litige lié à ce secteur d'activité est une nécessité et une exigence fondamentale, étant donné le caractère très changeant des matières financières et économiques. Ce point revêt encore une dimension toute particulière en matière de finance islamique. En réalité, tout retard dans le règlement des litiges a un impact très négatif sur les institutions financières islamiques, dans la mesure où ces institutions, à la différence des institutions financières classiques, ne peuvent pas toucher d'intérêts moratoires en raison de l'interdiction de cette pratique en droit musulman. A cela il faut ajouter les pertes qui pourraient résulter du fait que les sommes litigieuses n'ont pas pu être investies tout au long de la procédure de règlement du litige.<sup>1359</sup>

La justice arbitrale présente également un autre avantage : la confidentialité. Cet aspect occupe une place importante dans la Charia. En effet, celle-ci se préoccupe du respect de la vie privée des gens et ordonne son respect. C'est d'ailleurs l'arbitrage qui garantit le respect de la vie privée en application du principe de discrétion des séances et des procédures. La confidentialité est considérée comme un trait marquant de l'institution arbitrale. C'est généralement à cet avantage que les opérateurs du monde financier pensent en premier. La justice étatique est publique par essence. Tout est subordonné à la règle de publicité : le litige,

---

<sup>1356</sup> Dominique Vidal, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 18

<sup>1357</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 51

<sup>1358</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p.84

<sup>1359</sup> Aasem Madkhali, *Le rôle de la supervision des banques islamiques, approche islamo-juridique*, Thèse de droit, Université Côte d'Azur, 2016, p. 473.

sa nature, les moyens présentés, le jugement, etc. Or, les institutions financières ont souvent un intérêt à tenir secrets les litiges qui les opposent. C'est ce que permet l'arbitrage. Par cette forme de justice, le litige, son contenu et son issu pourront demeurer totalement confidentiels. Il s'agit en effet d'une justice privée sous tous ses aspects<sup>1360</sup>, ou d'un mode confidentiel de règlement du litige. C'est chose précieuse, notamment en matière de finance islamique puisque la confidentialité permet de protéger les secrets professionnels des clients et des institutions financières et de préserver l'image de ces dernières dans le marché<sup>1361</sup>. Cependant, ce trait fondamental de l'arbitrage pourrait faire obstacle à une connaissance significative des décisions rendues et à l'émergence de ce qui pourrait constituer une « jurisprudence arbitrale islamique ». Cela empêche la formation d'une référence homogène et cohérente en matière de règlement des litiges qui puisse contribuer à l'essor de l'industrie financière islamique<sup>1362</sup>.

L'arbitrage peut être considéré comme une justice moins coûteuse notamment au regard de la rapidité avec laquelle une décision définitive peut être trouvée. En effet, cette rapidité a une incidence favorable sur les autres coûts du procès tels que les frais et honoraires d'avocats, ou les coûts difficilement mesurables mais bien réels et considérables que représentent les frais des cadres et autres services internes à l'institution qui suivent le procès<sup>1363</sup>. Il faut ajouter aussi le risque de déstabilisation de l'institution qu'un procès important peut provoquer, risque d'autant plus grave que le procès dure dans le temps. L'inutilité du recours à l'expertise, lorsque les arbitres sont eux-mêmes des experts, l'absence de formalisme (si les parties optent pour une procédure simplifiée comme le choix d'un arbitre unique ou le choix de règles de procédure accélérée) qui élude l'intervention d'auxiliaires de justice, et surtout l'absence de double degré de juridiction réduisent sensiblement l'écart existant entre le coût de la procédure arbitrale et celui de la procédure judiciaire<sup>1364</sup>. De plus, l'arbitrage permet aux parties de choisir l'endroit du déroulement de l'instance arbitrale ; il est également possible aux parties d'utiliser les moyens de communication modernes. Tout cela leur permet d'éviter le déplacement et par conséquent de réduire les coûts de la procédure.

---

<sup>1360</sup> Eric Loquin, « La nature privée de l'arbitrage explique que le tribunal arbitral n'est pas assujéti au principe de publicité », in *Arbitrage. Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients*, Jurisclasseur Pro. Civ, Fasc. 1005, 1997, n° 100.

<sup>1361</sup> Mohammad Al Awadi, *L'arbitrage dans les transactions bancaires* (en arabe), Dar al Nahda, le Caire, 2010, p. 62.

<sup>1362</sup> Nous allons développer ces aspects dans le titre suivant.

<sup>1363</sup> Dominique Vidal, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 20.

<sup>1364</sup> Louis Buchman et Eric Loquin, « Préférez l'arbitrage », op, cit, p. 9.

Il faut également garder à l'esprit que la procédure judiciaire étatique engendre des frais calculés en fonction de la valeur de chaque procès. Comme les litiges relatifs à la finance islamique impliquent dans la plupart des cas des sommes importantes, le recours à l'arbitrage permet aux parties d'éviter les frais liés au procès pratiqué devant les tribunaux étatiques.

Tous ces éléments contribuent à relativiser la critique traditionnellement adressée à l'égard de l'arbitrage qui est considéré par certains comme une « justice de luxe, réservée aux plaideurs fortunés »<sup>1365</sup>. En réalité, comme l'indiquent Louis Buchman et Eric Loquin, « le caractère excessif du coût de l'arbitrage n'est pas une fatalité, et les parties ont leur mot à dire pour que le coût soit limité »<sup>1366</sup>.

Outre les avantages évoqués précédemment, il est intéressant de souligner les avantages spécifiques de l'arbitrage *ad hoc* et de l'arbitrage institutionnel. Le premier type d'arbitrage présente des avantages sérieux : caractère informel, plus grande rapidité, coût généralement plus réduit, etc. Ces avantages de l'arbitrage *ad hoc* tiennent au fait que les parties maîtrisent toute la procédure arbitrale. C'est ce type d'arbitrage qui permet véritablement aux parties de façonner une justice « sur mesure »<sup>1367</sup>. L'arbitrage institutionnel présente de nombreux avantages :

- Il apporte de la sécurité juridique, par la référence à un règlement d'arbitrage et par l'intervention d'une institution<sup>1368</sup>. Dans la mesure où l'institution choisie est compétente et sérieuse, l'arbitrage est placé sous de bons auspices. Dans ce cas, le recours à l'arbitrage institutionnel est gage de qualité. Cela se vérifie au niveau des arbitres qui vont trancher le litige, des règles régissant la procédure, de la sentence.
- Ce recours est aussi gage d'efficacité de la solution donnée au litige<sup>1369</sup>.
- Les institutions d'arbitrage disposent normalement des listes d'arbitres experts dans les diverses matières. Cela facilite le choix pour les parties en litige et réduit le temps de recherche de personnes compétentes dans la matière litigieuse<sup>1370</sup>.
- Ce type d'arbitrage présente des garanties quant à la bonne administration de la procédure, étant donné que l'institution d'arbitrage intègre des infrastructures

---

<sup>1365</sup> Yves Guyon, *L'arbitrage*, Paris, Economica, 1995, n° 8.

<sup>1366</sup> Louis Buchman et Eric Loquin, « Préférez l'arbitrage », op, cit, p. 9.

<sup>1367</sup> Pierre Lalive, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc », in Etudes P. Bellet, Litec, 1991, p. 301.

<sup>1368</sup> Emanuel Jolivet, « L'intérêt de recourir à une institution d'arbitrage. L'exemple de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI », in *Liber Amicorum in honour of R. Briner*, ICC, 2005, p. 413.

<sup>1369</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 84.

<sup>1370</sup> Khaled Okasha, *Le rôle de l'arbitrage dans le règlement des litiges relatifs aux contrats d'investissement*, op, cit, p. 178.

techniques et humaines importantes qui assurent le suivi des différents dossiers pendant toutes les étapes procédurales.

- La sauvegarde des dossiers traités. Cela permet aux parties de récupérer en cas de besoin ces dossiers, les sentences rendues, les rapports des experts, etc. Cela ne se trouve pas avec l'arbitrage *ad hoc*.
- L'arbitrage institutionnel évite les difficultés qui pourraient survenir au début de l'arbitrage *ad hoc*, tels que le refus de l'une des parties de désigner son arbitre, la récusation de l'arbitre, la carence de l'arbitre dans l'accomplissement de sa mission, etc.
- Avec l'arbitrage institutionnel, le problème de la détermination du lieu de l'arbitrage ne se pose pas. En principe, l'arbitrage se déroulera dans le siège de l'institution sauf convention contraire des parties. Ce point est important car l'imprécision du lieu de l'arbitrage est souvent source de conflits<sup>1371</sup>.

A la lumière des avantages de l'arbitrage institutionnel, il nous semble que cette forme de justice est mieux adaptée aux litiges de financement islamique. Elle pourrait contribuer au développement de la finance islamique, dans la mesure où il s'agit d'un arbitrage bien organisé et de plus en plus universalisé.

Au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que plusieurs raisons peuvent expliquer l'importance de l'arbitrage en matière de finance islamique. L'arbitrage est une forme de justice dont le principal avantage reste sa remarquable adaptabilité. Justice sur mesure, l'arbitrage permet aux opérateurs de la finance islamique de trancher leurs différends tout en respectant leur volonté et en conservant leurs relations d'affaires. Il s'agit d'un mode de règlement des litiges moins « traumatisant »<sup>1372</sup> que la juridiction étatique. De plus, ce mécanisme permet la résolution des litiges de financement islamique par des arbitres compétents et ayant une expertise solide et reconnue dans ce secteur d'activité, ce qui aboutit finalement à la considération des principes et règles de la Charia régissant la finance islamique. L'arbitrage assure aussi une certaine neutralité et un certain universalisme de la justice des litiges de financement islamique.

---

<sup>1371</sup> Abdel Sattar Khweilidi, « Le centre islamique international de la conciliation et de l'arbitrage de Dubaï » (en arabe) in Les banques islamiques entre la réalité et l'espérance, Conférence organisée par l'administration des affaires islamiques à Dubai, du 31 mai au 3 juin 2009, p. 13-14.

<sup>1372</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit, p.57.

Il faut ajouter à ces divers avantages l'efficacité indéniable de cette justice. Cette efficacité résulte essentiellement de la bienveillance manifestée par la plupart des Etats à son égard. En effet, les droits étatiques assurent la pleine efficacité des sentences arbitrales en les soumettant à un régime de reconnaissance et d'exécution sur leur territoire particulièrement favorable.

Toutes ces données contribuent à faire de l'arbitrage un mécanisme très efficace dans l'appréciation de la particularité et de la nature singulière de la finance islamique : il s'agit en réalité d'une institution particulièrement utile au développement de l'industrie financière islamique, et même indispensable à l'essor des activités et des institutions financières islamiques.

## **Titre 2. Les perspectives de l'évolution de l'arbitrage appliqué à la finance islamique**

Le droit musulman de l'arbitrage a connu un développement non négligeable au cours des deux derniers siècles à travers les œuvres de la Mejjelle ottomane et de l'Académie internationale de Fiqh. Néanmoins, malgré son importance, ce développement s'avère limité dans la mesure où il demeure tributaire de la pensée juridique islamique classique. En s'inscrivant dans la continuité doctrinale, cette œuvre n'a pas pris suffisamment en considération les nouvelles conditions économiques et sociales. C'est pourquoi, un nouvel effort de modernisation a été envisagé au cours du 21<sup>ème</sup> siècle. Celui-ci a pris deux directions, doctrinale et institutionnelle. Sur le plan doctrinal, l'œuvre a été menée par *l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions* (AAIOFI), une des institutions fondamentales de l'industrie financière islamique. Sur le plan institutionnel, le développement se manifeste par l'apparition des centres islamiques d'arbitrage comme le Centre Islamique International pour la Conciliation et l'Arbitrage (IICRA).

En dépit de son importance, ce renouvellement doctrinal et institutionnel a besoin d'un nouvel effort de rénovation et d'adaptation. Cela s'avère nécessaire dans le contexte actuel.

L'objectif est de renforcer le rôle de l'arbitrage dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Ce point revêt une importance toute particulière dans la mesure où ce mécanisme devrait être considéré comme la justice naturelle des litiges de financement islamique, étant donné les nombreux avantages qu'il offre aux opérateurs de la finance islamique. Au-delà de la résolution des litiges, l'effort de rénovation vise également à faire de l'arbitrage une institution fondamentale de l'industrie financière islamique et un pilier de ce secteur d'activité. Une fois rénové et renouvelé, l'arbitrage serait en mesure d'assurer, d'une part, le respect de la singularité de la finance islamique et, d'autre part, de contribuer efficacement à la promotion de la finance islamique et à l'essor quantitatif et qualitatif de cette activité.

Cela dit, les perspectives de rénovation et de renouvellement de l'arbitrage posent logiquement deux questions fondamentales. La première concerne les sources d'inspiration de la modernisation : sur quelle base le renouvellement de l'arbitrage islamique peut-il être réalisé ? En effet, les principes du droit moderne de l'arbitrage constituent la référence ou la source d'inspiration du mouvement de rénovation de l'arbitrage islamique. Sans ces principes, la justice arbitrale ne pourrait pas jouer efficacement son rôle dans le domaine de la finance islamique. Il convient de souligner qu'en droit musulman classique, ces principes n'étaient pas consacrés malgré l'importance de l'arbitrage dans ce droit. C'est pourquoi un renouvellement sur la base du droit moderne de l'arbitrage s'avère nécessaire (**Chapitre 1**). La seconde question a deux aspects : d'une part, les manifestations institutionnelles qui expriment la rénovation de l'arbitrage islamique ; d'autre part, les zones qui exigent une nouvelle réflexion. Dans cette optique, on peut s'interroger sur les matières qui sont prioritairement visées par le mouvement de modernisation afin de renforcer le rôle de l'arbitrage en matière de finance islamique (**Chapitre 2**).

# **Chapitre 1. Les principes du droit moderne de l'arbitrage comme source de modernisation de l'arbitrage islamique et la nécessité de leur consécration dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique**

Le développement remarquable de la justice arbitrale, notamment en matière de commerce international, pose la question de la place de cette institution et son rôle dans la régulation et la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, l'arbitrage islamique a connu une évolution importante ces dernières années en s'inspirant des principes du droit moderne de l'arbitrage. Une telle inspiration devrait normalement permettre à l'arbitrage islamique de jouer en matière de finance islamique un rôle comparable à celui de l'arbitrage dans le domaine du commerce international.

D'une justice exceptionnelle et critiquée au motif de sa concurrence avec la justice étatique, l'arbitrage apparaît aujourd'hui comme une institution qui vient compléter la justice offerte par les tribunaux nationaux notamment dans les matières où ces tribunaux ne sont pas en mesure d'offrir une justice efficace, rapide et adaptée aux besoins des opérateurs de la vie économique moderne. A l'heure actuelle, il est devenu classique d'affirmer que l'arbitrage est le mode de droit commun, usuel, ordinaire ou habituel de résolution des litiges du commerce international. De même, ce mécanisme devrait être la justice naturelle ou le mode privilégié de résolution des différends relatifs à la finance islamique. Même en matière interne, la justice arbitrale connaît un important développement<sup>1373</sup>. Comme le souligne Yves Derains, au cours de ces dernières années, et surtout dans les années 1980, « l'arbitrage s'est affirmé comme le mode ordinaire de résolution des litiges du commerce international. L'intense activité législative qui s'est développée pendant cette période pour moderniser les droits nationaux de l'arbitrage en témoigne »<sup>1374</sup>.

Cet essor de l'arbitrage a des répercussions importantes sur plusieurs niveaux. Au niveau national, la plupart des Etats ont modernisé leurs législations internes relatives à l'arbitrage en vue de prendre en considération les nouvelles tendances dans ce domaine. Au niveau international, on assiste à la prolifération des conventions internationales portant sur

---

<sup>1373</sup> Hafida Al Hadad, *Les tendances contemporaines concernant la convention d'arbitrage* (en arabe), Dar al fikr al jammiy, Alexandrie, 2001, p.7 ; Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p.50.

<sup>1374</sup> Yves Derains, *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*, Clunet, 1993, p. 829 et s.

l'arbitrage et à l'augmentation du nombre des Etats qui y ont adhérents. Au niveau islamique, cet essor a joué un rôle important dans le renouvellement de la conception islamique de l'arbitrage. En atteste, notamment, l'œuvre normative de *l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI) et l'émergence des Centres internationaux islamiques d'arbitrage. En effet, les règlements de ces Centres reposent largement sur les principes du droit moderne de l'arbitrage. Ce qui contribue à renforcer leur place dans le domaine de la résolution des litiges de financement islamique.

De plus, ces concepts et principes doivent être adoptés et consacrés dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. En réalité, une telle consécration conduit normalement à l'amélioration de la place et de l'efficacité de la justice arbitrale dans le règlement des différends liés à cette finance. Ce point revêt une grande importance dans ce secteur d'activité, puisque les litiges nés des contrats de financement islamique supposent l'existence d'un arbitrage efficace et cohérent qui serait fondé sur des principes juridiques aptes à prendre en considération les besoins des opérateurs de l'industrie financière islamique. Cela dit, ces nouveaux concepts et principes juridiques ont constitué une source d'inspiration importante de la modernisation du droit musulman de l'arbitrage. En outre, ils devraient être adoptés par les acteurs de l'arbitrage islamique. En réalité, ces principes primordiaux pour la finance islamique s'articulent autour de deux axes : d'une part, la convention d'arbitrage (**Section 1**), et d'autre part, la juridictionnalisation de l'arbitrage (**Section 2**).

## **Section 1. Principes et effets de la convention d'arbitrage**

Les principes et les effets de la convention d'arbitrage occupent une place importante en matière de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, selon ces principes essentiels, l'arbitrage est une justice qui se fonde sur une base conventionnelle. Il faut donc que les parties à un contrat de financement islamique soient d'accord pour y recourir. C'est en effet l'accord de volonté ou le consentement des parties qui fonde le recours à ce mode particulier de règlement des litiges et qui attribue compétence aux arbitres pour régler le litige

de financement islamique<sup>1375</sup>. De ce fait, le droit de l'arbitrage fait partie de la grande famille du droit des contrats.

L'accord s'exprime concrètement dans une convention d'arbitrage. De manière générale, en matière de finance islamique comme dans les autres matières, la convention d'arbitrage peut être définie comme la convention par laquelle les parties à un contrat de financement islamique décident de faire trancher par un ou plusieurs arbitres, généralement de confession musulmane et ayant des compétences en finance islamique, les litiges déjà nés ou à naître entre elles<sup>1376</sup>. Philippe Fouchard définit l'arbitrage de la manière suivante : « Par arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent »<sup>1377</sup>. Selon René David, « L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquels tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'Etat »<sup>1378</sup>. Dans le même ordre d'idées, deux auteurs suisses donnent la définition suivante : « L'arbitrage est un mode privé de règlement des litiges fondé sur la convention des parties ; il se caractérise par la soumission d'un litige à des simples particuliers choisis, directement ou non par les parties. En matière internationale, cette définition est préférable à celle, négative, du droit interne, pour qui la caractéristique principale de l'arbitrage serait la soustraction du litige aux juridictions de droit commun »<sup>1379</sup>.

Globalement, dans le domaine de la finance islamique comme dans les autres domaines, la convention d'arbitrage prend deux formes : la clause compromissoire et le compromis. A ce titre, Thomas Clay indique que « la convention d'arbitrage est le genre dont la clause compromissoire et le compromis sont les espèces »<sup>1380</sup>. Selon l'article 1442 du Code de procédure civile français, « la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire et d'un compromis ».

---

<sup>1375</sup> Ousmane Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, n° 146 et s.

<sup>1376</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 79.

<sup>1377</sup> Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, n° 11.

<sup>1378</sup> René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982, p. 9.

<sup>1379</sup> Dutois Knoepfer et Lalive Mercier, *Rép. D. Inter. Privé suisse*, t. 1, p. 241.

<sup>1380</sup> Thomas Clay, « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », JDI, 2012, p. 443 et s.

En matière de finance islamique, la clause compromissoire<sup>1381</sup> peut être définie comme la convention par laquelle les parties à un ou à plusieurs contrats de financement islamique s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Il s'agit donc d'une clause prévoyant le recours à l'arbitrage en cas de litige futur et éventuel portant sur un contrat de financement islamique<sup>1382</sup>. Autrement dit, la clause compromissoire est l'acte conclu à un moment où tout va bien, par des parties engagées dans des relations contractuelles, et en vue de la résolution des éventuels litiges qui pourraient naître de ces relations dans le futur<sup>1383</sup>. Elle est une convention qui se suffit à elle-même : sa stipulation fonde l'engagement des parties de recourir à l'arbitrage. Une fois le litige né, le recours à l'arbitrage se fait sur la base de la seule clause compromissoire. Elle est généralement conclue en même temps que le contrat entre les parties qui pourra, par la suite, être à l'origine du litige, et apparaît donc sous la forme d'une clause contenue dans celui-ci<sup>1384</sup>.

S'agissant du compromis<sup>1385</sup>, il peut être défini comme la convention par laquelle les parties à un litige de financement islamique né soumettent celui-ci à l'arbitrage. Dans ce cas, un litige, présent et actuel, est soumis d'un commun accord par les parties à l'arbitrage. De plus, les parties à un litige de financement islamique ont la possibilité de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant la justice étatique<sup>1386</sup>. Ainsi, le compromis est signé lorsque les relations sont délicates entre les parties puisque, par hypothèse, un litige les oppose. Celles-ci parviennent néanmoins encore à s'entendre pour recourir à l'arbitrage afin de régler ce litige conformément aux règles et principes de la Charia<sup>1387</sup>.

En effet, la pratique financière islamique montre que la clause compromissoire est beaucoup plus fréquente que le compromis. Généralement, il est plus facile de s'accorder sur le recours à l'arbitrage lorsqu'il n'existe aucun litige. Les parties font alors œuvre

---

<sup>1381</sup> Sur l'importance de la clause compromissoire en matière de finance islamique, voir nos développements consacrés à ce sujet : partie 2, titre 2, chapitre 2, section 2, § 1.

<sup>1382</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 93.

<sup>1383</sup> Voir à cet égard, Sylvain Bollée, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Revue arbitrage*, 2005, p. 917.

<sup>1384</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 79 et s.

<sup>1385</sup> Sur le compromis en matière de finance islamique, voir partie 2, titre 2, chapitre 2, section 2, § 1.

<sup>1386</sup> En ce sens, voir Charles Jarrosson, « Le compromis, convention d'arbitrage d'avenir ? », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 465.

<sup>1387</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 80 et s.

d'anticipation, ce qui est la vertu d'un contrat. Lorsque le litige est né, se mettre d'accord, même sur les modalités de sa résolution, peut être chose difficile<sup>1388</sup>.

Force est de constater qu'à l'heure actuelle, on assiste notamment en matière internationale à un affaiblissement de la distinction entre le compromis et la clause compromissoire. Dans cette perspective, Berthold Glodman affirme : « Dans le domaine de l'arbitrage international la distinction entre compromis et clause compromissoire n'offre guère, en effet, d'intérêt pratique »<sup>1389</sup>. De plus, certaines législations nationales comme le Code judiciaire belge de 1972, (art. 1677) par exemple, ne fait aucune distinction entre la clause compromissoire et le compromis. Le même constat peut être observé au niveau international. En effet, certaines conventions internationales relatives à l'arbitrage (Convention de New York de 1958, Convention de Genève de 1961) n'opèrent non plus aucune distinction entre les deux formes de convention d'arbitrage.

Plus récemment, la réforme française du 13 janvier 2011 s'inscrit dans cette logique. En effet, cette réforme vise à donner davantage d'efficacité et de souplesse à l'arbitrage en unifiant très largement le régime juridique de la clause compromissoire et du compromis<sup>1390</sup>. Deux différences subsistent entre les deux institutions : la clause compromissoire, lorsqu'elle est nulle, est réputée non écrite<sup>1391</sup> ; le compromis est nul s'il ne précise pas l'objet du litige<sup>1392</sup>.

Au-delà de cette distinction traditionnelle entre clause compromissoire et compromis, la convention d'arbitrage doit avoir pour objet la résolution d'un litige portant sur un contrat de financement islamique. En effet, l'efficacité de l'arbitrage en matière de finance islamique passe nécessairement par l'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage (§1), le respect des effets de la convention d'arbitrage (§2) et la mise en œuvre du principe de compétence-compétence (§3).

---

<sup>1388</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 94.

<sup>1389</sup> Berthold Glodman, « Arbitrage commercial international », *J. Cl. Dr. Inter.* Fasc. 586-1, n° 3.

<sup>1390</sup> Sur la réforme du droit français de l'arbitrage, voir Charles Jarrosson et Jacques Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 2011, pp. 5-80.

<sup>1391</sup> Article 1447 al. 2 du Code de procédure civile français.

<sup>1392</sup> Article 1445 du Code de procédure civile français.

## **§1. L'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage**

Le régime juridique de la convention d'arbitrage est dominé par le principe d'autonomie de cette convention. En effet, ce principe constitue aujourd'hui une règle reconnue et consacrée par la plupart des législations nationales, les conventions internationales et les règlements d'arbitrage. Un des grands principes du droit moderne de l'arbitrage, l'autonomie de la convention d'arbitrage revêt une importance toute particulière en matière de finance islamique, dans la mesure où elle assure l'efficacité du recours à l'arbitrage, lequel garantit le respect de la particularité des contrats de financement islamique notamment dans le domaine de l'application de la Charia. En réalité, grâce à ce principe fondamental de l'arbitrage moderne, les opérateurs de la finance islamique seraient en mesure d'échapper à la justice étatique et d'écarter les droits nationaux qui peuvent être incompatibles avec les règles de la loi islamique. Il s'agit donc d'un principe protecteur de la convention d'arbitrage. Il permet de la mettre à l'abri des conséquences des irrégularités qui entachent le contrat principal. L'importance du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage en matière de finance islamique étant ainsi cernée, nous allons à présent étudier l'origine de ce principe **(A)** et son contenu **(B)**.

### **A)- Origine et évolution de l'autonomie**

Le principe de l'autonomie s'est affirmé progressivement et lentement. En effet, en 1961, le Congrès international de l'arbitrage avait mis en exergue que la France, la Belgique et l'Angleterre s'opposaient au principe de l'autonomie de la clause compromissoire à l'égard du contrat principal<sup>1393</sup>. Par contre, la doctrine de cette époque souhaitait voir consacrer ce principe en vue de consolider le recours à l'arbitrage. Durant cette période, les tribunaux français appliquaient la thèse de la solidarité de la clause compromissoire avec le contrat principal,<sup>1394</sup> la nullité du contrat principal s'étendant à la clause compromissoire.

---

<sup>1393</sup> Voir les rapports du Congrès international de l'arbitrage organisé par le comité français de l'arbitrage à Paris en 1961, publiés à la Revue de l'arbitrage de 1961, p. 48 et s. Pour une étude détaillée de cette question, le lecteur peut consulter le livre de Laure Bernheim-Van de Casteele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 73 et s.

<sup>1394</sup> Cass. Civ. 8 janvier 1913, Legembre c/Burke : DP 1920, I, p. 53.

Cette situation va radicalement changer avec la jurisprudence Gosset. Par cette décision, la Cour de cassation française a déclaré, donnant ainsi naissance à une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international, que : « en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte »<sup>1395</sup>.

En commentant cet arrêt, Henri Motulsky l'a salué en ces termes : « L'arrêt Gosset prendra place parmi ceux qui contribuent à l'éclosion d'un ordre juridique international »<sup>1396</sup>. Notons que la Cour de cassation va confirmer sa jurisprudence dans plusieurs autres arrêts. Dans l'affaire Impex, elle a affirmé « l'accord compromissoire comme juridiquement autonome en droit international privé français »<sup>1397</sup>. Dans l'affaire Hecht, la Cour de cassation a souligné qu'« en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie »<sup>1398</sup>. Dans l'affaire Dalico, la Cour de cassation a considéré : « En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient ou par référence »<sup>1399</sup>.

Il est à noter que la Cour d'appel de Paris dans ses décisions du 21 février 1964 et du 19 juin 1970 et la Cour d'appel d'Orléans dans sa décision du 15 février 1966 ont repris intégralement et en des termes identiques le principe consacré par la Cour de cassation<sup>1400</sup>.

Une partie de la doctrine française estime qu'à la lumière de ces arrêts l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal apparaît comme un principe du droit matériel français de l'arbitrage international, et non une règle de conflit. En d'autres termes, selon le droit français, dès lors qu'elle tend à instituer un arbitrage international, la convention sera indépendante du contrat principal, quelle que soit à cet égard la solution adoptée par la loi

---

<sup>1395</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mai 1963, n° 58-12.874, Ets Raymond Gosset c/Sté Carapelli : Bull. civ. 1963, I, 1963, n° 264, p. 208.

<sup>1396</sup> Henri Motulsky, Note à l'arrêt Gosset, JDI, 1964, p. 82 et s.

<sup>1397</sup> C. Cass. 18 mai 1971, n° 69-10.489. Impex c/P.A.Z : JDI 1972, p. 124 et s.

<sup>1398</sup> C. Cass. 4 juillet 1972, n° 70-14.163, Hecht c/Sté Buisman's ; JDI 1972, p. 843 et s.

<sup>1399</sup> C. Cass. 20 décembre 1993, n° 91-16.828, Khoms El Mergeb c/Dalico Contractor : Rev. crit. DIP 1994, p. 663.

<sup>1400</sup> Voir sur cette question, Fouchar, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 215. Il faut noter que la reconnaissance du même principe par le droit français de l'arbitrage interne a été beaucoup plus tardive. Ce n'est qu'en 2002 que la Cour de cassation a solennellement consacré ce principe en matière d'arbitrage interne. Voir à ce sujet, Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 85.

étrangère éventuellement applicable à ce contrat, voire à la convention d'arbitrage elle-même<sup>1401</sup>.

Aux Etats-Unis, le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage a été consacré par la Cour suprême en 1968 à l'occasion de l'affaire *Prima Paint*<sup>1402</sup>. Ce principe a été également consacré par d'autres juridictions étatiques : c'est le cas en Allemagne, en Italie, au Japon<sup>1403</sup>.

Dans les pays arabes, on peut citer quelques exemples. Dans une affaire, la Cour de cassation koweïtienne a considéré que la clause compromissoire ne suit pas nécessairement le sort qui affecte la convention de fond dans laquelle elle est insérée. Elle reste valable nonobstant la caducité de la convention de fond<sup>1404</sup>. A Dubaï, la Cour de cassation a jugé que « la nullité du contrat principal conclu entre les parties et qui comprend une clause compromissoire, sa résiliation ou sa caducité n'empêchent pas la mise en œuvre de la clause d'arbitrage à moins que la nullité ne s'étende à ladite clause auquel cas, ceci n'est pas un effet de la nullité de la convention principale puisque la clause compromissoire bénéficie d'une autonomie et d'un objet propres »<sup>1405</sup>. A Bahreïn, la Cour de cassation a proclamé en droit interne, sans l'appui d'un texte, ce qui suit : « L'accord arbitral est une rencontre de volonté des parties pour résoudre les litiges relatifs à l'exécution d'un contrat déterminé par l'intermédiaire d'arbitre au lieu et place de la justice officielle. Ce contrat est autonome du contrat principal objet du litige, qu'il soit inclus dans le contrat lui-même ou dans un document séparé. Son sort n'est pas affecté par le sort qui affecte le contrat principal, que ce soit la nullité, ou la résiliation tant que le litige relatif à l'exécution dont il fait l'objet est toujours son propre objet »<sup>1406</sup>.

Sous l'influence de cette jurisprudence, la majorité des législations nationales ont consacré formellement le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. C'est le cas, par exemple, de la loi suisse (art. 178 al. 3 LDIP), la loi belge (art. 1697 al. 2 du Code judiciaire), la loi néerlandaise (art. 1053 Code procédure civile), la loi allemande (§ 1040 al. 1 ZPO). Le droit anglais, un temps réticent à l'égard de la règle de la « *severability* », l'a finalement

---

<sup>1401</sup> Berthold Glodman, « Arbitrage commercial international », op. cit, n° 8.

<sup>1402</sup> 388 U.S. 395 (1967) ; Rev. Cri. DIP, 1963, p. 91.

<sup>1403</sup> Sur cette question, voir Benoit Le Bras et Joseph Dalmasso, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, Paris, 2016. P.24

<sup>1404</sup> Cass Koweït, n° 151/1995 du 18/3/1996, Revue de l'arbitrage internationale (en arabe), 24<sup>ème</sup>, n° 1, 2009, p. 95.

<sup>1405</sup> Cass Dubaï, civ, n° 265/2009 du 15/10/2009, Revue de l'arbitrage internationale (en arabe), n° 9, 2011, p. 335.

<sup>1406</sup> Cass, n° 254 de 2002 du 19/5/2005, Revue de l'arbitrage internationale (en arabe), 24<sup>ème</sup>, n° 4, 2009, p. 2006.

acceptée, celle-ci étant désormais clairement inscrite dans la loi (section 7 de *l'Arbitration Act* de 1996)<sup>1407</sup>. Ce principe est également consacré par un nombre croissant de législations arabes. C'est le cas, par exemple, de la loi égyptienne (art. 23), de la loi tunisienne (art. 61), de la loi omanaise (art. 23), de la loi jordanienne (art. 22), de la loi yéménite (art. 16), de la loi algérienne (art. 1040 CPCA), de la loi syrienne (art. 11), de la loi saoudienne (art. 21 du règlement saoudien)<sup>1408</sup>.

A la différence des législations nationales qui ont admis solennellement le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, les conventions internationales ne le consacrent pas de façon explicite. C'est le cas de la Convention de New York de 1958, de la Convention de Genève du 21 avril 1961 et de la Convention de Washington du 18 mars 1965. L'article 5-1-a de la Convention de New York de 1958 indique que « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, ou à défaut d'une indication à cet égard de la loi du pays où la sentence a été rendue ».

Toutefois, d'après certains auteurs de la doctrine, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal se trouve implicitement consacré par ce texte. Cela se justifie par le fait que le régime juridique régissant le contrat principal peut être différent de celui qui s'applique à la convention d'arbitrage<sup>1409</sup>. Selon Goldman, « si cet article peut être interprété comme consacrant l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, il ne présente aucun intérêt quant au principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique. Au contraire, cet article prévoit la soumission de la convention d'arbitrage à la loi désignée selon les règles de renvoi »<sup>1410</sup>.

Dans la même perspective, l'article 7 de la Convention de New York précise : « Les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle

---

<sup>1407</sup> Voir sur cette question, Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 99.

<sup>1408</sup> Pour une étude approfondie du droit arabe de l'arbitrage, voir Nathalie Najjar, *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, op, cit, p. 256 et s.

<sup>1409</sup> Peter Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, 1975, n° 316, cité par Berthold Glodman, « Arbitrage commercial international », op, cit, n° 21.

<sup>1410</sup> Berthold Glodman, « Arbitrage commercial international », op, cit, n° 22.

pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ». En interprétant cette disposition, Goldman estime qu'en France et en vertu du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale fondée sur une convention d'arbitrage qui n'est pas conforme à la loi applicable selon l'article 5-1-a de la Convention de New York est tout à fait envisageable et possible. Cette solution est valable même si la loi étrangère compétente ne reconnaît pas ce principe, étant donné que la convention d'arbitrage est indépendante par rapport à cette loi et par rapport à toute autre loi étatique, tout cela dans le respect de l'ordre public<sup>1411</sup>.

A la différence des textes internationaux, la jurisprudence internationale arbitrale a consacré l'autonomie de la convention d'arbitrage en tant que principe général du droit du commerce international. Dans l'affaire n° 1526 de 1968, une sentence arbitrale a affirmé : « C'est aussi une règle maintenant admise en matière d'arbitrage international, ou en voie de l'être généralement que selon la formule de la Cour de Cassation de France, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours sauf circonstances exceptionnelles une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte »<sup>1412</sup>.

De même, l'arbitre Sobhi Mahmassani dans l'affaire opposant la Libye et Liamco, a affirmé : « Il est généralement admis en pratique et en droit international qu'une clause d'arbitrage survit à la résiliation unilatérale par l'Etat du contrat où elle figure et qu'elle reste en vigueur même postérieurement à cette résiliation »<sup>1413</sup>.

Dans le même cadre, la sentence arbitrale rendue par l'arbitre Gomard dans l'affaire Elf c/NIOC a consacré le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. En ce sens, l'arbitre souligne : « L'autonomie d'une clause d'arbitrage est un principe de droit international qui a été régulièrement appliqué dans les décisions rendues dans les arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage international, dans

---

<sup>1411</sup> Ibid. n° 22.

<sup>1412</sup> Cité par Yves Derains, *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*, op. cit, p. 829 et s.

<sup>1413</sup> Sentence arbitrale du 12 avril 1977, cité par Hafida Al Hadad, *Les tendances contemporaines concernant la convention d'arbitrage* (en arabe), op. cit, p. 36.

les règlements d'arbitrage adoptés par des organisations internationales et dans des traités. Egalement dans maints pays le principe fait partie du droit national de l'arbitrage »<sup>1414</sup>.

Les règlements d'arbitrage ont consacré le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. A ce titre, on peut citer le règlement du CCI<sup>1415</sup> de Paris qui prévoit dans son article 8 al. 4 : « Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou l'inexistence alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage. Il reste compétent même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions ». De même, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>1416</sup> (art. 16 al. 1), les lois du DIFC<sup>1417</sup> (art. 23 al. 1) et du QFC<sup>1418</sup> (art. 21 al. 1) se rangent également dans la même catégorie. Ces règlements consacrent le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage en des termes voisins : « Une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire »<sup>1419</sup>. Des règlements d'arbitrage dans des Etats de *common law* ont également consacré le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. Cela a été le cas, en 1985, du règlement de la LCIA<sup>1420</sup> qui s'inspire du règlement de la CNUDCI. Cela a également été le cas, en 1992, du règlement d'arbitrage international de l'AAA<sup>1421</sup> qui pose le principe en son article 15, paragraphe 2. De nombreux autres règlements d'arbitrage admettent sans difficulté le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage<sup>1422</sup>.

Ainsi, la règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage est tellement généralisée que l'on doit la considérer comme un véritable principe général du droit de l'arbitrage, ou, selon Sanders, « une règle de droit véritablement internationale »<sup>1423</sup>.

---

<sup>1414</sup> Sentence arbitrale 14 janvier 1982 qui figure dans *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 413 ; commentaire Philippe Fouchard, *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 333 et s.

<sup>1415</sup> Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

<sup>1416</sup> Commission des Nation-Unies pour le droit commercial international.

<sup>1417</sup> Dubaï International Financial Centre.

<sup>1418</sup> Qatar Financial Centre.

<sup>1419</sup> Voir à cet égard, Nathalie Najjar, *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, op. cit, p. 257.

<sup>1420</sup> London Court of International Arbitration.

<sup>1421</sup> Américain Arbitration Association.

<sup>1422</sup> En ce sens, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit, p. 218.

<sup>1423</sup> Pieter Sanders, « L'autonomie de la clause compromissoire », in *Liber Americum F. Eisemann*, ICC pub, 1978, p. 31.

En matière de finance islamique, le droit musulman classique de l'arbitrage ignore le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. Un tel principe n'est en effet ni confirmé ni infirmé. De même, la même attitude a été observée par la Mejlle ottomane et les résolutions de l'Académie internationale de Fiqh qui représentent une modernisation limitée du droit musulman de l'arbitrage. Bien qu'adopté par l'AAIOFI dans sa norme n° 32 sur l'arbitrage, ce principe n'a pas été consacré explicitement. Dans ce contexte, l'affirmation explicite d'un tel principe s'impose avec force, notamment en matière de finance islamique étant donné son importance particulière dans ce secteur d'activité.

## **B)- Le contenu du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage**

Le terme « autonomie » vient du grec « autos » (soi-même) et « nomos » (loi) et signifie « qui se gouverne par ses propres lois ». L'autonomie en langue française a plusieurs significations qui s'articulent chacune autour de cette acception première. L'autonomie caractérise la capacité de quelqu'un à ne pas être dépendant d'autrui ou le caractère de quelque chose qui fonctionne ou évolue indépendamment d'une autre chose<sup>1424</sup>.

En droit privé, la notion d'autonomie se trouve particulièrement en droit des contrats et en droit international privé. Le droit des contrats connaît le principe de l'autonomie de la volonté en vertu duquel toute personne juridique a la faculté de conclure un acte juridique, d'en déterminer librement le contenu et les effets, sous réserve du respect des lois d'ordre public et de bonnes mœurs. L'autonomie de la volonté permet ainsi de justifier la volonté individuelle en tant que source d'obligation. Les personnes sont tenues de respecter ce qu'elles ont librement consenti. C'est pourquoi, on dit que le contrat ou la convention est la loi des parties.<sup>1425</sup>

De son côté, le droit international privé connaît le principe d'autonomie. D'origine jurisprudentielle, ce principe désigne un ensemble de règles matérielles de droit international privé qui offre aux parties contractantes une liberté contractuelle de même nature qu'en droit interne, mais plus étendue du fait que le contrat prend alors une autre dimension dans

---

<sup>1424</sup> Le Robert, Dictionnaire de la langue française, V° Autonomie.

<sup>1425</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 67.

l'espace<sup>1426</sup>. En effet, le principe d'autonomie signifie que les parties d'un contrat international ont le droit de choisir non seulement le contenu du contrat, mais aussi la loi applicable à leur relation contractuelle. A la base du droit des contrats, l'autonomie en droit privé est intimement lié à trois notions : la liberté, la volonté et la force obligatoire. En amont, l'autonomie exprime la volonté, le choix des parties. En ce sens, les parties sont libres de se lier à leurs propres normes contractuelles. Une fois exprimée librement, la volonté est une source d'obligation, c'est la loi des parties qui donne à l'accord une force obligatoire. Autrement dit, en aval, l'autonomie conduit à une conséquence très importante : le caractère obligatoire de ce qui a été voulu<sup>1427</sup>.

En droit de l'arbitrage, on se réfère traditionnellement à l'autonomie de la convention d'arbitrage. Toutefois, d'autres expressions sont aussi employées. On parle ainsi d'autonomie matérielle<sup>1428</sup>, d'indépendance<sup>1429</sup> ou bien encore de séparabilité<sup>1430</sup>. Ces différents termes sont en réalité synonymes. Ils expriment tous deux idées : d'une part, la convention d'arbitrage est autonome par rapport au contrat principal (1), et d'autre part, la convention d'arbitrage est autonome par rapport à toute loi étatique (2).

### **1)- L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal**

L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal revêt une très grande importance dans le domaine de la finance islamique. Avec ce principe fondamental de l'arbitrage moderne, la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique se trouve à l'abri des conséquences qui découlent de l'irrégularité, de la nullité, de la résiliation, de l'expiration du contrat principal de financement islamique. En d'autres termes, les effets qui affectent le contrat principal n'a aucune incidence sur la convention d'arbitrage conclue entre les parties à un contrat de financement islamique. Cela assure sans doute l'efficacité du recours à l'arbitrage et renforce la place de ce mécanisme qui pourrait s'affirmer comme le mode habituel ou naturel de règlement des différends relatifs à

---

<sup>1426</sup> Xavier Boucobza, « Le contrat et l'espace », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 2000, p. 97.

<sup>1427</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, pp. 69-70.

<sup>1428</sup> Frédéric-Edouard Klein, « Du caractère autonome de la clause compromissoire notamment en matière d'arbitrage international », *Rev. Crit. DIP*, 1961, p. 499.

<sup>1429</sup> Henri Motulsky, *Ecris, études et notes sur l'arbitrage*, op, cit, p. 345.

<sup>1430</sup> Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, t. 217, p. 319.

la finance islamique. Ce qui contribue indirectement à la promotion de l'industrie financière islamique.

Il faut noter que l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal de financement islamique ne suppose pas que la convention d'arbitrage fasse l'objet d'un consentement distinct de celui exprimé pour le contrat principal<sup>1431</sup>.

En effet, deux conséquences logiques ou naturelles découlent de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal de financement islamique. La première conséquence consiste dans l'indifférence de la convention d'arbitrage au sort du contrat principal. La seconde conséquence est la possibilité d'appliquer à la convention d'arbitrage un régime juridique différent de celui qui régit le contrat principal. Dans ce contexte, l'indifférence au sort du contrat principal veut dire que l'existence, la validité ou le maintien en vigueur de la convention d'arbitrage ne peuvent pas être affectés par le sort du contrat principal de financement islamique auquel cette convention se réfère. Dire que le contrat principal n'a pas été conclu, qu'il est nul, résolu, résilié n'a aucune incidence sur l'efficacité de la convention d'arbitrage. Dans le même cadre, la transaction relative au contrat principal de financement islamique n'emporte pas nécessairement extinction de la convention d'arbitrage qui figure dans ce contrat<sup>1432</sup>. En d'autres termes, la principale conséquence du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage réside dans le fait que cette convention ne peut être affectée par les événements, supposés ou avérés, pouvant affecter la validité du contrat principal. En effet, la convention d'arbitrage verra ses effets maintenus bien que le contrat principal soit nul, ait été résilié, ou résolu, ou encore ait pris fin par arrivée de son terme. Il en résulte que la convention d'arbitrage est en principe détachable du contrat principal de financement islamique et indifférente du sort de celui-ci<sup>1433</sup>.

Force est de constater qu'en droit moderne, la portée de la règle de l'indifférence de la convention d'arbitrage au sort du contrat principal a donné lieu à une controverse. En effet, Pieter Sanders estime que si la convention d'arbitrage n'était pas affectée par la nullité du contrat principal, elle le serait, en revanche, par son inexistance<sup>1434</sup>. Cette opinion a été adoptée par la Cour de cassation française dans son arrêt du 10 juillet 1990 dans l'affaire *Cassia c/Pia*. A cette occasion, la Cour a affirmé : « En matière internationale, l'autonomie de

---

<sup>1431</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 86.

<sup>1432</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 225.

<sup>1433</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 86 ; Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 99.

<sup>1434</sup> Pieter Sanders, « L'autonomie de la clause compromissoire », op, cit, p. 31.

la clause compromissoire trouve sa limite, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée et cette existence doit nécessairement s'apprécier d'après la loi qui, selon les principes du droit international privé, régit la forme »<sup>1435</sup>.

Cette distinction entre nullité et inexistance est critiquable notamment en matière de finance islamique et cela pour plusieurs raisons. Premièrement, la distinction entre nullité et inexistance est souvent malaisée. Deuxièmement, la notion d'inexistence est difficile à cerner et en tout cas d'application exceptionnelle. Troisièmement, cette distinction ouvre la porte aux manœuvres dilatoires que la consécration du principe d'autonomie a pour but d'empêcher<sup>1436</sup>. Enfin, écarter une telle distinction assure la pleine efficacité du recours à l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. Il faut aussi noter que cette distinction a été très clairement rejetée par la Convention de Genève de 1961 qui dispose que le tribunal arbitral « a le pouvoir de statuer sur [...] l'existence ou la validité [...] du contrat » principal. De même, le règlement d'arbitrage de la CCI précise que « la prétendue nullité ou inexistance alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre » (art. 8, § 4). Dans le même cadre, le règlement d'arbitrage international de l'AAA du 1<sup>er</sup> mai 1992 condamne très nettement la distinction proposée. Il en va de même du règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>1437</sup>. Au regard de ces éléments, la simple invocation de l'inexistence du contrat principal ne peut donc suffire à faire disparaître la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique.

Par ailleurs, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage commande de considérer que celle-ci n'est pas nécessairement régie par des normes de même nature et de même origine que celles qui régissent le contrat principal. Selon la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la clause compromissoire constituerait une « partie distincte » que les cocontractants ou même les juges peuvent soumettre à une loi différente de celle qui régit le reste de la convention<sup>1438</sup>. En matière de finance islamique, si la convention d'arbitrage peut être régie par des règles différentes de celles qui régissent le contrat principal de financement islamique, les deux contrats doivent respecter les principes et finalités de la Charia. A titre d'exemple, si le contrat principal de financement islamique est régi par l'école juridique Hanafite, il est tout à possible que la

---

<sup>1435</sup> Cass. Civ, 10 juillet 1990, *Revue de l'arbitrage* 1990, p. 851.

<sup>1436</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 226.

<sup>1437</sup> *Ibid*, p. 227.

<sup>1438</sup> Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 3, § 1 et 4.

convention d'arbitrage soit régie par les enseignements d'une autre école juridique islamique, notamment quant au droit applicable.

De plus, la jurisprudence française fournit de nombreuses illustrations de ce principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à la loi applicable au contrat principal. Dans cette optique, la Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 25 janvier 1972, affirmé : « l'exécution [de l'accord compromissoire] n'obéit pas nécessairement à la loi qui régit [le contrat dans lequel il figure] »<sup>1439</sup>. Dans le même ordre d'idées, en rejetant le moyen de nullité d'une sentence selon lequel le tribunal arbitral n'avait pas appliqué la loi régissant le fond afin de déterminer sa compétence, la Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 21 octobre 1983, constaté que la question de la loi applicable au fond avait été, au moins implicitement, distinguée dans l'acte de mission de celle concernant les règles de détermination de la compétence<sup>1440</sup>.

Ces principes ont été confirmés par la Cour de cassation française. Ainsi, dans un arrêt du 14 décembre 1983, la Cour a approuvé les juges du fond de ne pas avoir fait application de la loi régissant le contrat principal pour interpréter la clause compromissoire qui y était insérée<sup>1441</sup>. Enfin, la décision de la Cour d'appel de Paris qui avait constaté l'existence des conventions d'arbitrage litigieuses sans se préoccuper de la loi régissant le contrat de fond au motif qu'« elle n'avait pas à statuer, quant à la forme et la preuve de ces clauses, en fonction d'une loi qui, en raison de leur autonomie en cas d'arbitrage international pouvait, d'ailleurs, ne pas leur être applicable »<sup>1442</sup> a été approuvée par la Cour de cassation dans son arrêt Sonetex du 3 mars 1992.

En réalité, la consécration en matière de finance islamique du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal se justifie par deux considérations principales. D'une part, il y a la nature juridique particulière de la convention d'arbitrage elle-même. Certes, la clause commissaire figure matériellement dans le contrat principal de financement islamique. Mais, comme l'indique Motulsky, « l'unité matérielle de *l'actes-instrumentum* n'empêche pas la dualité intellectuelle des *actes-negotia* ». Dès lors, pour l'auteur, « il y a de toute nécessité, deux conventions ; car, selon sa rédaction habituelle, la clause compromissoire entend régler les différends auxquels le contrat pourra donner lieu :

---

<sup>1439</sup> Cour d'appel de Paris, affaire Quijano Agüero, *Revue de l'arbitrage*, 1973, p. 158.

<sup>1440</sup> Cour d'appel de Paris, affaire Dow Chemical, *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 98.

<sup>1441</sup> *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 483, note M. C. Rondeau-Rivier.

<sup>1442</sup> *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 272, note Pieter Mayer ; *JDI*, 1993, p. 140, note Audit.

c'est assez dire que le contrat constitue l'objet de la clause et que celle-ci se place donc, logiquement à l'extérieur »<sup>1443</sup>.

Il existe donc rationnellement deux contrats : l'un portant sur les droits substantiels qui est le contrat principal de financement islamique et l'autre portant sur les droits processuels qui constitue la convention d'arbitrage, laquelle assure la résolution par voie d'arbitrage des litiges susceptibles de naître de ce contrat. A cet égard, Eric Loquin constate que « la séparabilité de la clause compromissoire à l'égard de la convention trouve son fondement logique dans l'objet différent des deux conventions. La clause compromissoire est un contrat de procédure qui ne vise pas à préciser les droits et les obligations des parties, mais entend régler les litiges relatifs aux clauses substantielles du contrat principal. Il en résulte qu'elle est autre chose qu'une stipulation faisant partie de cette convention. Elle est par nature, un second contrat, qui est matériellement insérée dans un autre »<sup>1444</sup>.

D'autre part, il a y aussi des arguments d'opportunité. En effet, l'utilité du principe d'autonomie sur le plan pratique ne fait aucun doute en matière de finance islamique. Il est nécessaire à l'efficacité de l'arbitrage dans ce domaine, et par voie de conséquence, à la prise en compte de la Charia en tant que droit applicable au litige réglé par l'arbitrage. Lier le sort de la convention d'arbitrage à celui du contrat principal aura pour conséquence de fragiliser considérablement l'institution arbitrale, ce qui peut entraver l'application de la Charia. Supposons que le principe n'existe pas, dans ce cas l'arbitre serait incompetent toutes les fois où le contrat principal de financement islamique serait affecté par une cause quelconque d'inefficacité. Une telle solution va décourager les institutions financières islamiques à recourir à l'arbitrage. De plus, les plaideurs de mauvaise foi pourraient entraver la marche normale de la procédure arbitrale en invoquant dans ce but l'inefficacité du contrat principal de financement islamique. Dans cette perspective, le principe d'autonomie apparaît fondamentalement comme une garantie d'efficacité de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique<sup>1445</sup>. Il rend la justice arbitrale particulièrement efficace dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique en empêchant les manœuvres dilatoires qui portent préjudice grave aux institutions financières islamiques et à l'image de ce secteur d'activité.

---

<sup>1443</sup> Henri Motulsky, Note sur l'arrêt Gosset, reproduite dans *Ecrits*, op, cit, p. 345.

<sup>1444</sup> Eric Loquin, Note sous C. Cass, 1 ch. Civ. 9 novembre 1993, *Clunet* 1994, p. 690 et s.

<sup>1445</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 103 ; Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, pp. 91-92.

Il faut noter que ce principe d'autonomie de la convention d'arbitrage a été consacré formellement en droit français par le décret du 13 janvier 2011 en raison de son caractère particulièrement nécessaire au fonctionnement de l'arbitrage. A ce titre, l'article 1447 al. 1 du CPCF a choisi la terminologie la plus large en ce qu'il dispose que « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ». Selon Baptiste Racine, « Ce sont donc toutes les causes d'inefficacité qui sont concernées, quelle qu'en soit la nature. La terminologie est la plus large qui soit »<sup>1446</sup>. Cette expérience française met l'accent sur l'importance du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage. Elle mérite d'être adoptée explicitement dans le domaine de l'arbitrage islamique, notamment en matière de finance islamique.

A la lumière de ce qui précède, la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique doit bénéficier d'une existence juridique propre. De ce fait, elle ne doit être affectée par l'inefficacité du contrat dans lequel elle figure. Grâce à cette vertu de la convention, la justice arbitrale se trouve en même temps consolidée et renforcée, ce qui lui permet de jouer un rôle fondamental dans l'essor de la finance islamique.

## **2)- L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique**

En réalité, ce principe tient une place éminente dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, grâce à ce principe, les institutions financières islamiques peuvent s'affranchir des lois étatiques incompatibles avec les règles et principes de la Charia et choisir à leur place des normes qui respectent la particularité des contrats de financement islamique. Ce point revêt une importance toute particulière dans la mesure où l'application de la Charia dans la résolution des litiges relève de l'essence même de la finance islamique.

A l'origine, ce principe vise à éviter les difficultés liées au contrat principal. Mais avec le temps et progressivement, il commence à prendre une nouvelle dimension et une nouvelle signification. A ce titre, l'autonomie de la convention d'arbitrage s'entend par rapport aux diverses lois étatiques qui peuvent régir la convention d'arbitrage et non plus par rapport au contrat principal. Dans cette optique, selon le principe de l'autonomie, la convention

---

<sup>1446</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 101.

d'arbitrage se trouve dès lors libérée des législations étatiques susceptibles de la régir conformément à la méthode conflictuelle<sup>1447</sup>.

A vrai dire, ce principe, c'est-à-dire la consécration de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique, a été rendu possible grâce à l'œuvre novatrice de la jurisprudence française qui a joué un rôle fondamental dans ce domaine. La jurisprudence qui, au début des années 1970, a déduit le principe de validité de la convention d'arbitrage du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage s'est cristallisée à la fin des années 1980 et au début des années 1990 dans deux séries de décisions rendues par la Cour d'appel de Paris<sup>1448</sup>. Dans un premier temps, la Cour indique clairement que dans le domaine international, « la clause compromissoire a une validité et une efficacité propres »<sup>1449</sup>. Ce faisant, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique de la convention d'arbitrage se pose ainsi de manière différente. En effet, sa validité et son efficacité se trouvent dans le principe lui-même. Dans un second temps, la Cour d'appel de Paris a affirmé : « en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international »<sup>1450</sup>.

En 1993, la Cour de cassation française a décidé d'affranchir la convention d'arbitrage de toute loi étatique pour la soumettre à une règle matérielle. Dans l'arrêt Dalico, la Cour a déclaré : « en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et [...] son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »<sup>1451</sup>.

Selon Baptiste Racine, le premier enseignement de cette décision est l'édiction d'une règle matérielle de portée générale. En conséquence, la méthode des conflits de lois est abandonnée. La loi applicable à la convention d'arbitrage n'a donc pas besoin d'être

---

<sup>1447</sup> Jean-Pierre Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Tr. C. Fr. Droit Inter. Privé, 1991-1992, p. 75 et s.

<sup>1448</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 245-246.

<sup>1449</sup> Cour d'appel de Paris, 20 avril 1988, *Revue de l'arbitrage*, 1988, p. 570.

<sup>1450</sup> Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1991, affaire Gatoil, *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 281.

<sup>1451</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 20 décembre 1993, *JDI* 1994, p. 432.

recherchée. C'est une règle matérielle qui la régit et permet de déterminer son efficacité et sa validité. Cette solution a une grande portée. En l'occurrence, le pourvoi reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir écarté la loi libyenne (loi qui invalidait la clause compromissoire). La Cour de cassation rejette le pourvoi répondant que la loi libyenne, comme toute autre loi étatique, n'a pas vocation à régir la convention d'arbitrage<sup>1452</sup>. Depuis lors, a été réaffirmée la solution de l'arrêt Dalico<sup>1453</sup>. Le même attendu de principe a été repris presque à la lettre par la Cour de cassation dans son arrêt Uni-Kod de 2004<sup>1454</sup>. D'après Thomas Clay, « la référence à une loi étatique est indifférente pour trancher la question de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage »<sup>1455</sup>.

C'est en effet le principe d'autonomie de la volonté qui justifie cette solution jurisprudentielle. Ce principe accorde aux parties une liberté totale pour choisir le droit applicable à leur convention d'arbitrage. A ce titre, elles ont la faculté de choisir en tant que loi applicable soit un droit étatique déterminé, soit un ensemble de règles non-étatiques comme la Charia ou les usages internationaux par exemple. Dans cette perspective, Goldman souligne qu'« A notre sens, la convention d'arbitrage, bien qu'elle ait pour objectif l'institution d'une procédure, doit être considérée comme un contrat créateur d'obligations, à l'égal de tout autre contrat : elle précède en effet la procédure et ne constitue pas une phase de son déroulement. La loi qui la régit doit par conséquent être déterminée par application du principe d'autonomie »<sup>1456</sup>. En ce sens, les parties à un contrat de financement islamique sont libres de choisir la loi applicable et l'arbitre ou le juge contrôlant la sentence lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation ou d'un appel contre la décision accordant la reconnaissance ou l'exécution doivent respecter ce choix.

Avec l'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique, l'arbitrage serait en mesure d'assumer son rôle dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Ce qui permet à la finance islamique de réaliser ses finalités, notamment sur le plan de la résolution des litiges. A travers ce principe, la convention d'arbitrage bénéficie d'une très grande protection juridique lui assurant une efficacité et une sécurité remarquables. Elle se trouve placée en dehors des aléas et risques qui se vérifient devant la justice étatique. Comme l'indique, à juste titre, Jean-Pierre Ancel, l'absence de cette règle

---

<sup>1452</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 106.

<sup>1453</sup> Pour un exemple, Cour d'appel de Paris, 11 février 2014, *Revue de l'arbitrage*, 2014, p. 230 ; Cour d'appel de Paris, 10 mars 2015, *Revue de l'arbitrage*, 2015, p. 626.

<sup>1454</sup> Cass. Civ 1, 30 mars 2004, *RTD com.* 2004, p. 443.

<sup>1455</sup> Thomas Clay, Observation à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 février 2014, *D* 2014, p. 2544.

<sup>1456</sup> Berthold Glodman, « Arbitrage commercial international », op, cit, n°42

d'autonomie « risquerait de conduire aux mêmes difficultés et aux mêmes aléas qu'une procédure judiciaire internationale en exigeant des parties un long débat préliminaire sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage au regard des différents systèmes de droit impliqués par l'affaire, ce qui imposerait comme au préalable un débat sur la définition du droit applicable »<sup>1457</sup>.

## **§2. Effets de la convention d'arbitrage**

Par convention d'arbitrage, on entend le contrat par lequel les parties à un contrat de financement islamique décident de faire trancher leurs litiges, nés ou à naître, par des arbitres et non par des tribunaux étatiques. Du point de vue positif, cela signifie que la convention fait obligation aux parties de respecter cet engagement et fonde la compétence de l'arbitre (**A**). Du point de vue négatif, la convention interdit aux parties de recourir aux juridictions étatiques pour trancher les litiges visés par celle-ci (**B**). Ces deux points revêtent une importance capitale en matière de finance islamique, dans la mesure où ils assurent la pleine efficacité du recours à l'arbitrage et évitent par voie de conséquence toutes les difficultés liées à la juridiction étatique.

### **A)- Les effets positifs de la convention d'arbitrage**

Positivement, la convention d'arbitrage conclue par les parties à un contrat de financement islamique engendre deux effets : d'une part, elle oblige les parties à déférer aux arbitres le règlement des litiges visés par cette convention (**1**). D'autre part, elle fonde la compétence du tribunal arbitral (**2**).

---

<sup>1457</sup> Jean-Pierre Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Tr. C. Fr. Droit Inter. Privé, 1991-1992, p. 81.

## **1)- Obligation pour les parties à un contrat de financement islamique de soumettre aux arbitres les litiges visés par la convention d'arbitrage**

Les parties à un contrat de financement islamique doivent aujourd'hui respecter scrupuleusement cette obligation. Elle contribue certainement à assurer l'efficacité de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges liés à la finance islamique. A l'heure actuelle, cette obligation est solidement établie. Elle a été très tôt reconnue par les conventions internationales relatives à l'arbitrage. Dès 1923, le Protocole de Genève relatif aux clauses d'arbitrage l'a admise implicitement en affirmant en son article 1<sup>er</sup> « la validité, entre parties soumises à la juridiction d'Etats contractants, du compromis ainsi que de la clause compromissoire ». La Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a repris le principe dans son article 2, § 1 qui dispose : « chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'engagent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ». Sans adopter directement l'obligation de soumettre à l'arbitrage les litiges visés par la convention d'arbitrage, la Convention de Genève du 21 avril 1961 (art. IV) consacre ce principe également en organisant les modes de désignation du ou des arbitres à défaut de mécanisme prévu à cet effet par les parties. Ces dispositions impliquent clairement que les parties sont obligées de soumettre le litige à l'arbitrage<sup>1458</sup>.

En matière de finance islamique comme dans les autres matières, cette obligation se justifie par la nature contractuelle de la convention d'arbitrage conclue par les parties à un contrat de financement islamique. Il s'agit d'un contrat ayant un caractère contraignant. Il y a lieu d'appliquer ici le principe de base de la force obligatoire du contrat, fortement établi en droit musulman. Si les parties à un contrat de financement islamique sont obligées de déférer leurs litiges aux arbitres, c'est parce qu'elles ont consenti à la convention d'arbitrage et que ce consentement ne peut être révoqué unilatéralement.

Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir comment cette contrainte s'exerce en matière de finance islamique. Il faut noter que cette obligation doit normalement être exécutée volontairement par les parties à un contrat de financement islamique. Deux éléments

---

<sup>1458</sup> Voir sur cette question, Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 397.

expliquent en effet cette situation. Le premier élément est de nature religieuse. Il consiste dans le fait que la religion musulmane exige le respect des contrats et de la parole donnée. Il s'agit là d'une obligation religieuse islamique fondamentale. Le second élément est d'ordre pratique. Il tient au fait que l'exécution volontaire de la convention d'arbitrage empêche le recours aux tribunaux étatiques. Ce qui permet, en conséquence, de garantir le respect de la singularité des contrats de financement islamique en évitant leur dénaturation éventuelle et en assurant leur soumission à la Charia.

Mais si les parties à un contrat de financement islamique n'exécutent pas volontairement leur convention d'arbitrage, l'exécution en nature est possible. Concrètement, cette règle signifie que le défendeur récalcitrant ne peut, par son inertie, empêcher la procédure arbitrale de se tenir. Le tribunal arbitral pourra être constitué, au besoin par l'intervention du juge étatique<sup>1459</sup>. Par ailleurs, la procédure pourra être conduite malgré le défaut du défendeur et ainsi donner lieu à une sentence parfaitement valable. Comme la convention d'arbitrage a un objet processuel, c'est sur le terrain procédural que cette exécution en nature se produit<sup>1460</sup>.

Pour assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage, la jurisprudence française a affirmé que « la sentence rendue par défaut n'est pas contraire à l'ordre public international si le défendeur a été dûment informé du déroulement de la procédure et n'a pas été dans l'impossibilité matérielle de se faire pour représenter devant le tribunal arbitral siégeant à l'étranger »<sup>1461</sup>. Cette jurisprudence française s'avère bénéfique pour la résolution des litiges relatifs à la finance islamique, puisqu'elle contribue à assurer l'efficacité du recours à l'arbitrage et la rapidité de la procédure en évitant les manœuvres dilatoires.

Il faut noter que l'obligation pour les parties à un contrat de financement islamique de déférer leurs litiges aux arbitres s'applique aussi bien à la clause compromissoire qu'au compromis. Cette qualité est inhérente à la convention d'arbitrage, abstraction faite de sa forme. En effet, la clause compromissoire se suffit à elle-même. Dès l'instant où celle-ci est valable, les parties à un contrat de financement islamique n'ont pas besoin de conclure un compromis « confirmant » la clause une fois le litige né. La clause compromissoire développe ainsi des effets propres. Le consentement initial à la clause suffit à fonder la force obligatoire

---

<sup>1459</sup> Notons qu'en droit français de l'arbitrage, ce juge prend actuellement le nom de « juge d'appui ».

<sup>1460</sup> En ce sens, voir Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 220 et s.

<sup>1461</sup> Cour d'appel de Paris, 7 février 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 630.

autonome de celle-ci<sup>1462</sup>. A ce titre, en application du Protocole de Genève de 1923, la juridiction suprême brésilienne a, dans un arrêt rendu en 1990, estimé suffisante pour instituer l'arbitrage la clause compromissoire qui figure dans un contrat international<sup>1463</sup>.

## **2)- La compétence du tribunal arbitral pour trancher les litiges visés par la convention d'arbitrage**

Le deuxième effet positif de la convention d'arbitrage conclue par les parties à un contrat de financement islamique consiste à donner compétence au tribunal arbitral pour régler le ou les litiges visés par cette convention. C'est dire que cette convention produit un effet à destination des arbitres. Elle leur donne compétence pour juger du litige de financement islamique. A la question « qui t'a fait juge ? », l'arbitre répondra : « les parties, via la convention d'arbitrage qu'elles ont conclu ». En ce sens, la convention d'arbitrage apparaît comme un acte attributif de compétence<sup>1464</sup>. Comme un véritable juge, l'arbitre dispose, de par la convention d'arbitrage, d'une compétence pleine qui lui permet, non seulement de trancher le fond du litige, mais encore de prononcer les mesures d'instruction utiles, ainsi que les mesures provisoires ou conservatoires qui entrent dans l'objet du litige. Cette compétence accordée à l'arbitre conforte l'idée selon laquelle l'arbitrage devrait être la justice naturelle des litiges relatifs à la finance islamique. Elle permet d'éviter le recours au juge étatique et de faire de l'arbitre le juge exclusif des litiges de financement islamique, ce qui est un élément important pour les opérateurs de la finance islamique. De plus, l'effet positif de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique sur la compétence de l'arbitre se manifeste d'une autre manière. L'arbitre est également compétent pour connaître des contestations relatives à sa propre compétence<sup>1465</sup>.

On peut s'interroger sur l'origine de la compétence juridictionnelle du tribunal arbitral. En d'autres termes, d'où vient le pouvoir de juger de l'arbitre ? Cette question introduit nécessairement le débat sur la notion d'investiture. Il a été proposé de distinguer la convention d'arbitrage et le contrat d'arbitre. Selon les partisans de cette thèse, c'est le contrat d'arbitre conclu entre l'arbitre et les parties qui investirait, au sens propre, le premier du

---

<sup>1462</sup> Ibid.

<sup>1463</sup> Tribunal supérieur de justice du Brésil, 24 avril 1990, *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 137.

<sup>1464</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit, p. 226.

<sup>1465</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit, p. 181.

pouvoir de juger du litige existant entre les secondes. Ce n'est pas la convention d'arbitrage qui confère aux arbitres leur pouvoir juridictionnel. Dans cette perspective, Thomas Clay souligne que : « aux côtés de la convention d'arbitrage qui a pour objet de soumettre le litige éventuel à l'arbitrage, le contrat d'arbitre [...] a pour objet l'investiture de l'arbitre »<sup>1466</sup>. En d'autres termes, pour ce courant, par la convention d'arbitrage, les parties se mettent d'accord pour soumettre leur litige aux arbitres ; ceux-ci étant alors investis du pouvoir de juger par le contrat d'arbitre.

A l'inverse, la seconde thèse affirme que c'est la convention d'arbitrage qui fonde le pouvoir juridictionnel des arbitres qui, sans elle, seraient totalement dépourvus. En réalité, le pouvoir de juger vient de l'accord de volonté entre les parties et non de l'accord de volonté entre les parties et les arbitres. Pour cette doctrine, le contrat d'arbitre oblige seulement les arbitres désignés à exercer ce pouvoir juridictionnel en accomplissant leur mission. Mais, au sens strict, ce n'est pas le contrat d'arbitre qui leur confère un pouvoir juridictionnel<sup>1467</sup>. Dans cette optique, Motulsky affirme que les « parties confèrent, à la fois et par le même acte, à la juridiction arbitrale son existence et sa compétence ; l'arbitre n'étant un juge que dans la mesure où les parties l'ont bien voulu, dire qu'il n'est pas institué ou dire qu'il n'est pas compétent, c'est exactement la même chose »<sup>1468</sup>. Il résulte de ce qui précède que c'est bien la convention d'arbitrage qui, simultanément, rend les arbitres compétents et leur confère le pouvoir juridictionnel en les instituant en tant que juge.

C'est la thèse qui a notre préférence. Elle tient en effet une place importante, notamment en matière de finance islamique, car cette règle permet aux opérateurs de cette finance d'instituer leur propre juge en évitant en même temps le recours à la justice étatique qui s'avère peu adaptée à la particularité des activités financières islamiques, comme cela avait été indiqué dans la première partie. En outre, cette règle a l'avantage d'éviter rapidement l'intervention du juge étatique dont la compétence est exclue à partir du moment où les parties à un contrat de financement islamique ont conclu une convention d'arbitrage.

Il faut noter que la notion de compétence du tribunal arbitral occupe aujourd'hui une place importante dans les législations nationales relatives à l'arbitrage. L'exemple du droit français de l'arbitrage est particulièrement illustratif à cet égard. En effet, le décret du 13 janvier 2011 a tendance à renforcer la pertinence de cette notion. Il est maintenant prévu que

---

<sup>1466</sup> Thomas Clay, *L'arbitre*, op, cit, p. 138.

<sup>1467</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 227.

<sup>1468</sup> Henri Motulsky, *Ecris, études et notes sur l'arbitrage*, tome 2, op, cit, p. 239.

le recours en annulation est ouvert si « le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent »<sup>1469</sup>. Il s'agit d'une formulation nouvelle, puisque les anciens textes n'évoquaient pas la question de compétence. Ils permettaient l'annulation de la sentence dès lors que l'arbitre avait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée<sup>1470</sup>.

Finalement, il convient de signaler que l'effet positif de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique, c'est-à-dire l'effet consistant à attribuer au tribunal arbitral sa compétence juridictionnelle, doit être minutieusement distingué du principe de compétence-compétence. En effet, ce principe, qui sera étudié dans les développements qui suivent, autorise l'arbitre à statuer sur sa propre compétence. Fondamentalement, ce principe n'est pas un effet de la convention d'arbitrage. Il s'agit d'une règle fondamentale qui trouve sa source dans le droit de l'arbitrage ou dans un ordre juridique arbitral autonome<sup>1471</sup>.

## **B)- Les effets négatifs de la convention d'arbitrage**

Pour que le respect de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique soit assuré, il est nécessaire qu'à l'effet positif imposant aux parties de respecter leur engagement de soumettre aux arbitres les litiges visés par cette convention corresponde un effet négatif interdisant aux tribunaux étatiques de statuer sur les litiges de financement islamique qui font l'objet de la convention d'arbitrage. Il s'agit des tribunaux étatiques de manière globale sans qu'il soit nécessaire de viser spécifiquement les tribunaux d'un Etat donné. L'arbitrage est une alternative à la justice étatique prise dans son ensemble. La justice étatique est donc rendue incompétente par la stipulation de la convention d'arbitrage. Dans ce cadre, nous allons examiner le principe et le régime de l'incompétence des juridictions étatiques (1), avant d'évoquer les limites d'un tel principe (2).

---

<sup>1469</sup> Voir à cet égard les articles 1492-1 (arbitrage interne) et 1520-1 (arbitrage international) du Code français de procédure civile.

<sup>1470</sup> Voir les anciens articles 1484-1 et 1502-1 du Code français de procédure civile.

<sup>1471</sup> Emanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Pub, 2008, p. 128.

## 1)- Principe et régime de l'incompétence des juridictions étatiques

Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques pour trancher les litiges visés par une convention d'arbitrage conclue par des parties à un contrat de financement islamique est consacré par les principales conventions internationales relatives à l'arbitrage. Ainsi, le Protocole de Genève de 1923 affirmait que « les tribunaux des Etats contractants saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnes visées à l'article 1<sup>er</sup> (soit entre personnes soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différents) et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu dudit article et susceptible d'être mis en application, renverront les intéressés [...] au jugement des arbitres »<sup>1472</sup>. De même, la Convention de New York de 1968 dispose que « le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage [...] »<sup>1473</sup>. Ce principe est reconnu indirectement par la Convention de Genève de 1961 qui prévoit : « lorsque avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des Etats contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur les mêmes différends entre les mêmes parties [...], sursoieront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale »<sup>1474</sup>.

A l'instar des conventions internationales, la plupart des législations nationales sur l'arbitrage consacrent le principe de l'incompétence des tribunaux étatiques pour statuer sur les litiges visés par une convention d'arbitrage. A ce titre, on peut citer l'exemple français. En effet, le Code français de procédure civile prévoit dans son article 1448, alinéa 1, que « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». Dans un arrêt du 28 juin 1989, la Cour de cassation française a affirmé que cette règle était également « applicable aux arbitrages internationaux »<sup>1475</sup>. Notons que par renvoi de l'article 1506 du Code de procédure civile, la disposition contenue dans l'article précité s'applique aussi à l'arbitrage international.

---

<sup>1472</sup> Voir l'article IV, alinéa 1<sup>er</sup> du Protocole de Genève de 1923.

<sup>1473</sup> Article 2, paragraphe 3 de la Convention de New York de 1958.

<sup>1474</sup> Article VI, paragraphe 3, de la Convention de Genève de 1961.

<sup>1475</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 28 juin 1989, Eurodif c. République Islamique d'Iran, Revue de l'arbitrage, 1989, p. 653.

En réalité, l'incompétence des juridictions étatiques doit être soulevée par l'une des parties à un litige de financement islamique. En pratique, il s'agit du défendeur<sup>1476</sup>. Le juge saisi en dépit d'une convention d'arbitrage ne peut soulever d'office son incompétence. Cette règle est parfaitement justifiée. En effet, l'arbitrage est une justice privée qui repose, naturellement, sur la volonté des parties de faire trancher les litiges les opposant par cette voie alternative. De ce fait, elles ont toujours la possibilité d'y renoncer d'un commun accord pour recourir à la justice étatique. Cependant, dans le domaine de la finance islamique, cette renonciation pourrait entraîner des conséquences négatives pour la qualité de la solution donnée au litige, puisque le juge étatique n'est pas toujours compétent dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Ceci aura pour effet d'entraver le développement de l'industrie financière islamique. Pour cette raison, on recommande aux parties à un contrat de financement islamique de ne pas renoncer à leur convention d'arbitrage.

Quoi qu'il en soit, cette renonciation peut être expresse ou tacite<sup>1477</sup>. Lorsque le demandeur saisit une juridiction étatique en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage et que le défendeur ne soulève l'incompétence de ladite juridiction, il y a accord tacite des parties pour renoncer au bénéfice de la convention d'arbitrage. Dans ce cas, le juge étatique ne peut pas contrarier cet accord en soulevant d'office son incompétence tirée d'une convention d'arbitrage.<sup>1478</sup>

Au-delà de la finance islamique, ce principe est très généralement accepté. Il résultait déjà de l'article IV du Protocole de Genève de 1923<sup>1479</sup>. Il a été repris par l'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York de 1958<sup>1480</sup> et par l'article VI, paragraphe 6, de la Convention de Genève de 1961<sup>1481</sup>. Il se retrouve dans la plupart des législations relatives à l'arbitrage. En France par exemple, l'article 1448 al. 2 CPC interdit expressément au juge de soulever d'office son incompétence<sup>1482</sup>.

---

<sup>1476</sup> Dans ce cadre, il doit se couler dans le moule de l'exception d'incompétence. Il est à noter qu'il y a une divergence quant à la nature de l'exception posée : s'agit-il d'une exception d'incompétence ou bien d'une fin de non-recevable ? Des arrêts judiciaires français récents emploient expressément l'exception d'incompétence. Voir sur ce sujet, Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, pp. 231-232.

<sup>1477</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 419.

<sup>1478</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 231.

<sup>1479</sup> Cet article subordonne « à la demande de l'un d'eux » le renvoi des intéressés au jugement des arbitres.

<sup>1480</sup> Selon cette Convention, les juridictions renvoient les parties à l'arbitrage « à la demande de l'une d'elles ».

<sup>1481</sup> Ce texte précise que « L'exception prise de l'existence d'une convention d'arbitrage est présentée devant le tribunal judiciaire saisi par une des parties à la convention d'arbitrage doit être soulevé par le défendeur à peine de forclusion avant ou au moment de présenter ses défenses au fond, selon que la loi du tribunal saisi considère l'exception d'incompétence comme une question de procédure ou de fond ».

<sup>1482</sup> Ce texte prévoit que « La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence ».

Là encore, il est nécessaire d'opérer une distinction nette et claire entre l'effet négatif de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique et l'effet négatif du principe de compétence-compétence. Comme nous l'avons vu, l'effet négatif de la convention d'arbitrage implique que les tribunaux étatiques sont incompétents pour statuer sur les litiges de financement islamique visés par cette convention. Alors que l'effet négatif du principe de compétence-compétence signifie que le juge étatique saisi au fond, devant qui une convention d'arbitrage est invoquée, ne peut normalement pas apprécier la validité ou l'applicabilité de celle-ci<sup>1483</sup>.

## **2)- Limites du principe de l'incompétence des juridictions étatiques**

Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques pour connaître des litiges visés par une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique n'exclue cependant pas toute intervention du juge étatique. Ce dernier peut intervenir dans certaines hypothèses pour assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage en matière de finance islamique. En ce sens, la justice étatique vient soutenir l'arbitrage dans l'accomplissement de sa mission. Par cette intervention de la justice étatique, la justice arbitrale se trouve consolidée et renforcée en tant que mode de règlement des litiges relatifs à la finance islamique.

La première hypothèse concerne l'intervention des juridictions étatiques pour aider, en cas de besoin, à la mise en place du tribunal arbitral désigné par les parties à un contrat de financement islamique. En effet, la constitution du tribunal arbitral peut rencontrer plusieurs sortes de difficultés. D'abord, puisqu'elle repose sur la volonté des parties, l'une d'elles peut la freiner par son inertie. Des problèmes peuvent ensuite naître de l'intervention du tiers choisi pour nommer les arbitres ou pour administrer la procédure arbitrale, ou d'une rédaction maladroite de la convention d'arbitrage. Des difficultés relatives à la constitution du tribunal arbitral peuvent même surgir après la désignation des arbitres par les parties à un contrat de financement islamique, lorsque l'un d'eux ne désire pas poursuivre sa mission ou lorsqu'une partie, pour diverses raisons, souhaite qu'il la cesse. Dans toutes ces situations, pour éviter la paralysie de l'instance arbitrale et assurer l'efficacité de l'arbitrage, l'intervention du juge étatique s'avère indispensable.<sup>1484</sup> A travers cette assistance étatique, l'arbitrage peut accéder

---

<sup>1483</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 232.

<sup>1484</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p.260

à la pleine efficacité dans la résolution des litiges de financement islamique. Ce qui revient à profiter à la finance islamique elle-même qui a besoin de l'arbitrage pour assurer une prise en compte suffisante de sa particularité.

Dans cette perspective, le décret français du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage emploie le terme « juge d'appui » pour mettre l'accent sur la finalité de l'intervention du juge étatique. En ce sens, le juge étatique apparaît fondamentalement comme un élément essentiel sur lequel repose la justice arbitrale en cas de difficultés. En réalité, comme l'indiquent Fouchard, Gaillard et Goldman, cette intervention du juge étatique n'est en aucune manière une concurrence à l'arbitrage. Au contraire, elle a pour objet de le faire fonctionner afin de respecter la volonté des parties qui ont conclu une convention d'arbitrage. Elle ne contredit en rien le principe de l'incompétence des tribunaux étatiques pour trancher le fond des litiges couverts par une convention d'arbitrage<sup>1485</sup>.

La deuxième hypothèse est liée à la compétence résiduelle du juge étatique. Cela concerne la prise des mesures provisoires et de certaines mesures conservatoires. L'arbitrage, en raison des effets relatifs de la convention d'arbitrage et de l'absence d'impérium des arbitres, n'est pas toujours une procédure adaptée à l'adoption efficace de mesure provisoires ou conservatoires qui présentent un caractère d'urgence. C'est pourquoi il est de longue date admis qu'une convention d'arbitrage n'empêche pas la saisine du juge étatique des mesures provisoires et de certaines mesures conservatoires<sup>1486</sup>.

L'effet négatif de la convention d'arbitrage ne s'applique pas, dans sa rigueur, à cette forme spécifique de contentieux. Il faut noter que le tribunal arbitral, une fois constitué, a également la possibilité d'octroyer des mesures provisoires et conservatoires. De plus, avec la tendance moderne du droit de l'arbitrage, la possibilité de saisir le juge étatique n'est toutefois ouverte que si les parties n'ont convenu par avance de s'interdire de le faire et de réserver au tribunal la compétence pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires<sup>1487</sup>. Autrement dit, les parties ont la faculté de se priver du recours au juge étatique. Dès lors, seul le tribunal arbitral constitué en application de la convention d'arbitrage aura compétence pour octroyer des mesures provisoires et conservatoires. Dans ce cas, il se voit investi d'une compétence exclusive en la matière. Cette tendance contemporaine a des avantages en matière de finance islamique. Elle évite la dispersion du litige entre l'arbitrage et la justice étatique. Elle assure

---

<sup>1485</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 426.

<sup>1486</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 233.

<sup>1487</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 200.

également une résolution rapide du litige de financement islamique. Tout cela renforce la place de l'arbitrage en tant que justice naturelle des litiges liés à la finance islamique.

De son côté, la Cour de cassation française a eu l'occasion de préciser les conditions d'une telle renonciation. A cet égard, elle a jugé que le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires ne peut être écarté que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation<sup>1488</sup>.

A défaut d'exclusion conventionnelle, une compétence concurrente, essentiellement fondée sur l'urgence des mesures à prendre, est reconnue en matière de mesures provisoires et conservatoires au juge de l'urgence. Notons que cette compétence du juge étatique n'empiète pas réellement sur celle du tribunal arbitral pour trancher le fond du litige de financement islamique<sup>1489</sup>. De plus, la décision du juge des référés, lorsqu'il est saisi par les parties à une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique, est de nature provisoire et n'a pas l'autorité de la chose jugée. Elle ne s'impose pas au tribunal arbitral qui n'est pas lié par cette décision<sup>1490</sup>.

La troisième hypothèse est relative à la compétence exclusive du juge étatique. Juge privé, l'arbitre désigné par les parties à un contrat de financement islamique ne rend pas la justice au nom de l'Etat. De ce fait, il ne dispose pas de tous les pouvoirs du juge étatique, notamment des pouvoirs de contrainte sur les biens et les individus qui appartiennent au juge étatique. C'est la raison pour laquelle ce dernier bénéficie à cet égard d'une compétence exclusive, en raison du monopole de l'Etat pour exercer la contrainte sur le territoire<sup>1491</sup>. Dans ce contexte, le juge étatique conserve en principe toute compétence, même lorsqu'une instance arbitrale est constituée par des parties à un contrat de financement islamique, pour ordonner les mesures relevant des voies d'exécution. Il n'est pas permis à un arbitre d'autoriser une partie à contrat de financement islamique à pratiquer une saisie conservatoire ou une sûreté judiciaire comme par exemple une hypothèque judiciaire provisoire. Seul le juge étatique est habilité à prendre de telles mesures. Il a compétence exclusive pour se faire. C'est en réalité l'impossibilité pour un juge privé d'adopter des mesures qui touchent à la contrainte

---

<sup>1488</sup> Cass. Civ. 1, 18 novembre 1986, JDI 1987, p. 125.

<sup>1489</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 200.

<sup>1490</sup> Azmi Abdel Fattah, *Droit de l'arbitrage koweïtien en comparaison avec la nouvelle loi française sur l'arbitrage de 2011* (en arabe), 2<sup>ème</sup> édition, Dar Al Koutob, Le Koweït, 2012, p. 188.

<sup>1491</sup> Charles Jarroson, « Réflexions sur l'impérium », in Etudes offertes à P. Bellet, Litec, 1991, p. 245.

qui explique la solution. En effet, l'arbitre, à la différence du juge étatique, n'est pas dépositaire d'une parcelle de puissance publique<sup>1492</sup>.

Dans cette perspective, l'article 1468 du Code de procédure civile français, qui reconnaît le pouvoir de l'arbitre d'ordonner les mesures conservatoires et provisoires, dispose en son alinéa 1 que « Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires ». Il en résulte que les parties à un litige de financement islamique doivent nécessairement saisir un juge étatique dans les conditions de droit commun. En effet, l'existence d'une convention d'arbitrage ne les empêche pas la saisine du juge étatique, même après la constitution du tribunal arbitral. Il leur sera, par exemple, possible d'obtenir une saisie provisoire destinée à rendre indisponible un bien, de manière à préparer l'exécution future de la sentence<sup>1493</sup>.

Par ailleurs, l'effet relatif d'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de financement islamique exclut que l'arbitre puisse adresser des injonctions à des tiers à cette convention. L'arbitre ne peut donc contraindre un tiers récalcitrant à produire un élément de preuve ou à comparaître devant lui comme témoin. Cette production ou cette comparution du tiers pouvant parfois être très utiles à la bonne résolution du litige de financement islamique.

Il faut noter que la doctrine a émis le souhait qu'une partie, ou même l'arbitre, puisse s'adresser au juge des référés afin que celui-ci ordonne au tiers cette production ou de comparaître devant le tribunal arbitral. Cette proposition est utile à la finance islamique dans la mesure où elle participe à assurer une résolution rapide des litiges liés à ce secteur d'activité. Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage concrétise partiellement ce souhait. En effet, selon le nouvel article 1469 du Code de procédure civile français, « si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce »<sup>1494</sup>.

La dernière hypothèse d'intervention du juge étatique concerne le contrôle de la sentence arbitrale. En effet, le fait qu'un contrôle minimal soit exercé sur la sentence soit

---

<sup>1492</sup> Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure civile*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, p. 77.

<sup>1493</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 239.

<sup>1494</sup> Sur cette question, voir Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 203 et s.

susceptible d'exécution forcée comme un jugement rendu par l'organe d'un ordre juridique étatique, elle doit être revêtue de l'exequatur et l'on ne concevrait pas que l'introduction de cette sentence dans l'ordre juridique d'un Etat se fasse sans un contrôle minimal. Ce contrôle concerne essentiellement les questions de compétence, de respect des droits de la défense et de l'ordre public international. Mis à part le contrôle basé sur l'ordre public qui vise à protéger les valeurs fondamentales de l'Etat considéré, ce contrôle contribue à améliorer et à renforcer l'efficacité et la crédibilité de la justice arbitrale. Notons que dans le domaine de la finance islamique, cette question a une particularité qui sera ultérieurement évoquée<sup>1495</sup>.

Force est de constater que le contrôle étatique ne contredit pas la compétence des arbitres pour trancher le fond des litiges visés par une convention d'arbitrage. Cela ne serait en effet le cas que si le contrôle étatique des sentences portaient sur le fond, ce qui n'est pas admis dans la plupart des Etats, comme le montre la ratification massive de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui, précisément, a l'avantage d'exclure un tel contrôle<sup>1496</sup>.

### **§3. La vérification de la compétence arbitrale : le principe de compétence-compétence**

Si l'autonomie et les effets de la convention d'arbitrage sont nécessaires à la finance islamique, ils ne permettent pas à eux seuls d'assurer la pleine efficacité de la justice arbitrale dans ce domaine et de faire obstacle aux manœuvres, éventuellement dilatoires, de la partie qui refuse d'être atraite devant le tribunal arbitral. D'où l'importance cardinale d'un autre principe fondamental du droit de l'arbitrage : le principe de compétence-compétence<sup>1497</sup>. En effet, ce principe revêt une importance toute particulière en matière de finance islamique dans la mesure où il contribue largement à renforcer le rôle de l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des litiges liés à ce secteur d'activité.

Des auteurs de la doctrine ont mis en évidence le rôle important d'un tel principe. Selon Jean Robert et Henri Motulsky, toute la finalité de l'arbitrage se trouve remise en cause

---

<sup>1495</sup> Voir notre seconde partie, titre 2, chapitre 2, section 2.

<sup>1496</sup> Voir à cet égard, Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 428 et s.

<sup>1497</sup> Benoit Le Bras et Joseph Dalmaso, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op, cit, p. 53.

si les juridictions étatiques ont la possibilité de connaître, au simple motif de ce qu'une des parties le prétend, de la validité de l'arbitrage. Dans ce contexte, la fonction arbitrale serait détruite et le recours à l'arbitrage resterait sans effet<sup>1498</sup>. A cet égard, nous allons examiner comment le principe a été consacré (A) et quel en est le contenu (B).

### A)- L'affirmation du principe

Le principe de compétence-compétence désigne le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. En effet, à partir du moment où la compétence arbitrale est contestée, il revient logiquement et normalement à l'arbitre lui-même de vérifier sa compétence. Si le juge étatique est saisi au fond en dépit d'une convention d'arbitrage, il doit en principe s'interdire d'apprécier la compétence arbitrale. C'est l'arbitre lui-même qui est compétent pour apprécier sa compétence<sup>1499</sup>. Il s'agit d'un principe fondamental, fondateur, cardinal, du droit de l'arbitrage<sup>1500</sup>. C'est un principe reconnu par la plupart des droits de l'arbitrage.

L'origine terminologique de la compétence-compétence est longtemps attribué à une expression allemande : « *kompetenz-komptentenz* »<sup>1501</sup>. Dans la terminologie allemande, la « *kompetenz-komptentenz* » impliquerait le pouvoir de l'arbitre de juger en dernier ressort, et sans contrôle judiciaire aucun, de sa compétence<sup>1502</sup>. De même, selon Emanuel Gaillard, « si l'expression existait bien en droit allemand, elle désignait une réalité toute différente. Elle s'appliquait en effet spécifiquement aux hypothèses dans lesquelles un juge a compétence exclusive pour statuer en premier et en dernier ressort sur sa propre compétence »<sup>1503</sup>. Afin d'éviter la confusion de l'expression allemande, les spécialistes du droit de l'arbitrage utilisent aujourd'hui l'expression française « compétence-compétence ». Généralisée et très

---

<sup>1498</sup> Jean Robert, *Arbitrage civil et commercial*, droit interne, Sirey, Paris, 1961, p. 145 ; Henri Motulsky, *Ecris*, tome 2, op, cit, p. 189.

<sup>1499</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 263.

<sup>1500</sup> Magali Boucaron, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Thèse de droit, Université de Nice – Sophia Antipolis, 2011, p. 7.

<sup>1501</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 287.

<sup>1502</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 410.

<sup>1503</sup> Emanuel Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.FR. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 387.

largement internationalisée, cette expression veut dire que l'arbitre est compétent pour apprécier sa compétence. Mais sa décision en la matière n'est pas définitive<sup>1504</sup>.

Il faut noter qu'il est vrai que le principe de compétence-compétence ne repose pas sur la convention d'arbitrage elle-même. Si l'arbitre est compétent pour apprécier sa propre compétence, ce n'est pas au titre de la convention d'arbitrage, mais en application d'une règle émanant de l'ordre juridique duquel l'arbitre tient ce pouvoir<sup>1505</sup>. A ce titre, Fouchard, Gaillard et Goldman soulignent que « ce n'est pas la convention d'arbitrage qui fonde la compétence-compétence mais le droit de l'arbitrage de l'Etat du siège de l'arbitrage et, plus généralement, de l'ensemble des Etats susceptibles de reconnaître sur leur propre compétence »<sup>1506</sup>. Malgré cela, le principe de compétence-compétence reste étroitement associé à la convention d'arbitrage. En effet, le principe de compétence-compétence semble être l'un des effets indirects de la convention d'arbitrage. De plus, il entretient des rapports étroits avec le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, puisque c'est ce principe qui permet à l'arbitre de vérifier sa propre compétence en excluant toute influence sur la convention d'arbitrage<sup>1507</sup>. Ce lien indirect entre convention d'arbitrage et principe compétence-compétence justifie que ce dernier soit étudié dans le chapitre consacré à la convention d'arbitrage.

En réalité, les travaux de la doctrine militaient pour la reconnaissance de ce principe, ce dont témoigne le deuxième vœu du Congrès international de l'arbitrage de 1961 dont les travaux retenaient « que la mise en œuvre de l'arbitrage voulu par les parties implique la faculté pour les arbitres de vérifier leur investiture [et] que les arbitres sont autorisés, sous réserve du contrôle judiciaire sur l'existence et la validité des conventions d'arbitrage »<sup>1508</sup>. Ce souhait exprimé par la doctrine a trouvé un écho favorable dans la Convention de Genève de 1961 dont l'article V, paragraphe 3, dispose : « sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire ; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie ». Une disposition similaire figure dans la Convention de Washington qui met en place le CIRDI

---

<sup>1504</sup> Pierre Jolidon, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne, 1984, p. 185.

<sup>1505</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit, p. 264.

<sup>1506</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit, p. 414.

<sup>1507</sup> Hafida Al Hadad, *Les tendances contemporaines concernant la convention d'arbitrage* (en arabe), op. cit, p. 130.

<sup>1508</sup> Revue de l'arbitrage 1961, p. 48 et s.

(article 41). De même, la faculté de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence se retrouve aussi à l'article 16 de la loi type de la CNUDCI.

En outre, ce principe a été affirmé par la plupart des règlements d'arbitrage et des législations nationales. Dans cette perspective, la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international a contribué à la large diffusion de ce principe au sein des législations nationales. Selon l'article 16 de cette loi-type, « Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence 1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ». De même, le règlement d'arbitrage de la CCI<sup>1509</sup> attribue également une telle compétence aux arbitres. Ce principe a été affirmé par la plupart des droits nationaux. C'est le cas par exemple en Allemagne, en Espagne, en Grèce, au Royaume-Uni, en Suisse, en Belgique<sup>1510</sup>. Selon les droits bahreïni (loi type), tunisien, du Dubaï International Financial Centre (DIFC) et du Qatar Financial Centre (QFC), « le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ». Les lois égyptienne, omanaise, yéménite, jordanienne, syrienne et saoudienne sont légèrement plus explicites : « le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur les questions relatives à son incompétence ainsi que celles fondées sur l'absence de convention d'arbitrage, sa caducité, sa nullité ou sur le fait qu'elle n'inclut pas l'objet du litige ». La loi algérienne précise que « le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence »<sup>1511</sup>.

Dans l'ordre juridique français, depuis fort longtemps, l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence. Ce principe a été consacré par la jurisprudence française dès 1968. En effet, le 29 novembre de cette année, la Cour d'appel de Colmar a affirmé dans l'affaire *Impex* : « il est de principe que le juge saisi est compétent pour statuer sur sa propre compétence, ce qui implique nécessairement, lorsque le juge est un arbitre dont les pouvoirs tirent leur origine d'une convention des parties, la vérification de l'existence et de la validité de cette convention ; Que d'autre part la nullité alléguée de la convention assortie de la clause compromissoire ne prend effet que le jour où elle est souverainement constatée, mais que jusqu'à ce moment la convention existe en fait et produit ses effets ; Qu'enfin la thèse

---

<sup>1509</sup> Article 6, §3, du règlement de l'arbitrage de la CCI.

<sup>1510</sup> Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2002, n° 459 et s.

<sup>1511</sup> Sur l'exemple des pays arabes, voir Nathalie Najjar, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international* op, cit, p. 486 et s.

défendue par Impex, selon laquelle sur la simple prétention de l'une des parties que le contrat est nul, peut-être émise dans un but dilatoire, l'arbitrage devrait être précédé d'une instance judiciaire pour déterminer au préalable si les arbitres ont pouvoir ou non, en retardant l'examen du fond, ferait perdre tout intérêt pratique à l'arbitrage »<sup>1512</sup>.

Après avoir préalablement rappelé l'autonomie juridique de l'accord compromissoire et relevé qu'il s'agissait d'arbitrage international, la Cour de cassation a décidé, en 1971, que « les chambres arbitrales ont exclusivement qualité pour statuer sur les litiges entrant dans le cadre de la mission qui leur a été conférée sous le contrôle du juge de l'*execuatur* ou, le cas échéant, à charge d'appel de la sentence elle-même si, en dehors des cas prévus à l'article 1028 du Code de procédure civile, une atteinte à l'ordre public est invoquée ; qu'en toute hypothèse la juridiction arbitrale est compétente pour statuer sur l'inexécution des marchés litigieux »<sup>1513</sup>. La solution a été codifiée lors du décret du 12 mai 1981 aux articles 1466 et 1458 du Code de procédure civile, avant d'être reprise, sous une formulation différente par le décret du 13 janvier 2011. Désormais, l'article 1465 précise que « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ». Et l'article 1448 énonce : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». Ces deux articles constituent l'assise textuelle de la compétence du tribunal arbitral en droit français. Notons que ces textes, insérés dans le dispositif relatif à l'arbitrage interne, s'applique naturellement à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du Code de procédure civile.

Cette généralisation du principe de compétence-compétence montre son importance et son rôle dans la mise en place d'une justice arbitrale efficace, notamment en matière de finance islamique. Il contribue en réalité à renforcer le caractère juridictionnel de l'arbitrage et sa crédibilité aux yeux des institutions financières islamiques. Avec ce principe, ce mécanisme peut s'affirmer comme le juge naturel ou privilégié des litiges relatifs à la finance islamique.

---

<sup>1512</sup> Cour d'appel Colmar, 29 novembre 1968, Sté Impex c/ Sté P.A.Z et a, JCP G, 1970, II, 16264.

<sup>1513</sup> Cass, 1<sup>er</sup> civ, 18 mai 1971, n° 69-10-489, Impex c/ P.A.Z : JDI 1972, p. 62.

## **B)- Contenu du principe de compétence-compétence**

En matière de finance islamique comme dans les autres matières, le principe de compétence-compétence a double aspect. Sous son aspect négatif, il empêche par principe le juge étatique de statuer avant l'arbitre sur la compétence arbitrale (1). Sous son aspect positif, il permet à l'arbitre lui-même de se prononcer sur sa propre compétence (2).

### **1)- L'effet négatif du principe de compétence-compétence**

Comme l'indique Emmanuel Gaillard, « Dans son effet négatif, le principe de compétence-compétence s'adresse aux juridictions étatiques. Il prolonge l'effet négatif de la convention d'arbitrage en interdisant aux juridictions étatiques saisies par une partie au fond du litige en dépit de l'existence, au moins *prima facie*, d'une convention d'arbitrage, de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou la validité de celle-ci avant que les arbitres eux-mêmes n'aient eu l'occasion de se prononcer sur ces questions »<sup>1514</sup>. Tel est l'un des objectifs fondamentaux du recours à l'arbitrage dans le domaine de la finance islamique. En application de ce principe, le contentieux sur la compétence arbitrale échappe donc au juge saisi du fond. Pour saisir toute la particularité de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, il s'avère indispensable d'examiner d'abord la règle (a), pour voir ensuite quelles en sont les limites (b).

#### **a)- La règle**

Dans le domaine de la finance islamique comme dans les autres domaines, la règle consiste à ce que le juge étatique doive s'abstenir de vérifier la compétence arbitrale avant que celle-ci ne soit appréciée par le tribunal arbitral lui-même. Autrement dit, le juge étatique saisi *a priori* est empêché de statuer sur la validité et l'applicabilité d'une convention d'arbitrage invoquée devant lui. L'arbitre désigné par les parties à un contrat de financement islamique a une compétence prioritaire dans la mesure où un seul contrôle *a posteriori* est possible une fois la sentence arbitrale rendue. Si le juge étatique est saisi au fond, il doit renvoyer les

---

<sup>1514</sup> Emmanuel Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », op, cit, p. 387.

parties à l'arbitrage et se déclarer incompétent sans pouvoir apprécier la compétence arbitrale<sup>1515</sup>.

A cet égard, il y a lieu de distinguer entre deux cas de figure. Dans le premier cas, le tribunal arbitral est déjà saisi. Ici, le juge étatique saisi au fond est radicalement incompétent aux fins de statuer sur la compétence arbitrale. Il doit automatiquement renvoyer les parties à l'arbitrage. Le tribunal arbitral, qui est par définition constitué, est exclusivement compétent à ce stade pour vérifier sa propre compétence. Si l'une des parties entend soulever une objection à la compétence arbitrale, il faudra la présenter devant les arbitres eux-mêmes. Il s'agit d'une priorité absolue qui est conférée au tribunal arbitral<sup>1516</sup>. Cet aspect renforce la place de l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. Il rassure les institutions financières islamiques qui ont conclu une convention d'arbitrage que leur litige soit réglé par cette voie. Ceci est très important dans ce domaine.

Dans le second cas, le tribunal arbitral n'est pas encore saisi. Concrètement, le demandeur saisit la juridiction étatique d'une action au fond, en dépit d'une convention d'arbitrage, avant même toute opération de constitution du tribunal arbitral. Ici, le juge doit normalement renvoyer les parties à un contrat de financement islamique à l'arbitrage, sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. On ne peut dire alors qu'il soit véritablement incompétent pour apprécier la compétence arbitrale. A vrai dire, son pouvoir juridictionnel est limité. Il ne peut en effet apprécier que le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Dans cette hypothèse, nous sommes en présence d'une priorité relative dont est investi le tribunal arbitral<sup>1517</sup>.

Pour assurer l'efficacité de l'arbitrage notamment en matière de finance islamique, l'effet négatif du principe de compétence-compétence interdit toute action préventive tendant à faire constater, à titre principal, la nullité ou l'inopposabilité de la convention d'arbitrage. Cette action est fermement prohibée. Cette interdiction contribue certainement à consolider l'arbitrage dans la résolution des litiges de financement islamique.

---

<sup>1515</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 266.

<sup>1516</sup> Magali Boucaron, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 251.

<sup>1517</sup> Sur cette question, voir Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 267 et s. ; Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p.190.

De son côté, la Cour de cassation française a affirmé que « la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage »<sup>1518</sup>. Même lorsqu'une convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable, il ne serait pas possible, par voie d'action principale, de le faire juger par un tribunal étatique. Ce n'est que devant le juge saisi du fond du litige que la question peut être posée à la suite d'une exception d'incompétence visant la convention d'arbitrage<sup>1519</sup>.

Cette règle se justifie par plusieurs considérations. Premièrement, il y a la volonté de déjouer les manœuvres dilatoires<sup>1520</sup>. Il n'est pas possible de recourir aux tribunaux étatiques en vue d'éviter ou de contourner la convention d'arbitrage. Autrement dit, la justification de ce principe est essentiellement d'ordre pratique. En réalité, ce principe est nécessaire au bon fonctionnement de l'arbitrage. Refuser la compétence de l'arbitre pour trancher les contestations relatives à l'existence de son pouvoir juridictionnel a pour inconvénient évident de favoriser les exceptions d'incompétence présentées de façon dilatoire. Cela conduit en effet l'arbitre à devoir surseoir à statuer en cas de contestation, quel qu'en soient les mérites, de la validité de la convention d'arbitrage, dans l'attente d'une décision d'une juridiction étatique sur ce point. Un tel refus pourrait donc constituer une arme particulièrement efficace aux mains de parties de mauvaise foi souhaitant ralentir, voire décourager, toute procédure arbitrale. C'est l'efficacité même de l'arbitrage qui risquerait finalement d'être compromise.<sup>1521</sup>

Deuxièmement, ce principe se justifie également par la volonté d'assurer la centralisation du contentieux<sup>1522</sup>. En effet, si l'on devait permettre à toute juridiction étatique, dès lors qu'elle est saisie du fond et qu'une convention d'arbitrage est invoquée devant elle, d'apprécier la compétence arbitrale, cela conduirait à l'émiettement du contentieux sur ce point. C'est la signification de la compétence prioritaire accordée à l'arbitre.<sup>1523</sup>

Troisièmement, une partie de la doctrine avance l'idée selon laquelle l'effet négatif de la compétence-compétence peut être fondé sur la théorie de l'apparence<sup>1524</sup>. En effet, si une convention d'arbitrage est invoquée par l'une des parties au titre d'une exception d'incompétence devant le juge étatique saisi du fond, il est vraisemblable que cette

---

<sup>1518</sup> Cass. Civ 1, 5 janvier 1999, *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 260.

<sup>1519</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit, p. 268.

<sup>1520</sup> Emanuel Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit, p. 399.

<sup>1521</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit, p.184.

<sup>1522</sup> Emanuel Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », op. cit, p. 400.

<sup>1523</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit, p. 269.

<sup>1524</sup> Magali Boucaron, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, op. cit, p. 199.

convention sera efficace. L'invocation d'une convention d'arbitrage crée une apparence de compétence arbitrale. Cette apparence correspond le plus souvent à la réalité. Comme l'indique Eric Loquin, « le doute profite nécessairement à la compétence arbitrale »<sup>1525</sup>. Plus nombreux sont les cas dans lesquels la convention d'arbitrage est destinée à produire effet que ceux dans lesquels la convention d'arbitrage est dénuée d'efficacité. Il est même rare qu'une convention d'arbitrage soit inefficace<sup>1526</sup>.

A la lumière de ce qui précède, il apparaît que l'effet négatif de la compétence-compétence donne à l'arbitrage en matière de finance islamique une très grande efficacité en conférant aux arbitres les plus grands pouvoirs dans l'appréciation de leur propre compétence. En renforçant la place de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges relatifs à la finance islamique, ce principe exprime en réalité une politique de faveur envers cette justice conventionnelle. C'est ce qui explique la préférence accordée à l'arbitrage dans la résolution des litiges de financement islamique.

#### ***b)- Les limites***

En matière de finance islamique comme dans les autres matières, le juge étatique n'est pas tenu dans tous les cas de renvoyer à l'arbitrage en présence d'une convention d'arbitrage. Il existe notamment la réserve de la nullité et de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. Il s'agit ici des exceptions ou des limites à l'obligation pour le juge étatique de se déclarer incompétent sans pouvoir apprécier la compétence arbitrale. Le critère le plus important de cette limite réside bien entendu dans la notion de « manifeste ». Dans cette perspective, Philippe Fouchard précise que « la notion de nullité manifeste doit s'entendre strictement : il s'agit d'une nullité évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute »<sup>1527</sup>. Ce raisonnement est logiquement transposable à l'inapplicabilité manifeste. Ainsi, il faut que la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage soit évidente au prix d'un simple examen sommaire<sup>1528</sup>.

---

<sup>1525</sup> Eric Loquin, « Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *Jurisclasser Proc. Civ*, Fasc. 1034, 2010, n° 107.

<sup>1526</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 270.

<sup>1527</sup> Philippe Fouchard, « La convention du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 5.

<sup>1528</sup> Magali Boucaron, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 246 et s.

Pour renforcer le rôle de l'arbitrage, le juge étatique a adopté une conception très restrictive de l'exception tirée de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste : elle est celle qui s'impose avec la force de l'évidence, par un simple examen *prima facie*. Dès lors, en cas d'ambiguïté, de discussions possibles sur l'existence, la validité, ou l'étendue de la convention d'arbitrage, le caractère manifeste fait défaut et la question doit être tranchée prioritairement par le tribunal arbitral. Dans ce contexte, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste ne devrait pouvoir être caractérisée que dans des situations exceptionnelles, telle une inarbitrabilité manifeste<sup>1529</sup>. C'est pourquoi, le plus souvent, l'argument fondé sur l'inapplicabilité manifeste est rejeté. Ainsi, le fait que la clause d'arbitrage mentionne deux institutions d'arbitrage différentes ne la rend manifestement inapplicable<sup>1530</sup>. De même, n'est pas manifestement inapplicable à une demande fondée sur la concurrence déloyale la clause d'arbitrage qui mentionne les « difficultés survenant dans l'exécution ou l'interprétation des conventions ou par suite de leur résiliation »<sup>1531</sup>. Dans le même ordre d'idées, ne caractérisent pas le caractère manifestement inapplicable, les juges du fond qui estiment une clause compromissoire caduque en raison du défaut de désignation de l'arbitre dans le délai de trois mois stipulé<sup>1532</sup>. En effet, les exemples jurisprudentiels en ce sens pourraient se multiplier aisément<sup>1533</sup>.

En résumé, le juge n'est autorisé qu'à procéder à un contrôle *prima facie* de la nullité comme de l'inapplicabilité manifestes, qui doivent lui apparaître évidentes, excluant tout examen substantiel et approfondi. En effet, l'incertitude profitera ici à la compétence prioritaire du tribunal arbitral pour trancher la contestation relative à sa compétence. La complexité de la relation contractuelle en cause, l'éventualité d'une convention d'arbitrage valable et applicable exclut le caractère manifestement nul ou inapplicable de celle-ci<sup>1534</sup>. En pratique, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste sera difficile à caractériser compte tenu, d'une part, du cadre limité du contrôle ici autorisé aux juges du fond et, d'autre part, des

---

<sup>1529</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 191.

<sup>1530</sup> Civ 1, 20 février 2007, *Revue de l'arbitrage* 2007, p. 775.

<sup>1531</sup> Civ 1, 8 novembre 2005, *Revue de l'arbitrage* 2006, p. 925.

<sup>1532</sup> Civ 1, 8 avril 2009, *Rev. Cri. DIP* 2009, p. 771.

<sup>1533</sup> Pour une étude plus détaillée, voir Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 270 et s.

<sup>1534</sup> Sur cette question, voir Olivier Cachard, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 893 ; Yves Strickler, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », *Revue de l'arbitrage*, 2011, p. 191.

solutions très favorables régissant tant la validité de la convention d'arbitrage que son interprétation ou ses effets<sup>1535</sup>.

## **2)- L'effet positif du principe de compétence-compétence**

L'effet positif du principe de compétence-compétence consiste à reconnaître la compétence de l'arbitre pour connaître des contestations relatives à sa propre compétence. C'est une règle aujourd'hui bien enracinée dans les droits de l'arbitrage. A l'heure actuelle, le tribunal arbitral est pleinement compétent pour apprécier lui-même sa propre compétence. Ce principe doit être explicitement consacré dans le domaine de l'arbitrage islamique pour faire de l'arbitre le juge naturel de sa compétence en matière de finance islamique. Dans cette perspective, il importe d'étudier d'abord la signification et la justification de l'effet positif de la compétence-compétence **(a)**, avant d'aborder ensuite son régime **(b)**.

### ***a)- Signification et justification de l'effet positif de la compétence-compétence***

Dans le domaine de la finance islamique comme dans les autres domaines, l'effet positif du principe de compétence-compétence revêt une dimension toute particulière. En effet, il arrive parfois qu'au moment de la réalisation d'un litige, l'une des parties à un litige de financement islamique conteste, de façon plus ou moins légitime, la compétence de l'arbitre. Elle prétendra que l'arbitrage n'est pas possible car la convention d'arbitrage n'est pas valable, ou parce qu'elle n'est pas liée par cette convention ou encore que le litige sort du champ de l'arbitrage ou non couvert par la convention d'arbitrage qu'elle a conclue. En ce sens, les contestations pourront porter sur la compétence du tribunal arbitral, soit dans son existence même, soit simplement dans son étendu. Elles pourront être formulées devant le tribunal arbitral déjà constitué, ou devant une juridiction étatique que la partie récalcitrante à l'idée d'un arbitrage, saisirait du fond du litige en dépit de la convention d'arbitrage. Elles pourront encore l'être ultérieurement, dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale qui serait néanmoins rendue, la même partie pouvant alors prétendre que le tribunal arbitral s'est

---

<sup>1535</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p.193.

déclaré à tort compétent pour connaître du litige, afin d'obtenir l'annulation ou un refus d'exequatur de la sentence<sup>1536</sup>.

Il est bien admis aujourd'hui que c'est le tribunal arbitral lui-même qui est compétent pour se prononcer sur les contestations relatives à sa propre compétence. Telle est en effet la signification de l'effet positif du principe de compétence-compétence. Dans ces conditions, la question s'est posée de savoir comment expliquer qu'un arbitre puisse lui-même juger s'il est compétent ou non. Autrement dit, comment justifier qu'un arbitre puisse se prononcer sur sa propre compétence et se déclarer éventuellement incompétent ? Pour justifier la solution sur le plan théorique, une partie de la doctrine met l'accent sur le caractère juridictionnel de l'arbitrage. En tant que véritable juge, l'arbitre doit pouvoir se prononcer sur sa propre compétence<sup>1537</sup>.

Dans cette optique, Pierre Cornet affirme que « l'arbitre est, comme tout juge, juge de sa compétence ou plutôt premier appréciateur de son pouvoir juridictionnel. Cette mission emporte tous les pouvoirs et devoirs qui incombent à un juge, en particulier le pouvoir de statuer sur les questions préalables »<sup>1538</sup>. De même, un auteur souligne que « l'arbitre, comme juge et comme tout juge, est juge de sa propre compétence. Ne pas lui permettre de statuer sur sa propre compétence serait lui couper les ailes. C'est un pouvoir inhérent à la fonction juridictionnelle qui lui est allouée »<sup>1539</sup>. D'autres auteurs mettent l'accent sur la justification pratique de l'effet positif de la compétence-compétence. A ce titre, Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt considèrent que l'effet positif du principe de compétence-compétence paraît en réalité être essentiellement d'ordre pratique. La solution est indispensable au bon fonctionnement de l'arbitrage, et donc au développement de ce mode de règlement des litiges. Elle contribue assurément à faire face aux manœuvres dilatoires qui sont susceptibles d'être utilisées par les parties de mauvaise foi<sup>1540</sup>. De fait, attribuer la compétence de la compétence à l'arbitre permet d'accélérer la procédure arbitrale et le cours du procès.

---

<sup>1536</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p.588.

<sup>1537</sup> Eric Loquin, J.-Cl. Proc. Civ, V° Compétence arbitrale, Fasc. 1030.

<sup>1538</sup> Pierre Cornet, « Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 586, cité par Azmi Abdel Fattah, *Droit de l'arbitrage koweïtien en comparaison avec la nouvelle loi française sur l'arbitrage de 2011*, op, cit, p. 158.

<sup>1539</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 282.

<sup>1540</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p.590.

### ***b)- Régime de l'effet positif de la compétence-compétence***

L'étude du régime de l'effet positif du principe de compétence-compétence soulève plusieurs questions. La première question concerne la possibilité pour les parties d'écarter le principe de compétence-compétence. Est-ce une règle impérative ou supplétive ? Il faut admettre que le principe de compétence-compétence est supplétif. En réalité, ce principe n'exprime pas une valeur fondamentale. Il sert l'intérêt privé des parties, ou plus exactement l'étendue de la compétence des arbitres devant qui elles portent leur litige<sup>1541</sup>. Il faut noter que dans le domaine de la finance islamique, il est fortement conseillé que les parties n'écarter pas le principe de compétence-compétence car un tel choix aura pour effet d'affaiblir le caractère juridictionnel de l'arbitrage et de diminuer son efficacité et son autonomie par rapport à la justice étatique.

La deuxième question est relative à l'invocation d'office par l'arbitre de son incompetence. Un tribunal arbitral constitué par les parties à un contrat de financement islamique a-t-il le pouvoir de soulever d'office son incompetence ? En principe, il ne peut soulever d'office son incompetence. Il est nécessaire que l'une des parties enclenche le débat sur cette question. Si aucune ne le fait, le comportement concordant des deux parties vaut accord de volonté pour conférer compétence aux arbitres. Toutefois, dès lors que les parties, pour des raisons tenant à l'ordre public, ne sont pas en mesure d'attribuer compétence aux arbitres, ces derniers non seulement peuvent, mais également doivent examiner d'office leur compétence et, éventuellement, se déclarer incompétent. Dans le cas inverse, c'est-à-dire si les arbitres acceptaient de se prononcer en la matière, leur sentence risquerait d'être annulée. Or, l'arbitre a le devoir de rendre une sentence efficace. Cette obligation justifie, et même impose, le relevé d'office dans ce domaine<sup>1542</sup>. De plus, on conseille à l'arbitre de soulever d'office la question de son incompetence lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable afin d'éviter une annulation ou un refus d'exequatur de sa sentence par le juge étatique. En agissant de la sorte, l'arbitre pourrait également éviter la perte de temps. Notons dans cette hypothèse, qu'il n'appartient pas à l'arbitre de faire

---

<sup>1541</sup> Magali Boucaron, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, op, cit, p.403.

<sup>1542</sup> En ce sens, voir Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 286 ; Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p.595.

constater la nullité de la convention d'arbitrage, cela relevant de la compétence du juge étatique. Il se contente simplement d'invoquer son incompétence<sup>1543</sup>.

La troisième question concerne le moment où l'incompétence du tribunal arbitral formé par les parties à un contrat de financement islamique peut être invoquée. La majorité de la doctrine estime qu'en principe l'incompétence du tribunal arbitral doit être soulevée avant toute argumentation sur le fond<sup>1544</sup>. Il s'agit là « d'une règle transnationale du droit de l'arbitrage »<sup>1545</sup>. Cette règle se justifie par le fait que la partie qui procède devant un arbitre sans contester sa compétence est considérée comme admettant celle-ci. Nous sommes donc en présence d'une volonté implicite qui va clairement dans le sens d'une reconnaissance de la compétence arbitrale. En se plaçant sur le terrain contractuel, l'absence de contestation correspond à une confirmation de la nullité de la convention d'arbitrage<sup>1546</sup>. De plus, la bonne foi procédurale implique que toutes les questions relatives à la compétence doivent être soulevées dès le début de l'instance, en évitant que le moyen ne puisse être soulevé tardivement, alors que les débats sur le fond du litige seraient en cours.

Néanmoins, il est légitime d'admettre que les parties à un contrat de financement islamique soient habilitées à soulever à tout moment l'exception d'incompétence lorsque la cause d'incompétence est tirée d'une règle d'ordre public qui n'est pas susceptible de renonciation. La nullité de l'arbitrage ne peut alors faire l'objet d'une confirmation<sup>1547</sup>. Selon une opinion doctrinale, l'exception d'incompétence est, en réalité, une exception procédurale. Elle est toujours d'ordre public. C'est pourquoi, elle peut être soulevée à tout moment par les parties et elle peut également être soulevée d'office par l'arbitre. Selon cette thèse, cette solution aura l'avantage d'éviter la perte de temps et de confirmer le caractère rapide de la justice arbitrale<sup>1548</sup>.

Lorsqu'il examine sa propre compétence, l'arbitre désigné par les parties à un contrat de financement islamique sera amené à vérifier tous les éléments relatifs à celle-ci. Dans cette perspective, il va se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage. Il examine si les

---

<sup>1543</sup> Azmi Abdel Fattah, *Droit de l'arbitrage koweïtien en comparaison avec la nouvelle loi française sur l'arbitrage de 2011*, op, cit, p. 164.

<sup>1544</sup> Voir à cet égard, Loic Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 14.

<sup>1545</sup> Magali Boucaron, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 432.

<sup>1546</sup> Eric Loquin, « Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », op, cit, n° 66.

<sup>1547</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 285.

<sup>1548</sup> Azmi Abdel Fattah, *Droit de l'arbitrage koweïtien en comparaison avec la nouvelle loi française sur l'arbitrage de 2011*, op, cit, p. 166.

conditions de forme de cette dernière sont bien remplies, si les critères relatifs à la capacité ou au pouvoir de compromettre sont respectés, si le litige est arbitral ou non, etc. L'arbitre sera aussi conduit à apprécier l'applicabilité matérielle et personnelle de la convention d'arbitrage invoquée. Tous les éléments de la compétence arbitrale peuvent faire l'objet d'une appréciation<sup>1549</sup>.

En se prononçant sur sa propre compétence, l'arbitre en matière de finance islamique rend une véritable sentence. Par celle-ci, il se déclare soit compétent, soit incompétent. S'il se déclare compétent, le fond du litige sera examiné. S'il se déclare incompétent, le procès arbitral prend fin<sup>1550</sup>. Normalement, l'arbitre a toute liberté dans le choix du moment de sa décision. Mais cette liberté peut être liée par la volonté des parties exprimée sur cette question. En outre, l'arbitre a la possibilité de rendre une sentence partielle sur la compétence ou bien de se prononcer par une seule et unique sentence sur l'incident relatif à la compétence et, s'il se déclare compétent, sur les autres éléments du litige. Il faut noter que la sentence rendue par l'arbitre sur sa compétence est susceptible de voies de recours. Celles-ci sont un appel ou, plus généralement, un recours en annulation<sup>1551</sup>. Force est de constater qu'en cas de sentence partielle sur la compétence, la partie intéressée peut effectuer immédiatement une voie de recours, sans avoir à attendre la prononciation de la sentence finale<sup>1552</sup>. Un recours éventuel dans ces conditions n'aura pas pour effet d'empêcher la marche ou la poursuite de l'instance arbitrale<sup>1553</sup>.

Il résulte de ce qui précède que le principe de compétence-compétence constitue une véritable conquête du droit moderne de l'arbitrage. Il doit être clairement consacré dans le domaine de l'arbitrage islamique. Cette consécration aura l'avantage de transformer fondamentalement le rôle et de la position de la justice arbitrale en tant que mode de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, ce principe donne la plus grande efficacité aux conventions d'arbitrage insérées dans les contrats de financement islamique et confère aux arbitres les plus grands pouvoirs dans l'appréciation de leur compétence. En adoptant un tel principe, l'arbitrage se trouve largement conforté et consolidé.

De plus, si ce principe autorise le juge étatique à intervenir dans le fonctionnement de la justice arbitrale, c'est essentiellement en vue d'assurer la bonne marche de cette justice et

---

<sup>1549</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 287.

<sup>1550</sup> Baptiste Racine, « La sentence d'incompétence », *Revue de l'arbitrage*, 2010, p. 729.

<sup>1551</sup> Sur cette question, voir Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, pp. 287-288.

<sup>1552</sup> Cour d'appel de Paris, 7 juin 1984, *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 504.

<sup>1553</sup> Cour d'appel de Paris, 17 décembre 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 281.

de renforcer son efficacité et sa rapidité. Notons qu'une telle intervention ne s'étend nullement au fond de la sentence arbitrale. Loin d'être concurrents, l'arbitrage et la justice étatique s'associent et se renforcent mutuellement afin de construire un système de règlement des litiges efficace et juste, notamment en matière de finance islamique.

Au regard de l'ensemble de ces avantages, le principe de compétence-compétence pourrait contribuer activement à la mise en place d'un arbitrage cohérent et efficace dans le règlement des litiges relatifs à ce secteur d'activité. En consacrant la compétence du tribunal arbitral en matière d'appréciation de sa propre compétence, ce principe permet de consolider la position du tribunal arbitral et par conséquent son rôle dans la prise en compte de la singularité de la finance islamique.

## **Section 2. Les principes inhérents à la juridictionnalisation de l'arbitrage**

Si les modes alternatifs de règlement des litiges sont bénéfiques à la résolution des litiges relatifs à la finance islamique, ils souffrent toujours d'un obstacle majeur : l'absence du caractère juridictionnel de ces modes notamment au niveau de l'autorité de la solution proposée. Tout dépend en effet du bon vouloir des parties au litige, ce qui affaiblit l'efficacité de ces méthodes dans le règlement des litiges liés à ce secteur d'activité. Cet obstacle explique, dans une certaine mesure, la préférence accordée à l'arbitrage en tant que mode privilégié de règlement des litiges de financement islamique.

En réalité, ce mécanisme conventionnel du règlement des litiges a vocation à se singulariser par rapport aux autres modes alternatifs de règlement des litiges. Si l'arbitrage est une justice conventionnelle ou contractuelle fondée sur la volonté des parties, il est également et surtout une justice juridictionnelle. Le contractuel et le juridictionnel s'imbriquent dans l'arbitrage pour fonder une justice originale. De fait, l'arbitre est un véritable juge qui, au terme d'une instance, rend un acte juridictionnel qui prend le nom de sentence.

Il est vrai que l'arbitre tire son pouvoir juridictionnel de la convention privée, il assume une fonction juridictionnelle au sens propre du terme et l'arbitrage donne naissance à une véritable procédure. Cependant, une fois encore, la particularité de l'arbitrage est marquée. Si l'arbitrage donne lieu à une procédure, celle-ci est de nature spéciale dans la

mesure où elle déroge aux règles de procédure suivie devant la justice publique, sauf en ce qui concerne les grands principes procéduraux, notamment le respect du principe du contradictoire. La base contractuelle de la justice arbitrale va avoir des incidences sur sa fonction juridictionnelle. Les parties à un contrat de financement islamique jouissent d'une plus grande liberté que dans le cadre du procès étatique. A titre d'exemple, elles peuvent choisir comme arbitres des juristes ayant de solides connaissances en finance islamique et opter pour la Charia en tant que droit applicable au litige. Souple, l'arbitrage introduit de la liberté contractuelle dans la sphère procédurale. Mais cette flexibilité et liberté n'est pas synonyme de faiblesse et inefficacité. Au contraire, l'arbitre est un véritable juge investi de pouvoirs forts à l'égard des parties. Bien qu'il ne dispose pas d'un *imperium* total, l'arbitre détient des pouvoirs contraignants, outre bien évidemment le pouvoir de dire le droit. Il rend une sentence particulièrement efficace.

Ces divers éléments illustrent assurément la fonction juridictionnelle de l'arbitrage et renforcent considérablement son rôle dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Ils se manifestent dans les trois phases d'une justice arbitrale. Il convient d'abord de s'intéresser au tribunal arbitral (§1). Nous allons ensuite étudier l'instance arbitrale (§2), avant d'aborder enfin le produit de cette instance, à savoir la sentence arbitrale (§3).

## **§1. Le tribunal arbitral**

Comme son nom l'indique, un tribunal arbitral institué par des parties à un contrat de financement islamique est une véritable juridiction dans la mesure où il a pour mission de trancher un litige en rendant une décision ayant l'autorité de la chose jugée<sup>1554</sup>. Le fait qu'il soit d'origine privé importe peu<sup>1555</sup>. Que la mission juridictionnelle de l'arbitre tire son origine de la volonté des parties n'y change rien : l'arbitre dit le droit<sup>1556</sup>. Mais à la différence de la juridiction étatique, le tribunal arbitral est éphémère. En effet, il est constitué spécialement pour un litige déterminé. Il y a lieu de constituer le tribunal arbitral une fois que le litige est né. Sa création répond alors aux besoins d'un litige à trancher entre des parties à un contrat de financement islamique. Il cessera d'exister dès qu'il aura rendu sa sentence. En

---

<sup>1554</sup> Loïc Cadet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2017, p. 59.

<sup>1555</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p.465.

<sup>1556</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op, cit, p. 101.

outre, à la différence du juge étatique qui est établi par la loi, la juridiction arbitrale est fondée par les parties. D'où son caractère de juridiction conventionnelle<sup>1557</sup>.

En réalité, la doctrine contemporaine s'accorde très largement aujourd'hui sur le principe de la mission juridictionnelle du tribunal arbitral, en affirmant l'identité entre la fonction de l'arbitre et celle du juge<sup>1558</sup>. « L'arbitre, juge privé, est investi d'une mission juridictionnelle, d'origine contractuelle »<sup>1559</sup>, « la mission de l'arbitre est exactement la même que celle du juge »<sup>1560</sup>, « l'arbitre est un juge, comme une juridiction de l'Etat »<sup>1561</sup>, « l'arbitre étant un véritable juge »<sup>1562</sup>.

De plus, la terminologie utilisée par la doctrine et les textes met l'accent sur le caractère juridictionnel de l'arbitrage. Désormais, on utilise le terme de « tribunal arbitral » et non d'« arbitre ». Les institutions d'arbitrage organisent en leur sein des « Cours d'arbitrage »<sup>1563</sup>.

Une fois institué, le tribunal arbitral constitue une véritable juridiction. De ce fait, résulte le principe de l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage<sup>1564</sup>. L'arbitre, comme tout juge, est fondé à statuer sur sa propre compétence, comme nous l'avons précédemment indiqué. En outre, le tribunal arbitral se compose généralement d'un nombre impair d'arbitres, ce qui rappelle fort bien la composition des juridictions étatiques et met en évidence la nature juridictionnelle du tribunal arbitral<sup>1565</sup>. Notons que dans le cadre de l'arbitrage interne, l'article 1451 al. 1 du Code de procédure civile français, issu de la réforme de 2011, prévoit que « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair ». Les textes imposent donc l'imparité dans l'arbitrage interne.

Cette règle est importante en matière de finance islamique dans la mesure où l'imparité est une garantie d'efficacité dans le processus décisionnel. Si les arbitres ne parviennent pas à trouver un accord entre eux sur la solution, grâce à l'imparité, une solution

---

<sup>1557</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p.295.

<sup>1558</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op, cit, p. 101.

<sup>1559</sup> Jacqueline Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, nature juridique*, LGDJ, Paris, 1965, n° 307.

<sup>1560</sup> Henri Motulsky, *Ecrits*, tome 2, op, cit, p. 6.

<sup>1561</sup> Georges Cornu, « Le décret du 12 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme », *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 585.

<sup>1562</sup> Loïc Cadet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op, cit, p. 59.

<sup>1563</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op, cit, p. 101.

<sup>1564</sup> Jacqueline Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, nature juridique*, op, cit, n° 245 et s.

<sup>1565</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, op, cit, p. 102.

peut être dégagée à la majorité. A l'inverse, la parité est une source de blocage en cas de désaccord entre les arbitres<sup>1566</sup>.

Cela dit, un arbitre désigné par des parties à un contrat de financement islamique est bien évidemment un juge à part entière. A ce titre, il doit remplir un certain nombre d'obligations en vue d'exercer la fonction de juger. Celles-ci se rapportent au devoir d'indépendance et d'impartialité. En effet, ces obligations soulignent plus particulièrement la nature juridictionnelle de l'arbitrage et mettent en évidence l'identité profonde de l'arbitrage et de la justice étatique. Arbitre et juge doivent, tous les deux, être indépendants et impartiaux dans le règlement du litige. Cette dimension conduit les institutions financières islamiques à renforcer leur confiance à l'arbitrage. Après avoir évoqué ces devoirs (A), nous allons examiner les modalités de leur contrôle (B).

### **A)- Devoirs de l'arbitre en tant que juge : indépendance et impartialité**

Sur le plan des principes, il est universellement affirmé que l'arbitre doit être indépendant et impartial (1). En effet, cette affirmation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre répond parfaitement aux besoins des institutions financières islamiques dans le domaine de la résolution des litiges. En outre, elle renforce le caractère juridictionnel de l'arbitrage. Celui-ci justifie le fait que l'arbitrage soit considéré comme la justice naturelle des litiges relatifs à la finance islamique. Après avoir évoqué cette affirmation, il conviendrait de définir le sens et la portée de ce devoir (2).

#### **1)- Affirmation de l'exigence**

L'immense majorité des législations nationales, des conventions internationales et des règlements d'arbitrage posent en principe que l'arbitre doit être indépendant et impartial. Dans les systèmes juridiques nationaux, l'exigence d'indépendance et d'impartialité n'est pas

---

<sup>1566</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 296.

exprimée de manière spécifique pour l'arbitrage international. Il s'agit d'une règle de droit interne, qui s'applique également à l'arbitrage international<sup>1567</sup>.

En effet, la Convention de Washington du 18 mars 1965, qui prévoit un système de listes d'arbitres pour son Centre (le CIRDI), s'intéresse aux qualités requises de ceux-ci, et précise qu'ils « doivent [...] offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions »<sup>1568</sup>. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclame que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial »<sup>1569</sup>. Même si l'on peut douter de l'applicabilité directe de la Convention européenne aux arbitres, puisque le tribunal qu'il constitue n'est pas « établi par la loi » et que les obligations énoncées par la Convention sont édictées à l'égard des Etats et de leurs organes, il n'en demeure pas moins que ce principe fondamental doit inspirer tout autant la justice privée que la justice étatique, et que cette dernière (lorsqu'elle relève d'un Etat lié par la Convention) aurait en tout cas l'obligation de le faire respecter au moment d'un éventuel contrôle judiciaire de la sentence<sup>1570</sup>. De même, l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirme que l'indépendance et l'impartialité d'un tribunal statuant sur des contestations civiles sont des garanties de bonne justice<sup>1571</sup>.

En droit français, pour l'arbitrage interne, l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre découle de l'article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile qui consacre un devoir de révélation sur ce point. Ce texte est applicable à l'arbitrage international, par renvoi de l'article 1506. 2° du Code de procédure civile. Auparavant, c'est la jurisprudence qui avait affirmé les obligations d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre et en avait progressivement tracé les contours. Comme pour l'arbitrage interne, cette double exigence est liée à la fonction que l'arbitre doit remplir : dans la mesure où il est appelé à exercer, certes de façon temporaire, une véritable fonction juridictionnelle, l'arbitre, comme tout juge, doit être indépendant et impartial<sup>1572</sup>.

Dans cette perspective, la Cour d'appel de Paris a affirmé que ces obligations sont « de l'essence de sa fonction juridictionnelle exclusive par nature de tout lien de dépendance à

---

<sup>1567</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p580.

<sup>1568</sup> Article 14, §1 de la Convention de Washington du 18 mars 1965.

<sup>1569</sup> Article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>1570</sup> Charles Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 573.

<sup>1571</sup> Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, op, cit, p. 133.

<sup>1572</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 657.

l'égard notamment des parties, et de tout préjugé »<sup>1573</sup>. Dans une formule un peu différente, la Cour de cassation souligne « qu'il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute sur ces qualités qui sont de l'essence de la fonction juridictionnelle »<sup>1574</sup>. Dans un arrêt rendu en 1972, la Cour de cassation a déclaré que « l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle que soit par ailleurs la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres »<sup>1575</sup>. Dans d'autres cas, et spécialement en matière internationale, le juge français ajoute expressément à la condition d'indépendance, celle d'impartialité<sup>1576</sup>.

Cette double exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre s'impose très largement en droit comparé, tant elle paraît consubstantielle à la fonction même d'arbitre. Ainsi, l'exigence d'indépendance et d'impartialité est notamment posée par l'article 1690 du Code judiciaire belge, l'article 180.1(c) de la loi de droit international privé suisse, l'article 1033, §1, du Code de procédure civile néerlandais.

De même, cette exigence existe dans la Charia qui lui conserve un traitement de choix. En effet, il faut signaler l'importance que revêtent les obligations d'indépendance et d'impartialité dans la Charia. Ces exigences relèvent du devoir de conscience de l'arbitre en droit musulman. A tel point que, dans certains pays dont le droit de l'arbitrage est détaché de l'influence religieuse, des décisions ne manquent pas de relever les origines religieuses et le fondement proprement islamique de ces obligations. A cet égard, une décision rendue en Egypte affirme que « le principe de l'impartialité est fondé sur une règle fondamentale religieuse de civilisation, même si elle est prévue dans les législations qui veulent que les parties soient rassurées quant à la personne qui tranche le litige l'opposant à l'autre partie, que cette personne soit un juge ou un arbitre »<sup>1577</sup>. En Tunisie, bien que le Code de l'arbitrage est inspiré par la loi-type et comporte une disposition claire à cet égard, la cour d'appel de Tunis s'est fondée, dans une affaire, sur le droit musulman Malékite notamment, pour affirmer que la question des relations qu'entretient l'arbitre avec les parties est basée sur la confiance en ce dernier ; qu'une telle mission relève du devoir de conscience indépendamment des relations

---

<sup>1573</sup> CA de Paris, 28 novembre 2002, *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 445.

<sup>1574</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 1999, D. 1999, jurisprudence, p. 498.

<sup>1575</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 avril 1972, JCP 1972, II, 17189.

<sup>1576</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 20 février 1974, *Revue de l'arbitrage*, 1975, p. 238.

<sup>1577</sup> CA Caire, 7<sup>ème</sup> circ. Commerciale, recours n° 65 de la 124<sup>ème</sup> année judiciaire. Et 71 de la 125<sup>ème</sup> année judiciaire du 6 janvier 2009, *Majallat al-Tahkim*, n° 4, 2009, p. 471.

objectives qui pourraient lier l'arbitre à l'une des parties, « à tel point qu'il est possible de désigner la partie adverse comme arbitre car ceci fait appel à la conscience de cette dernière et n'est pas différent par nature de la prestation de serment également basée sur ce même élément de conscience »<sup>1578</sup>.

En réalité, comme nous l'avons vu, la Charia accorde une grande place à l'apparence et aux manifestations extérieures de l'arbitre en consacrant un certain nombre de principes comme par exemple le fait que celui qui assume une mission de justice doit être équitable entre les parties, dans ses gestes, indications et dans sa manière de siéger ; il ne doit pas élever la voix sur l'une des parties, sans élever sa voix sur l'autre.

Les textes arabes relatifs à l'arbitrage évoquent cette exigence d'indépendance et d'impartialité. C'est le cas de l'article 12-2 de la loi bahreïnienne, de l'article 22 du Code tunisien de l'arbitrage interne, de l'article 57-2 du Code tunisien de l'arbitrage international, de l'article 13 de la loi égyptienne et omanaise, de l'article 458 bis 5 du décret législatif algérien de 1993<sup>1579</sup>.

Cette exigence est inscrite à l'article 12 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Elle est également présente dans la quasi-totalité des règlements d'arbitrage (par exemple article 11-1 du règlement CCI). De même, l'article 13 du règlement du CRCACI exige pour la récusation de l'arbitre, qu'il y ait des « circonstances de nature à soulever des doutes légitimes (justifiable) » sur l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre. L'article 11 (3) dispose en outre que l'arbitre doit éviter les communications ex-parte avec une partie. Le règlement du Dubaï International Arbitration Centre (DIAC) prévoit également des exigences comparables, même s'il ne dispose pas de Code de déontologie<sup>1580</sup>.

## **2)- Le sens et la portée du devoir d'indépendance et d'impartialité**

Si la désignation des arbitres indépendants et impartiaux est une exigence fondamentale dans le domaine de la résolution des litiges liés à la finance islamique, donner une définition rigoureuse des qualités d'indépendance et d'impartialité requises de l'arbitre

---

<sup>1578</sup> Cass. Tunisienne, n° 75130 du 21 février 2000, cité in A. Ouerfelli, note sous CA Tunis, n° 40438 du 10 décembre 2013, *Majallat al-Tahkim*, n° 22, 2014, p. 511.

<sup>1579</sup> Voir à cet égard, Nathalie Najjar, *Arbitrage dans les pays arabes*, op, cit, p. 628 et s.

<sup>1580</sup> Voir l'article 9. 1 du règlement du Dubaï International Arbitration Centre (DIAC).

n'est pas une tâche aisée. En effet, il n'existe pas de définition précise et définitive de ce qu'il convient d'entendre par indépendance et impartialité. A cela s'ajoute le fait que d'autres notions sont parfois évoquées telles que la neutralité, l'objectivité et bien encore la liberté de jugement<sup>1581</sup>. Dans ces conditions, il est bien évidemment très difficile d'apporter des réponses tranchées à ces questions. Certes, l'indépendance apparaît comme une situation de droit ou de fait, que l'on pourrait apprécier objectivement, alors que l'impartialité serait une disposition d'esprit, un état psychologique par nature subjectif<sup>1582</sup>. L'indépendance serait ainsi une situation caractérisée par l'absence de lien qui postule alors la liberté. L'impartialité, quant à elle, consisterait à ne pas avoir de préjugé et à ne pas manifester d'hostilité à l'égard de l'une des parties<sup>1583</sup>.

Une partie de la doctrine estime que l'indépendance absorbe l'impartialité. Il y aurait ainsi un devoir général d'indépendance de l'arbitre incluant l'impartialité, l'indépendance étant alors un terme générique<sup>1584</sup>. Toutefois, on constate la plupart du temps que ces deux notions sont employées concomitamment, ce qui tendrait à montrer, malgré leur parenté étroite, qu'il ne s'agit pas tout à fait de la même chose (c'est le cas par exemple de l'article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile français)<sup>1585</sup>.

Malgré cela, les deux notions sont très proches. Outre que l'indépendance fait présumer l'impartialité, dans tous les cas, tout juge, arbitral ou autre, doit faire preuve d'« indifférence ». Il ne faut pas entendre ce terme de manière négative ou péjorative. Il s'agit en réalité de la transposition d'une idée simple : la nécessité pour tout juge d'observer une distance raisonnable vis-à-vis du litige et des parties. L'impartialité se résume à l'interchangeabilité, aux yeux du juge, des différentes parties en litige. Un juge est désintéressé lorsque son intervention le laisse « indifférent ». Mais cette indifférence n'est pas une indifférence à la justice. Bien au contraire, le juge intervient en recherchant un intérêt proprement juridique : le désir de réaliser et de révéler l'idée de justice. Parce qu'il est juge,

---

<sup>1581</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 335.

<sup>1582</sup> Sur ce point, voir Emmanuel Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 761.

<sup>1583</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 335.

<sup>1584</sup> Marc Henri, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Paris, 2001, p. 149 ; Thomas Clay, *L'arbitre*, op, cit, p. 251 et s.

<sup>1585</sup> En vertu de cet article, « [...] Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité [...] ».

l'arbitre doit protéger la justice. C'est en se conformant à cette exigence qu'un arbitre est tout à la fois indépendant et impartial<sup>1586</sup>.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'indépendance d'un tribunal revêt deux aspects. D'une part, un aspect organique dans la mesure où l'indépendance des juges doit être organisée par un statut légal. D'autre part, un aspect fonctionnel, car les pouvoirs juridictionnels du tribunal doivent être protégés par les règles nationales<sup>1587</sup>.

C'est en effet la jurisprudence qui a tenté de définir les contours de la notion d'indépendance. La formule aujourd'hui retenue est d'une grande clarté : « l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusive de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels et intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage »<sup>1588</sup>.

A la lumière de cette décision, il apparaît que les liens de diverse nature qui peuvent priver l'arbitre de son indépendance sont surtout ceux qu'il aurait eus ou aurait encore avec l'une des parties, mais pas exclusivement avec elle. Cette décision suggère qu'il n'y a pas de vraie différence entre l'indépendance de l'arbitre et celle du juge étatique. La Cour d'appel de Paris semble justifier cette exigence en affirmant que l'arbitre, à l'instar du juge, exerce une fonction juridictionnelle.

Ainsi, par exemple, l'arbitre n'est pas considéré comme indépendant de façon suffisante s'il exerce à côté de sa mission d'arbitre une fonction rémunérée d'assistance technique ou de conseil auprès de l'une des parties à la procédure arbitrale<sup>1589</sup>, s'il était au moment de sa désignation en tant qu'arbitre remplaçant le consultant rémunéré d'une entreprise qui se rattache au groupe auquel appartenait l'une des parties à l'arbitrage<sup>1590</sup>, ou s'il est embauché par une partie dès le lendemain du prononcé de la sentence<sup>1591</sup>.

---

<sup>1586</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 336.

<sup>1587</sup> Sur cette question, voir Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, op, cit, p.135.

<sup>1588</sup> CA de paris, 28 juin 1991, Revue de l'arbitrage, 1992, p. 568.

<sup>1589</sup> TGI de Paris, réf. 15 janvier 1988, Revue de l'arbitrage, 1988, p. 316.

<sup>1590</sup> CA de Paris, 9 avril 1992, D. 1992, IR 173.

<sup>1591</sup> CA de Paris, 2 juillet 1992, inédit, n° répert gén. N° 91-23114 et 23115.

En effet, dans tous ces cas, les intérêts communs entre l'arbitre et une partie (généralement celle qui l'a désigné) sont suffisamment caractérisés pour faire douter de son indépendance. A l'inverse, les liens unissant l'arbitre avec le conseil de l'une des parties ne sont pas de nature à remettre en cause son indépendance. Cette solution se justifie par le fait que le milieu de l'arbitrage notamment international est assez étroit. En effet, il est habituel que les arbitres, souvent eux-mêmes avocats, connaissent et rencontrent ceux des parties et soient désignés avec leur accord, voire leur appui<sup>1592</sup>.

S'agissant de l'impartialité de l'arbitre, son appréciation est encore plus délicate. Il s'agit d'un risque de prévention de sa part à l'égard de l'une des parties. La question est d'ordre psychologique. Dans ce domaine, la jurisprudence se révèle fort circonspecte. Comme le montre le Tribunal fédéral suisse, les juridictions ont tendance à rejeter les accusations ou suspicions ne reposant que sur le seul sentiment subjectif d'une partie et non sur des faits concrets propres à justifier objectivement et raisonnablement la méfiance chez une personne réagissant normalement<sup>1593</sup>.

En pratique, la question de l'impartialité est notamment posée dans deux hypothèses. En premier lieu, l'impartialité d'un arbitre est souvent contestée en raison de la circonstance qu'il aurait déjà connu du litige, ou d'un litige connexe, dans un arbitrage antérieur<sup>1594</sup>. Dans ce cas, il est reproché à cet arbitre d'avoir, dans le premier arbitrage, préjugé, et de ne plus disposer de l'objectivité qui doit caractériser tout juge lorsqu'il est saisi d'un nouveau litige. Un tel grief a été retenu dans un cas où l'arbitre désigné par le maître d'ouvrage dans le litige principal qui l'opposait à l'entrepreneur, était de nouveau désigné par cette partie dans l'appel en garantie qu'elle formulait contre son bureau d'études. En effet, après avoir pourtant affirmé en principe que : « pour cet arbitre, la connaissance de la procédure antérieure n'est pas de nature à mettre en cause son impartialité ainsi que son objectivité, ni son aptitude à juger sereinement le nouveau litige, dès lors que sa personne ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse », le juge retient que la première sentence a porté une appréciation sur la responsabilité de ce bureau d'études, pourtant non partie à cet arbitrage principal, et écarte en conséquence cet arbitre de la seconde instance<sup>1595</sup>.

---

<sup>1592</sup> Sur ce sujet, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 583 et s.

<sup>1593</sup> Tribunal fédéral suisse, 11 mai 1992, Bull. ASA, 1992, p. 392.

<sup>1594</sup> Voir à cet égard, Claude Reymond, « Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée. Réflexions sur quelques arrêts récents », *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 3.

<sup>1595</sup> TGI de Paris, réf. 13 janvier 1986, *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 63.

En revanche, en l'absence de toute décision antérieure « pouvant constituer de la part de cet arbitre un préjugé défavorable », sa participation à une instance connexe n'est pas critiquable<sup>1596</sup>.

En second lieu, le doute sur la partialité est alimenté par une attitude antérieure de l'arbitre, qu'une partie considère comme hostile à son égard. Il peut s'agir d'une attitude prise par l'arbitre dans un débat général d'ordre juridique ou professionnel, qui serait contraire aux intérêts de cette partie. Selon la Cour d'appel de Paris, cet argument devrait être écarté en principe à propos des conflits entre franchiseurs et franchisés « dès lors que les écrits produits ne permettent pas de mettre en doute l'impartialité de l'arbitre et que les propos tenus ne manifestent ni véhémence excessive ni hostilité systématique propre à faire présumer de la part de l'arbitre un préjugé à l'encontre de l'une des parties »<sup>1597</sup>. Dans le même cadre, le Tribunal fédéral suisse a déclaré que « des fautes de procédure ou une décision matériellement erronée ne suffisent pas à fonder l'apparence de prévention d'un arbitre, sauf erreurs particulièrement graves ou répétées qui constitueraient une violation manifeste de ses obligations »<sup>1598</sup>.

Concernant la portée de cette obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, force est de constater que cette obligation doit continuer et se vérifier pendant toute la durée de l'instance arbitrale<sup>1599</sup>. C'est pour cette raison que l'arbitre supporte une obligation de révéler aux parties, pendant toute la durée de l'arbitrage<sup>1600</sup>, et jusqu'à la fin de la procédure<sup>1601</sup>, les éléments susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité. Dans cette perspective, n'a pas été jugé indépendant l'arbitre qui a été embauché par l'une des parties le lendemain du prononcé de la sentence<sup>1602</sup>. Cette embauche constitue en effet l'indice de ce qu'antérieurement même au prononcé de la sentence, il existe un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre : si la relation du travail a certes commencé à l'issue de la procédure, des négociations pour l'embauche ont nécessairement été engagés avant. Or, il ne doit exister aucun lien entre l'arbitre et une partie à l'époque de l'arbitrage<sup>1603</sup>.

---

<sup>1596</sup> CA de Paris, 2 juin 1989, *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 87.

<sup>1597</sup> CA de Paris, 5 juillet, 1990, *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 359.

<sup>1598</sup> Voir à cet égard, Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 587.

<sup>1599</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 663.

<sup>1600</sup> CA de Paris, 12 février 2009, *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 186.

<sup>1601</sup> CA de Paris, 17 février 2005, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 709.

<sup>1602</sup> CA de Paris, 2 juillet 1992, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 411.

<sup>1603</sup> CA de Paris, 1 décembre 1995, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 529.

Ces règles dégagées par la jurisprudence française s'appliquent également aux arbitres chargés de trancher des litiges relatifs à la finance islamique. Force est de constater que ces exigences inhérentes à l'indépendance et à l'impartialité de celui qui est chargé de trancher un litige sont consacrés en droit musulman. Mais le problème se pose au niveau de la mise en œuvre pratique de ces principes.

Pour ce qui est des arbitres, cette question est en effet vivement discutée. L'indépendance et l'impartialité sont-elles requises de tous les arbitres de la même manière ? Ou doit-on distinguer le cas de l'arbitre désigné par une partie, et celui du troisième arbitre, président du tribunal arbitral, ou de l'arbitre unique ? On peut remarquer deux attitudes à propos de la réponse à donner à ces questions.

La première attitude s'est surtout manifestée aux Etats-Unis en matière d'arbitrage interne. On distingue officiellement entre les arbitres-parties, qualifié de « non neutres », et les autres, seuls tenus à tous les devoirs résultant de la qualité d'un juge indépendant et impartial. La seconde attitude est plus répandue, notamment en matière internationale. C'est la position qui prévaut dans la pratique européenne<sup>1604</sup>. Cette solution a été retenue par le Barreau de Paris en 1983. Dans sa délibération sur la déontologie de l'avocat investi d'une mission d'arbitrage, « considérant que l'arbitre ne saurait se considérer comme l'avocat, encore moins le mandataire de la partie qui le désigne », il incluait parmi ses devoirs « l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre à l'égard de toutes les parties en cause »<sup>1605</sup>.

Au-delà de ce débat, la majorité des spécialistes reste favorable, en matière internationale, à l'indépendance absolue de tous les arbitres. Ils notent qu'une solution intermédiaire est dangereuse et que l'on ne peut transiger sur la fonction de juge qu'exerce tout arbitre. C'est en ce sens que se sont orientés le droit comparé et conventionnel, de même que les règlements et la pratique des centres d'arbitrage<sup>1606</sup>. En effet, cette doctrine est plus compatible avec les exigences de la finance islamique dans le domaine de la résolution des litiges. Un litige de financement islamique doit être réglé dans le respect absolu de l'indépendance et de l'impartialité.

---

<sup>1604</sup> Sur cette question, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 589 et s.

<sup>1605</sup> Règlement intérieur du Barreau de Paris. Voir également Jean-Louis Delvolvé, « Devoirs et responsabilité de l'avocat exerçant la fonction d'arbitre », *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 435.

<sup>1606</sup> Voir sur ce point, Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 592.

A la lumière de ce qui précède, il apparaît que l'exigence d'indépendance et d'impartialité prouve que les habits de l'arbitre en matière de finance islamique sont ceux d'un juge. Elle contribue à renforcer la nature juridictionnelle de l'arbitrage. Néanmoins, il y a une différence entre l'indépendance du juge et l'indépendance de l'arbitre. Le premier voit son indépendance affirmée plutôt dans ses rapports avec l'autorité publique, c'est-à-dire avec l'Etat. Le second voit son indépendance affirmée plutôt dans ses rapports avec les parties, car ce sont elles qui le nomment<sup>1607</sup>.

Au final, comme le souligne très justement Xavier Lagarde, l'indépendance et l'impartialité sont indissolublement liées à l'égalité des parties dans le procès : « la confiance dans le juge privé ne peut être maintenue que si celui-ci réserve un traitement égal aux deux parties »<sup>1608</sup>. Ces propos se vérifient également dans le domaine de la finance islamique. Car sans l'indépendance et l'impartialité, il existe un risque d'avoir des jugements inéquitables ou injustes. Ce qui amène les institutions financières islamiques à ne pas recourir à l'arbitrage pour assurer le règlement de leurs litiges.

Ainsi, la finalité commune de l'indépendance et de l'impartialité est d'assurer l'égalité de traitement des parties dans le procès<sup>1609</sup>. Il convient de souligner que l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont l'une des questions les plus importantes pour la finance islamique à l'heure actuelle. Cette importance s'explique par deux raisons principales. D'une part, l'arbitrage devrait occuper une place de plus en plus primordiale dans la vie financière islamique contemporaine. Or, pour qu'il puisse jouer pleinement son rôle dans ce domaine, l'arbitrage doit être basé sur l'indépendance et l'impartialité. Ces exigences contribuent à renforcer son caractère juridictionnel et à lui permettre d'être à la hauteur des attentes des opérateurs de la finance islamique. Avec ces qualités, l'arbitrage pourrait alors s'affirmer comme la justice naturelle des litiges de financement islamique. D'autre part, les arbitres qui seraient désignés pour régler un litige de financement islamique sont fort probablement des spécialistes qui s'exercent dans l'univers financier islamique. De plus, ils pourraient être des personnes qui assument, par exemple, des responsabilités au sein des institutions financières islamiques ou des membres des Comités de la Charia. Cette possibilité souligne l'importance toute particulière de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres chargés de trancher des litiges relatifs à la finance islamique.

---

<sup>1607</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 336.

<sup>1608</sup> Xavier Lagarde, *Droit processuel- droits fondamentaux du procès*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2011, p. 620.

<sup>1609</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 513.

Autrement dit, ce point est d'une grande importance en matière de finance islamique, car le règlement des litiges relatifs à cette finance exige l'intervention des arbitres indépendants et impartiaux. Notons que ces qualités sont imposées par la Charia et la justice pour assurer l'efficacité et la crédibilité de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges de financement islamique.

## **B)- Les modalités de contrôle du devoir d'indépendance et d'impartialité**

Pour assurer concrètement le respect des exigences relatives aux qualités attendues de l'arbitre en matière de finance islamique, particulièrement celles d'indépendance et d'impartialité, un certain nombre de moyens sont à la disposition des parties, des centres d'arbitrage ou du juge. Dans cette perspective, on distingue deux types de moyens : le mécanisme préventif et les mécanismes curatifs. La première catégorie vise à anticiper toute difficulté potentielle à cet égard. Dans cette optique, une obligation est imposée à l'arbitre : révéler les circonstances qui sont de nature à affecter son indépendance ou son impartialité (1). Dans la mesure où cette obligation n'est pas respectée, des mécanismes curatifs pourront également être mis en œuvre, sanctionnant la non-révélation de telles circonstances (2).

### **1)- Le moyen préventif : l'obligation de révélation**

Dans le domaine de la finance comme dans les autres domaines, l'arbitre est un juge choisi. Outre le caractère contractuel de l'investissement arbitrale, la légitimité de l'arbitre repose sur la confiance des parties envers lui. C'est justement pour préserver ce « lien de confiance entre l'arbitre et les parties »<sup>1610</sup> et assurer ainsi la crédibilité de l'institution, qu'il pèse sur l'arbitre une obligation générale de révélation<sup>1611</sup>. En effet, toute personne sollicitée pour exercer les fonctions d'arbitre en matière de finance islamique doit spontanément faire connaître aux parties et le cas échéant au tiers préconstitué et au centre d'arbitrage compétent,

---

<sup>1610</sup> CA de Paris, 12 février 2009, *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 186.

<sup>1611</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 514.

tous les faits et circonstances qui seraient de nature, dans l'esprit des parties, à affecter son indépendance ou son impartialité<sup>1612</sup>.

En réalité, cette obligation d'information, ou de divulgation, constitue à l'heure actuelle une règle admise de manière quasi universelle. La règle tend à se généraliser sous l'influence de la loi-type de la CNUDCI, dont l'article 11 prévoit que « Lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, un arbitre signale sans tarder lesdites circonstances aux parties et autres arbitres, s'il ne l'a déjà fait ». Le même sens a été repris par l'article 1036, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi allemande (ZPO), l'article 1034 du Code de procédure civile néerlandaise, l'article 9 de la loi suédoise sur l'arbitrage du 4 mars 1999, de l'article 17.2 de la loi espagnole sur l'arbitrage du 23 décembre 2003, de l'article 57 du Code tunisien de l'arbitrage. La même disposition est reprise exactement dans la loi fédérale et celle des provinces du Canada<sup>1613</sup>. S'agissant des lois américaines sur l'arbitrage commercial international, celles des Etats de Californie<sup>1614</sup> et du Texas<sup>1615</sup> ne se contentent pas d'édicter cette obligation en termes généraux. Selon la technique législative américaine, elles énumèrent dans une très longue liste, d'ailleurs non limitative, toutes les circonstances que l'arbitre doit révéler<sup>1616</sup>.

C'est surtout dans les règlements d'arbitrage internationaux qu'est exprimée, avec la plus grande constance, cette obligation de révélation. C'est notamment le cas de l'article 10. b du règlement de l'IICRA<sup>1617</sup>, de l'article 11. 2 du règlement CCI de 2012, de l'article 5. 3 du règlement LCIA, de l'article 7.1 du règlement international AAA, de l'article 22 (b) du règlement OMPI, de l'article 6. 2 du règlement CIRDI, de l'article 10 du règlement de l'Association italienne de l'arbitrage, de l'article 6 du règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, de l'article 28 de la Commission d'arbitrage économique et commercial international de Chine<sup>1618</sup>.

---

<sup>1612</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 595.

<sup>1613</sup> Pour le Québec, article 942, 1 du CPC.

<sup>1614</sup> Section 1297. 121 du CPC.

<sup>1615</sup> Article 249-12, section 1, Revised Civil Statutes.

<sup>1616</sup> Sur cette question, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 596 et s ; Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 665.

<sup>1617</sup> Voir le livre des procédures de l'arbitrage et de la conciliation du Centre international islamique pour l'arbitrage et la conciliation (IICRA).

<sup>1618</sup> *Ibid.*

En droit français, les textes issus de la réforme de 2011 consacrent explicitement cette obligation de révélation. En effet, l'article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile précise que « Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ». Comme cette obligation tend à devenir la pierre angulaire du devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, il est nécessaire que la norme n° 32 relative à l'arbitrage adoptée par *l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Finance Institutions* (AAIOFI) consacre explicitement une telle obligation. En effet, cette affirmation aura l'avantage de renforcer la confiance des institutions financières islamiques dans la justice arbitrale.

Dans la pratique financière islamique, cette obligation doit prendre la forme d'une déclaration d'indépendance. Ainsi, avant d'accepter sa mission, et avant donc que le contrat d'arbitre ne se forme, la personne qui n'est pas encore au sens strict arbitre a une obligation de révélation<sup>1619</sup>. Il s'agit d'une obligation dont l'explication réside dans plusieurs éléments. La bonne foi contractuelle constitue le fondement apparent d'une telle obligation. En effet, l'exigence de bonne foi en droit des contrats vise une norme de conduite : l'obligation d'agir avec loyauté. La loyauté se traduit par un comportement négatif (ne pas taire) ou positif (informer), consistant en un devoir de transparence et de sincérité<sup>1620</sup>. Elle impose donc, selon Laurent Aynès, d'adopter en apparence, un comportement conforme à la réalité afin que règnent la prévisibilité, la sécurité juridique et la confiance envers l'autre<sup>1621</sup>. Il convient de noter que le fondement propre à la bonne foi est insuffisant puisque le manquement à l'obligation de révélation reste sanctionné en dépit de la bonne foi de l'arbitre<sup>1622</sup>. D'où la recherche d'un autre fondement à cette obligation. Cet autre fondement réside dans le principe contractuel d'égalité des parties à un contrat de financement islamique. Ce principe constitue le fondement sous-jacent de l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre. En effet, l'obligation de révélation, obligation précontractuelle d'information, est destinée à réaliser deux objectifs. D'une part, la garantie de l'égalité des parties dans la formation du contrat d'arbitre en permettant d'assurer le consentement libre et éclairé des litigants, de sorte que chacun ait la pleine maîtrise des éléments susceptibles d'influer sur sa volonté d'investir

---

<sup>1619</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 338.

<sup>1620</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 515.

<sup>1621</sup> Laurent Aynès, « L'obligation de loyauté », in *L'obligation*, Dalloz, Paris, 2000, p. 195.

<sup>1622</sup> CA de Paris, 12 février 2009, *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 186.

l'arbitre. Autrement dit, l'obligation de révélation permet de restaurer l'égalité des parties dans la connaissance de la situation de l'arbitre, avant de procéder à son investiture<sup>1623</sup>.

D'autre part, l'obligation de révélation vise à assurer l'égalité des parties dans l'exécution du contrat d'arbitre. Une fois l'arbitre investi, l'obligation de révélation est destinée là encore à restaurer l'inégalité de fait qui peut exister entre les litigants dans la connaissance de la situation de l'arbitre. Plus précisément, il s'agit ici de placer les parties dans une situation égale afin que chacune soit en mesure d'exercer son droit de récusation<sup>1624</sup>.

Dans tous les cas, la question centrale est la suivante : que doit révéler un arbitre désigné par des parties à un contrat de financement islamique ? Jusqu'où aller dans la révélation des faits ? Sur le plan pratique, l'arbitre doit établir une déclaration d'indépendance au moment de sa désignation, dans laquelle il fait état des circonstances qui pourraient, selon lui, mettre en cause son indépendance ou son impartialité. Mais l'arbitre devra se placer dans la position des parties pour déterminer ces circonstances<sup>1625</sup>.

En effet, les textes relatifs à l'arbitrage islamique sont silencieux sur ce point. Toutefois, on peut s'appuyer sur la jurisprudence française pour clarifier les critères d'application de cette obligation de révélation. En France, dès avant le décret de 2011, une telle obligation étant reconnue par la jurisprudence, les juges avaient dégagé deux critères : l'absence de notoriété de la situation critiquée et son incidence « raisonnablement prévisible » sur le jugement de l'arbitre<sup>1626</sup>. Le 9 avril 1992, la Cour d'appel de Paris constate que les fonctions de consultant exercé par l'arbitre auprès du Président d'une société du groupe de l'autre partie, substantiellement rémunérés, « n'ont pas eu, par leur nature même, un caractère de publicité suffisant pour dispenser (MM) de son obligation d'information, et l'exonérer du devoir de transparence inhérente à la fonction d'arbitre [...]. Cette situation, faisant apparaître que des rapports d'intérêt existaient, lors de la signature du compromis désignant (MM) en qualité d'arbitre suppléant, entre cet arbitre et une société dépendant du groupe auquel appartenait l'une des parties à l'arbitrage, était de nature, si elle avait été portée à la

---

<sup>1623</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 516.

<sup>1624</sup> Rapport Thomas Clay, « Fusion et confusion des sources », RDC, n° 10, 2007, p. 1449 : « L'obligation contractuelle d'information elle-même, qui n'est qu'une manière d'assurer l'égalité des parties, n'est-elle pas un avatar de cette justice contractuelle ? ».

<sup>1625</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 667.

<sup>1626</sup> CA de Paris, 17 février 2005, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 709.

connaissance de (MF) , à susciter un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre, de sorte que qu'elle eût, à tout le moins, justifié une demande de récusation »<sup>1627</sup>.

La jurisprudence française pose également comme condition que la situation fasse naître un « doute raisonnable » sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Dans cette perspective, la Cour de cassation avait déclaré en 1999 que l'indépendance et l'impartialité devaient s'apprécier au regard de « toute circonstance de nature à affecter le jugement de (l'arbitre) et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités »<sup>1628</sup>. En 2012, la même juridiction a décidé que « les éléments à révéler devaient être de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable » en ce qui concerne l'indépendance et à l'impartialité de l'arbitre<sup>1629</sup>.

Ces critères dégagés par la jurisprudence française permettent de guider utilement la détermination de l'étendue des faits à révéler par un arbitre désigné dans le cadre de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique.

S'agissant de la portée de l'obligation de révélation qui pèse sur un arbitre désigné par des parties à un contrat de financement islamique, il faut noter que cette obligation présente un caractère continu, imposant à l'arbitre, tout au long de la procédure, de porter à la connaissance des parties toute circonstance nouvelle de même nature. Dans cette optique, la Cour d'appel de Paris énonce que « l'arbitre a le devoir d'informer les parties sur sa situation depuis l'époque de sa nomination jusqu'à la fin de la procédure »<sup>1630</sup>, ou « que le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance »<sup>1631</sup>. En effet, ces exigences s'imposent également à l'arbitre intervenant dans le cadre de la résolution des litiges liés à la finance islamique.

Cela dit, le non-respect par l'arbitre de son obligation de révélation permet de mettre en place des garanties curatives qui interviennent *a posteriori*.

---

<sup>1627</sup> CA de Paris, 9 avril 1992, D. 1992, IR 173.

<sup>1628</sup> Voir à cet égard, Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 339 et s.

<sup>1629</sup> Cass, civ 1<sup>er</sup>, 10 octobre 2012, Revue de l'arbitrage, 2013, p. 129.

<sup>1630</sup> CA de Paris, 17 février 2005, Revue de l'arbitrage, 2005, p. 709.

<sup>1631</sup> CA de Paris, 12 février 2009, Revue de l'arbitrage, 2009, p. 186.

## 2)- Les mécanismes curatifs

En matière de finance islamique comme dans les autres matières, il existe trois types de mécanismes permettant la sanction d'un défaut de révélation. Un mécanisme intervient avant que la sentence ne soit rendue : la récusation de l'arbitre (**a**). Un autre intervient à la suite du prononcé de la sentence : la nullité de la sentence (**b**). Un troisième mécanisme concerne plus directement l'arbitre lui-même, qui peut voir sa responsabilité personnelle engagée (**c**).

### a)- La récusation de l'arbitre

C'est la sanction normale et spécifique. En effet, la partie qui découvre, après sa nomination, qu'un arbitre ne remplit pas les conditions requises pour juger pourra le récuser. Les causes de cette récusation coïncident avec les qualités qui sont attendues de l'arbitre, de manière générale ou particulière : son indépendance et son impartialité et les aptitudes spéciales que la convention d'arbitrage a pu exiger de lui<sup>1632</sup>.

Si une partie à un contrat de financement islamique s'oppose à la nomination de l'arbitre en raison d'un défaut d'indépendance ou d'impartialité, et si celui-ci entend se maintenir, la question sera tranchée, soit par un centre d'arbitrage pour l'arbitrage institutionnel, soit par le juge étatique pour l'arbitrage *ad hoc*<sup>1633</sup>. En France, l'article 1456, alinéa 3, du Code de procédure civile, applicable en matière internationale par renvoi de l'article 1506 du même Code, dispose que « En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux ».

Désormais, sont bien établis les principes de la procédure de récusation. En vertu de ces principes, dès qu'elle a connaissance des circonstances qui lui permettent de mettre en doute ces qualités, la partie qui conteste l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre demande sa récusation. Elle l'adresse au centre d'arbitrage ou au tiers préconstitué qui, en vertu de la convention ou du règlement d'arbitrage, a reçu pouvoir de se prononcer. C'est seulement si

---

<sup>1632</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 602.

<sup>1633</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 347

aucune autorité n'a été prévue à cette fin qu'elle agira devant le juge étatique<sup>1634</sup>. Cette solution a été retenue par la loi suisse de droit international privé par exemple<sup>1635</sup>. Il convient de signaler qu'à l'heure actuelle, presque tous les règlements d'arbitrage organisent une procédure de récusation<sup>1636</sup>. C'est le cas, par exemple, de l'article 12 du règlement du Centre international islamique pour l'arbitrage et la conciliation (IICRA).

Le délai pour agir est court : généralement, la plupart des législations nationales adoptent un délai d'un mois à compter de la révélation ou de la découverte du fait litigieux, ce qui est susceptible parfois de poser un problème de preuve portant sur la date de la découverte d'un fait. En cas d'arbitrage institutionnel, il faudra se référer au délai prévu dans le règlement d'arbitrage. En effet, ces délais varient d'un règlement à l'autre, même si, en substance, ces délais sont en règle générale très proches de celui prévu par la loi française<sup>1637</sup>.

Force est de constater par ailleurs que l'intervention de l'autorité compétente produit des effets importants dès lors qu'il s'agit du juge étatique. En effet, la décision de ce dernier rend ultérieurement irrecevable un moyen fondé sur l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral<sup>1638</sup>. Si, par exemple, le juge étatique confirme la désignation de l'arbitre choisi dans le cadre de la résolution d'un litige de financement islamique, il ne sera pas possible, au stade de la contestation de la sentence, d'invoquer un défaut d'indépendance et d'impartialité de celui-ci, sauf élément nouveau. La différence est radicale avec l'intervention d'un centre d'arbitrage saisi d'une même question. N'étant pas un organe juridictionnel, un centre d'arbitrage ne rend pas de décision ayant une valeur juridictionnelle. C'est pourquoi, il est possible de contester *a posteriori* la sentence en invoquant une absence d'indépendance et d'impartialité<sup>1639</sup>.

### ***b)- La contestation de la sentence***

Lorsque la cause de récusation n'est apparue qu'après le prononcé de la sentence, ou lorsque cette récusation a été refusée par le centre d'arbitrage c'est en contestant la sentence

---

<sup>1634</sup> TGI, 1<sup>er</sup> avril 1993, Revue de l'arbitrage, 1993, p. 455.

<sup>1635</sup> Voir l'article 180 la loi suisse de droit internationale privé.

<sup>1636</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 603.

<sup>1637</sup> Par exemple, l'article 14. 2 du règlement CCI prévoit un délai de trente jours. Le délai est parfois plus court : quatorze jours selon l'article 10.3 du règlement de la London Court Of International Arbitration (LCIA).

<sup>1638</sup> Cass, civ 1<sup>er</sup>, 13 mars 2013, Revue de l'arbitrage, 2013, p. 735.

<sup>1639</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 349.

qu'une partie à un contrat de financement islamique peut obtenir, *a posteriori*, la sanction du non-respect par l'arbitre de ses obligations d'indépendance ou d'impartialité<sup>1640</sup>. Autrement dit, lorsqu'une circonstance de nature à faire douter une partie de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre ne vient à sa connaissance qu'une fois la sentence rendue, ou lorsque le centre d'arbitrage a refusé de récuser l'arbitre, cette partie pourra encore tenter d'obtenir l'annulation de la sentence<sup>1641</sup>. De la sorte, une sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation au motif que le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué. Si la sentence est rendue à l'étranger, il sera possible de s'opposer à son exequatur sur le même fondement. Dans ces cas, ce n'est pas l'arbitre qui est contesté, mais la sentence qu'il a rendue<sup>1642</sup>.

Pour être recevable à invoquer un moyen tiré du défaut d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre, il ne faut pas y avoir préalablement renoncé. Dès lors qu'une partie, pleinement informée, ne s'est pas opposée au maintien de l'arbitre ou n'a pas demandé sa récusation en cours d'instance, elle perd son droit d'invoquer le moyen au soutien d'un recours en annulation ou d'un appel contre l'ordonnance d'exequatur. Il en va de même si cette partie ne formule pas de contestations dans les délais prévus<sup>1643</sup>. Ainsi, s'il en a eu connaissance au cours de l'instance et est néanmoins demeuré silencieux, s'abstenant notamment d'exercer son droit de récusation, il sera considéré comme ayant renoncé à se prévaloir de ce vice affectant l'instance arbitrale<sup>1644</sup>.

Cependant, une partie à un contrat de financement islamique est toujours habilitée à contester la sentence en prouvant que l'arbitre n'a pas eu un comportement impartial durant le cours de l'instance. En effet, il est toujours possible d'examiner l'attitude réelle de l'arbitre en cours de procédure et lui reprocher des manquements à son devoir d'impartialité. C'est alors un problème de preuve qui se pose. Il faudra établir qu'un arbitre a eu un comportement partial manifestant un préjugé en faveur de l'une des parties ou révélant une hostilité affichée à l'égard d'une autre. Une autre difficulté se pose en pratique : la participation d'un même arbitre à plusieurs arbitrages successifs. On pourrait redouter que son impartialité ne soit pas parfaite, notamment à l'égard du risque de préjugé. Il faut noter que la jurisprudence française ne considère pas, par principe, que de telles circonstances remettent en cause l'impartialité de

---

<sup>1640</sup> Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 603.

<sup>1641</sup> CA de Paris, 29 janvier 2004, JCP G 2004, I, p. 179.

<sup>1642</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 349.

<sup>1643</sup> Ibid, p. 350.

<sup>1644</sup> CA de Paris, 28 octobre 2010, Revue de l'arbitrage, 2011, p. 691.

l'arbitre. Le juge apporte cependant une nuance importante<sup>1645</sup>. La solution est différente si « la décision rendue dans l'une des affaires constitue un préjugé défavorable à l'égard d'une partie dans l'autre instance. Il n'en va ainsi, toutefois, que si l'appréciation portée par l'arbitre dans la première procédure sur un ensemble indissociable de fait et de droit entraîne logiquement certaines conséquences sur les questions à trancher dans la seconde »<sup>1646</sup>.

Enfin, il convient de souligner le fait qu'un seul arbitre au sein d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres ait manqué à son devoir d'indépendance ou d'impartialité suffit à entacher la sentence d'irrégularité. Il importe peu que les deux autres arbitres n'aient rien à se reprocher. Il a ainsi été jugé que « la procédure ayant été engagée devant une formation de trois arbitres, celui dont la partialité est suspectée a pu exercer son influence tant sur les conditions de déroulement de l'instance que sur l'opinion de ses collègues en cours de délibéré »<sup>1647</sup>.

### ***c)- La responsabilité de l'arbitre***

En matière de finance islamique comme dans les autres matières, l'arbitre se voit confier une mission juridictionnelle, autrement dit il a pour mission de rendre justice. La justice ne se réduit pas à une solution apportée à un problème donné, il s'agit plutôt d'un processus obéissant à certains principes dont elle est l'aboutissement. De manière générale, l'arbitre s'oblige à accomplir, jusqu'à son terme, sa mission dans les conditions fixées par le contrat et dans le respect des principes nécessaires à l'exercice de toute mission juridictionnelle, notamment l'indépendance et l'impartialité<sup>1648</sup>.

En effet, l'arbitre intervenant dans le cadre du règlement d'un litige de financement islamique qui n'a pas révélé une circonstance qui était effectivement de nature à mettre en cause son indépendance ou son impartialité et qui a justifié l'annulation de la sentence, a commis une faute, source d'un préjudice pour les parties en termes de temps et d'argent. En conséquence, il pourra voir sa responsabilité engagée<sup>1649</sup>. Il est vrai que dans l'exercice de sa

---

<sup>1645</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 350 et s.

<sup>1646</sup> CA de Paris, 9 septembre 2014, *Revue de l'arbitrage*, 2014, p. 1021.

<sup>1647</sup> CA de Paris, 21 février 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 586.

<sup>1648</sup> Benoit Le Bras et Joseph Dalmasso, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op, cit, p. 255 et s.

<sup>1649</sup> Danielle Cohen, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Revue de l'arbitrage*, 2011, p. 611.

fonction juridictionnelle, l'arbitre dispose d'une certaine immunité, qui joue particulièrement après le prononcé de sa sentence. Cette immunité est entendue de façon très diverse selon les systèmes juridiques<sup>1650</sup>. Elle a d'abord été reconnue dans les pays anglophones appliquant le système de *Common Law*<sup>1651</sup>. La jurisprudence française l'admet également. En effet, un arbitre ne saurait voir sa responsabilité engagée pour mal-jugé, pour mauvaise exécution de sa mission juridictionnelle<sup>1652</sup>. L'immunité garantit à l'arbitre un exercice serein de sa fonction juridictionnelle. Cependant, elle ne se justifie que dans le cadre de l'exercice de cette fonction et ne doit donc couvrir que les actes qui en relèvent au sens strict, comme l'appréciation des prétentions litigieuses ou les décisions d'ordre procédural<sup>1653</sup>. En dehors de ce cadre, la responsabilité de l'arbitre doit être entière<sup>1654</sup>. De plus, même dans le cadre de sa mission juridictionnelle, l'immunité de l'arbitre comporte certaines limites.

Dans cette optique, sa responsabilité pourra être engagée en cas de fraude, de dol ou de faute lourde<sup>1655</sup>, ou de faute personnelle, comme le manquement incompatible avec la fonction juridictionnelle<sup>1656</sup>. Philippe Fouchard considère que la faute condamnable est celle qui manifeste une violation délibérée de ses devoirs de juge ou une négligence caractérisée dans leur accomplissement<sup>1657</sup>. Plus encore, l'immunité ne doit pas protéger l'arbitre qui a commis un manquement grave à sa mission juridictionnelle en faisant preuve de dépendance et de partialité ou, plus exactement, en omettant de révéler une circonstance qui était effectivement de nature à faire douter de son indépendance ou de son impartialité<sup>1658</sup>. Notons que la jurisprudence retient la responsabilité civile de l'arbitre dans de telles circonstances<sup>1659</sup>.

Au final, il apparaît que l'arbitre et le juge exercent leur office selon une éthique commune. En effet, ils sont tous les deux soumis aux règles relatives à l'indépendance et à l'impartialité. Inhérentes à toute fonction juridictionnelle, ces règles sont clairement affirmées

---

<sup>1650</sup> Sur cette diversité, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 609 et s.

<sup>1651</sup> Sur cette question, voir Thomas Clay, *L'arbitre*, op, cit, p. 451 et s.

<sup>1652</sup> CA de Paris, 22 mai 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 476. Voir également sur cette question, Philippe Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 325 et s.

<sup>1653</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 682.

<sup>1654</sup> Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 398.

<sup>1655</sup> TGI Paris, 13 juin 1999, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 476.

<sup>1656</sup> CA de Paris, 22 mai 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 476.

<sup>1657</sup> Philippe Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », art, préc, p. 364.

<sup>1658</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 682.

<sup>1659</sup> CA de Paris, 12 oct. 1995, *Revue de l'arbitrage* 1999, p 323. Pour plus d'exemples jurisprudentiels sur ce point, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p.611 et s.

en droit musulman<sup>1660</sup> et prennent actuellement des dimensions nouvelles. A l'instar du juge, l'arbitre doit être indépendant et impartial. De plus, le droit moderne se montre plus exigeant à l'égard de l'arbitre que du juge. Ce constat se manifeste plus particulièrement en matière d'obligation de révélation. La jurisprudence et de nombreux règlements d'arbitrage exigent qu'avant l'arbitrage, l'arbitre révèle tout lien qu'il pourrait avoir avec la partie qui l'a nommé<sup>1661</sup>. Le manquement par l'arbitre à cette obligation de révélation peut être sanctionné par la mise en œuvre de la récusation, la contestation de la sentence et enfin par la mise en jeu de sa responsabilité personnelle. Tous ces éléments contribuent assurément à renforcer la nature juridictionnelle de l'arbitrage et par là même son efficacité en tant que mécanisme de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. Cette qualité juridictionnelle de l'arbitrage se trouve encore consolidée par l'application des principes fondamentaux du procès équitable à l'instance arbitrale.

## §2. Une dimension juridictionnelle affirmée de l'instance arbitrale

Un litige de financement islamique doit être résolu dans le respect de certains principes fondamentaux. Cette exigence est consacrée à la fois par le droit musulman et par les droits modernes de l'arbitrage<sup>1662</sup>. En effet, il est bien admis que l'instance arbitrale, en matière de finance islamique, devra respecter les grands principes de la procédure civile. Ceux-ci relèvent de l'ordre public. Il a ainsi été constaté que les parties disposent toujours du droit d'être entendues, de connaître les moyens et preuves de l'autre partie, du droit de participer à l'administration des preuves et que doivent être systématiquement respectés les principes de la contradiction et de l'égalité des parties<sup>1663</sup>.

En réalité, quelle que soit la procédure choisie, un tribunal arbitral constitué par des parties à un contrat de financement islamique doit principalement garantir le principe de la contradiction (A) et l'égalité des parties (B). Ces deux principes jouent, en matière de règlement des litiges de financement islamique, un rôle fondamental. Le contradictoire doit

---

<sup>1660</sup> Sur cette question en droit musulman, voir Maher Aboud, *Les principes juridictionnels dans la Rassela du Calife Omar*, Dar al koutob al illmiya, Beyrouth, 2009 ; Mahmoud Wafi, *La responsabilité procédurale de l'arbitre. Etude analytique dans le droit musulman et le droit moderne*, Dar al nahda, Le Caire, 2011.

<sup>1661</sup> Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, op, cit, p.181.

<sup>1662</sup> Maher Aboud, *Les principes juridictionnels dans la Rassela du Calife Omar*, Dar al koutob al illmiya, Beyrouth, 2009 ; Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 498.

<sup>1663</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 728.

être respecté tout au long de l'instance arbitrale. L'égalité des armes s'applique aux parties, au juge et à l'arbitre. En l'absence de tels principes, la partie faible serait à la merci de son contradicteur. De ce point de vue, l'arbitrage est véritablement l'égal de la justice étatique<sup>1664</sup>. Par ces deux principes fondamentaux du procès équitable, la justice arbitrale serait en mesure d'assumer efficacement son rôle dans la domaine de la résolution des litiges liés à la finance islamique en voyant son caractère juridictionnel consacré et renforcé. Avec ces principes, les institutions financières islamiques peuvent en toute sécurité faire trancher leurs litiges par voie d'arbitrage.

### **A)- Le principe de la contradiction**

Le principe de la contradiction occupe une place éminente dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. S'il plonge ses racines dans le droit musulman classique, ce principe connaît une évolution remarquable à l'époque contemporaine. Il s'agit aujourd'hui d'un principe solidement ancré dans les droits modernes de l'arbitrage. Il se justifie par le droit au procès équitable. Dans cette optique, la Convention européenne des droits de l'Homme l'a érigé en notion autonome. Pour le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel français, il s'agit d'un principe général du droit<sup>1665</sup>.

Le principe s'applique à tous les acteurs de l'instance arbitrale intervenant dans le cadre de la finance islamique. En effet, il s'applique aux parties comme à l'arbitre. Entre les parties, le principe s'applique dès le début de l'instance. Ce principe doit également être respecté par l'arbitre, notamment lors du relevé d'office de moyens. Sa violation fera l'objet de sanctions. Dans ce cadre, nous allons étudier d'abord la cardinalité du principe (1), puis son contenu (2).

#### **1)- La cardinalité du principe de contradiction**

C'est un principe fondamental en matière de finance islamique. Il doit s'appliquer dans toute procédure contentieuse de résolution des litiges liés à ce secteur d'activité. S'il

---

<sup>1664</sup> Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, op, cit, p.183.

<sup>1665</sup> Ibid, p. 206.

s'applique devant la justice étatique<sup>1666</sup>, son application à l'arbitrage semble tout aussi naturelle<sup>1667</sup>. En effet, l'arbitre étant un véritable juge dans la mesure où il exerce une fonction juridictionnelle, il doit respecter le principe de la contradiction lorsqu'il est amené à se prononcer sur un litige de financement islamique. L'application du principe apparaît en réalité comme une manifestation supplémentaire de la nature juridictionnelle de l'arbitrage et du rôle de l'arbitre. C'est également la véritable limite au caractère normalement informel des procédures arbitrales<sup>1668</sup>.

La majorité des auteurs estiment que le principe de la contradiction et les droits de la défense sont identiques<sup>1669</sup>. Pour la Cour européenne des Droits de l'Homme, la contradiction est un élément du « procès équitable » de l'article 6§1 de la Convention. Le contradictoire est une « composante majeure du procès équitable ». Selon Strickler, « pour la Cour de Strasbourg, ce principe signifie que tout plaideur est obligé de soumettre ses moyens et ses preuves au tribunal de manière à ce que son adversaire en ait connaissance en temps utile et qu'il puisse en discuter »<sup>1670</sup>.

La Cour de cassation française, dans un arrêt du 24 février 2005 met en évidence la place fondamentale qu'occupe ce principe dans le droit du procès<sup>1671</sup>. De leur côté, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont érigé la contradiction en principe général du droit<sup>1672</sup>. Seul le pouvoir législatif peut aménager celui-ci. Dans une décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a même affirmé que les droits de la défense sont « un droit fondamental à caractère constitutionnel »<sup>1673</sup>.

Cette importance cardinale du principe de la contradiction en matière de finance islamique se justifie par le fait que le caractère contradictoire de la procédure est « la garantie nécessaire d'une élémentaire justice »<sup>1674</sup>, une condition essentielle d'une bonne administration de celle-ci<sup>1675</sup>, la garantie fondamentale d'une justice saine, loyale et équitable. En effet, le caractère contradictoire de la discussion enrichit le débat des opinions de chacun. Les

---

<sup>1666</sup> Marie-Anne Frison-Roche, *Généralité sur le principe du contradictoire*, LGDJ, Paris, 2014.

<sup>1667</sup> Serge Guinchard, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) », *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 185.

<sup>1668</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 391.

<sup>1669</sup> Glasson Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire et de compétence et de procédure civile*, t. 2, 3<sup>ème</sup> édition, 1925, n° 459.

<sup>1670</sup> Yves Strickler, *Procédure civile*, Paradigme, 5<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 189.

<sup>1671</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 févr. 2005, inédit, pourvoi n° 03-10442.

<sup>1672</sup> CE, 11 oct. 1979, D. 1979, p. 606 ; C. Const., 13 nov. 1985 : rec. cons. const. p. 116.

<sup>1673</sup> Décision du 13 août 1993, *Justices*, janv. 1995, p. 201.

<sup>1674</sup> CEDH, 20 févr. 1996, JCP G. 1997, I, 4000, n° 19.

<sup>1675</sup> Christian Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 3<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1949, n° 426.

arguments des parties et du juge s'en trouvent ainsi probablement enrichis. De plus, le plein exercice de la défense des droits des plaideurs n'est pas entravé, puisque ceux-ci sont à l'abri de tout effet de surprise<sup>1676</sup>. D'après Motulsky, l'idée est que la discussion entre les parties soit libre. Elles doivent donc pouvoir connaître l'intégralité des éléments du procès. Cela suppose que les parties soient traitées sur un pied d'égalité. L'égalité de la situation des plaideurs apparaît comme la garantie fondamentale d'une bonne justice<sup>1677</sup>.

Outre son caractère fondamental, le principe de la contradiction se caractérise par son universalité. Il est connu par des appellations parfois différentes (la *common law* parlant à cet égard de *due process*). Il s'agit en effet d'un principe admis par toutes les législations modernes de l'arbitrage. C'est le cas, par exemple, de l'article 182 §3 de la loi suisse du droit international privé, de l'article 1042 al. 1 de la loi allemande (ZPO), de la section 33 de l'Arbitration Act (Angleterre), de l'article 1717 §3, a), ii du Code judiciaire belge. La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international le consacre<sup>1678</sup>. La Convention de New York de 1958 en fait un motif de refus d'exequatur de la sentence<sup>1679</sup>. De plus, tous les règlements d'arbitrage connaissent la substance de ce principe. C'est le cas, par exemple, de l'article 22.4 du règlement CCI<sup>1680</sup>.

Etant à la fois un principe universel et fondamental, la contradiction figure parmi les principes d'ordre public véritablement international<sup>1681</sup>. D'après Henri Motulsky, il s'agit d'un principe relevant du droit naturel<sup>1682</sup>. A l'heure actuelle, ce principe représente assurément une forme de *lex mercatoria processualis*<sup>1683</sup>. Le principe s'applique, que l'arbitre statue en droit ou en amiable composition<sup>1684</sup>. Au cœur du procès et du droit, le principe de la contradiction rend la procédure juste, égalitaire et légitime en matière de finance islamique. C'est un principe indispensable à la découverte de la vérité du litige de financement islamique<sup>1685</sup>. On peut donc considérer que ce principe est le trait commun à la plupart des systèmes juridiques dont le respect s'impose impérativement au tribunal arbitral agissant dans

---

<sup>1676</sup> Henry Solus et Roger Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Sirey, 1991, n° 106.

<sup>1677</sup> Henri Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », op, cit, p. 175.

<sup>1678</sup> Article 18, article 24.3 et article 34.2.a.ii de la loi-type de la CNUDCI.

<sup>1679</sup> Article V.1.b de la Convention de New York de 1958.

<sup>1680</sup> Sur cette question, voir Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 394.

<sup>1681</sup> Pierre Lalive, « Ordre public international (ou réellement international) et arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 323.

<sup>1682</sup> Henri Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », op, cit, p. 175.

<sup>1683</sup> Catherine Kessedjian, « Principes de la contradiction et arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 381

<sup>1684</sup> CA de Paris, 24 février 1984, *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 175.

<sup>1685</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 394.

le cadre de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. En ce sens, la sentence pourra aussi être annulée ou ne pas être reconnue si la solution qu'elle consacre heurte les exigences liées au principe de la contradiction<sup>1686</sup>.

## 2)- Le contenu du principe de contradiction

Pour mieux saisir le contenu du principe de contradiction qui s'applique devant l'arbitrage appliqué à la finance islamique, il nous semble intéressant de passer en revue les règles dégagées par la jurisprudence française à ce sujet. En effet, dans un arrêt du 14 juin 2007, la Cour d'appel de Paris a affirmé que le principe de la contradiction garantit le caractère équitable du procès et la loyauté des débats. Selon elle, il empêche qu'une décision soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions, de droit et de fait, de connaître celles de l'adversaire et de les discuter, ou qu'une écriture ou un document ait été portée à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqué à l'autre partie, et en veillant à ce qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit soulevé d'office sans que les parties aient été appelées à le commenter<sup>1687</sup>.

Le principe de la contradiction gouverne les relations entre les parties à un contrat de financement islamique. Dans cette perspective, il comporte deux composantes. La première est liée au droit des parties d'être entendues ou appelées. Ainsi, ce principe implique tout d'abord que, dès le début de l'instance arbitrale, une partie soit informée de la procédure arbitrale engagée contre elle<sup>1688</sup>. Dès lors, l'acte introductif de l'instance arbitrale doit lui être notifié<sup>1689</sup>. La procédure peut se dérouler par défaut, mais doit toujours être contradictoire. Il convient de souligner que la partie qui refuse de participer à l'instance ne pourra pas, ensuite, se prévaloir des éventuelles irrégularités l'affectant, à condition toutefois qu'elle ait été informée des développements de l'instance arbitrale<sup>1690</sup>. Ensuite, le principe implique que chacune des parties ait été en mesure de faire valoir ses prétentions et ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter<sup>1691</sup>. Par ailleurs, tout au long de la

---

<sup>1686</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit, p. 729.

<sup>1687</sup> CA de Paris, 14 juin 2007, *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 644.

<sup>1688</sup> Antonias Dimoltisa, « L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut », *Cahier de l'arbitrage*, vol. V, 2011, p. 68.

<sup>1689</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit, p. 730.

<sup>1690</sup> CA de Paris, 21 avril 2005, *JCP G* 2005, I, 179, n° 5.

<sup>1691</sup> CA de Paris, 16 janvier 2003, *JDI*, 2004, p. 161.

procédure, chaque partie doit être informée des réunions d'expertise, des dates d'audience, en règle générale des différentes opérations d'arbitrage<sup>1692</sup>.

La seconde composante est le devoir de communiquer et de soumettre à la contradiction. Cette règle renvoie à la possibilité offerte à chaque partie de contredire l'autre. A ce titre, les parties à un contrat de financement islamique doivent se faire connaître réciproquement en temps utile les moyens de droit qu'elles invoquent, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions. Cela est nécessaire pour que chaque partie soit en mesure de mieux préparer sa défense. Ainsi, toute pièce doit être produite et faire l'objet d'un débat contradictoire. Lorsqu'une pièce est produite tardivement, elle est susceptible d'être rejetée<sup>1693</sup>, sauf à octroyer à l'autre partie la possibilité d'en débattre en disposant d'un temps suffisant<sup>1694</sup>.

De façon générale, la Cour d'appel de Paris a affirmé que « la règle de contradiction se traduit par la nécessité que soit rendu public entre les parties tout ce qui, à un titre quelconque, participe à l'instruction de la cause : pièce et document du débat, audition des parties ou des tiers »<sup>1695</sup>.

Si le respect du principe de la contradiction s'impose aux parties au début et au cours de l'instance arbitrale, il s'impose également à l'arbitre chargé de trancher un litige de financement islamique. En effet, en tant que juge, l'arbitre est lié par le principe de la contradiction. Il doit faire respecter et respecter lui-même le principe de la contradiction. Si le tribunal arbitral est le premier garant du respect de la contradiction, il y est également tenu<sup>1696</sup>. A partir de là, un tribunal arbitral constitué par des parties à un contrat de financement islamique ne peut se fonder sur une pièce non débattue de manière contradictoire. Autrement dit, rien de ce qui sert à la décision du tribunal arbitral ne doit échapper au débat contradictoire<sup>1697</sup>. Le respect du principe de la contradiction impose donc au tribunal arbitral de soumettre à la discussion préalable des parties tout moyen de droit et de fait. Sans cette

---

<sup>1692</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 396.

<sup>1693</sup> CA de Paris, 21 février 2002, *Revue de l'arbitrage*, 2002, p. 955.

<sup>1694</sup> CA de Paris, 10 novembre 1989, *RTD.com*. 1992, p. 589.

<sup>1695</sup> CA de Paris, 16 novembre 1993, *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 477.

<sup>1696</sup> CA de Paris, 2 juin 2013, *Revue de l'arbitrage*, 2014, p. 130.

<sup>1697</sup> CA de Paris, 25 novembre 1999, *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 165.

discussion préalable, il ne peut soulever d'office aucun moyen<sup>1698</sup>. Egalement, il ne peut pas mener des investigations personnelles sur les faits de la cause sans consulter les parties<sup>1699</sup>.

Dans cette optique, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 mai 2008, a annulé une sentence qui s'était fondée d'office sur un moyen tiré de l'existence d'une perte de chance alors que le tribunal arbitral n'avait pas soumis ce moyen à la discussion préalable des parties<sup>1700</sup>. Dans le même ordre d'idées, la même juridiction a annulé une sentence ayant partiellement annulé un contrat sur le fondement du droit autrichien reconnaissant l'imprévision sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations<sup>1701</sup>.

Il faut noter que le principe de la contradiction n'oblige pas les arbitres intervenant dans le cadre d'un litige relatif à la finance islamique à soumettre le raisonnement juridique qui étaye la motivation de leur sentence à une discussion préalable et contradictoire des parties<sup>1702</sup>. A ce titre, la jurisprudence française estime que si les parties doivent en principe pouvoir être présentes lors des opérations d'expertise, « l'absence d'une des parties aux opérations d'expertise arbitrale n'est pas à elle seule susceptible de donner lieu à annulation de la sentence lorsque le rapport a bien été soumis à une discussion contradictoire »<sup>1703</sup>.

## **B)- Le principe d'égalité des parties**

En plus du principe de la contradiction précédemment envisagé qui permet à l'arbitrage de jouer son rôle dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique en affirmant manifestement son caractère juridictionnel, la procédure arbitrale intervenant dans ce domaine repose également sur un autre principe aussi fondamental que le principe de la contradiction : le principe d'égalité des parties. Ce principe consacre également l'assise juridictionnelle de l'arbitrage. En effet, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, la justice reste celle des êtres humains. Le juge, comme toute personne humaine, a ses faiblesses. Consciente des faiblesses du juge, la société ne lui donne pas une liberté absolue pour rendre la justice et c'est dans la perspective du risque d'arbitraire du juge que le droit processuel

---

<sup>1698</sup> Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 29 juin 2011, Revue de l'arbitrage, 2011, p. 678.

<sup>1699</sup> Cass. Civ 2<sup>ème</sup>, 10 novembre 1998, Bull. civ. II, n° 266.

<sup>1700</sup> CA de Paris, 15 mai 2008, Revue de l'arbitrage, 2010, p. 105.

<sup>1701</sup> CA de Paris, 3 décembre 2009, Revue de l'arbitrage, 2010, p. 105.

<sup>1702</sup> CA de Paris, 18 janvier 2007, Revue de l'arbitrage, 2007, p. 134.

<sup>1703</sup> CA de Paris, 6 février 1997, Revue de l'arbitrage, 1997, p. 556.

« balise le chemin du juge vers la décision qu’attendaient les plaideurs »<sup>1704</sup>. En tant que juge, l’arbitre peut lui aussi présenter des faiblesses. Dans cette optique, le principe d’égalité des parties représente un véritable rempart contre l’arbitraire de l’arbitre<sup>1705</sup>. C’est un élément fondamental qui doit être parfaitement respecté dans le cadre du règlement des litiges de financement islamique.

Si ce principe est solidement consacré en droit musulman, il occupe à l’heure actuelle une place importante dans la justice arbitrale tout en prenant des dimensions nouvelles. Il se situe au cœur du procès arbitral et tend à assurer l’équilibre des droits des parties tout au long de l’instance arbitrale. Dès lors, il conviendra, après l’étude du fondement du principe d’égalité (1), d’examiner le contenu d’un tel principe (2).

### **1)- Fondement du principe d’égalité des parties**

A la recherche de la vérité, la justice en droit musulman, comme en droit moderne, exige de traiter les parties sur un pied d’égalité. A vrai dire, l’égalité des parties dans le procès s’impose *a priori* comme une évidence, une condition indispensable à l’œuvre de justice. Il occupe une place primordiale dans les enseignements de la religion musulmane<sup>1706</sup>. Certains auteurs estiment que le principe d’égalité trouve ses sources dans le droit naturel. En dépit des oppositions qui séparent ses acceptions moderne et classique, le droit naturel se définit avant tout dans un rapport d’altérité<sup>1707</sup>. Le procès étant un lieu de confrontation entre les individus, on comprend alors la prédisposition du droit naturel à innover le droit processuel. Comme l’indique Henri Motulsky, le droit naturel « malaisément saisissable puisqu’affecté [...] d’imprécisions congénitales [...] désigne, sous toutes ses formes, un phénomène essentiel à la vie du droit, à savoir l’influx que donnent au droit positif l’exigence supérieure de l’idéal de

---

<sup>1704</sup> George Bolard, « L’arbitraire du juge », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à P. Drai, Dalloz, Paris, 2000, p. 225.

<sup>1705</sup> Laure Bernheim-Van de Casteele, *Les principes fondamentaux de l’arbitrage*, op, cit, p. 489.

<sup>1706</sup> Sur la place de l’égalité en droit processuel musulman, voir Maher Aboud, *Les principes juridictionnels dans la Rassela du Calife Omar*, Dar al koutob al illmiya, Beyrouth, 2009.

<sup>1707</sup> Mélina Douchy-Oudot, « Le droit naturel et les droits de l’homme dans la recherche du Juste », in *Justices et droit du procès*, Mélanges S. Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, p. 239.

justice »<sup>1708</sup>. C'est précisément dans ce rapport d'altérité que le principe d'égalité trouve sa raison d'être<sup>1709</sup>.

Outre le droit naturel de la justice, le principe d'égalité des parties trouve également son fondement dans des textes juridiques internationaux et de l'œuvre jurisprudentielle des juges. Ainsi l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirme que : « Tous son égaux devant les tribunaux et les cours de justice ». La Cour européenne des droits de l'homme a clairement consacré ce principe dans de nombreuses affaires<sup>1710</sup>. Elle le rattache à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans une affaire *Szwabwicz c/Suède* du 30 juin 1959, la Commission européenne des droits de l'homme avait estimé que : « Le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ». La même formule a ensuite été reprise à de multiples reprises par le juge européen<sup>1711</sup>.

Selon Cohen-Jonathan, le principe d'égalité a « servi de base pour garantir l'égalité des parties devant le juge et protéger notamment l'effectivité du débat contradictoire en matière civile comme en matière pénale »<sup>1712</sup>.

Le Conseil constitutionnel consacre implicitement le principe d'égalité des parties. Dans une décision de 1989, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 10 de la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, contraire à la Constitution et au principe des droits de la défense. A cette occasion, il a rappelé que « le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et que celui-ci implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »<sup>1713</sup>.

---

<sup>1708</sup> Henri Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », op, cit, n° 5.

<sup>1709</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 489.

<sup>1710</sup> Voir par exemple, CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer c/Pays-Bas*, série A. n° 274 ; CEDH, 24 octobre 1989, *H. c/France*, série A. n° 162-A.

<sup>1711</sup> Sur la jurisprudence européenne, voir Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, op, cit, p.185.

<sup>1712</sup> Gérard Cohen-Jonathan, « L'égalité des armes selon la cour européenne des droits de l'homme », LPA, 28 novembre 2002, p. 21.

<sup>1713</sup> Décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, Rec. P. 71, consid. 44-46.

Dans le domaine de l'arbitrage, la jurisprudence française a consacré l'égalité des parties, en se basant à la fois sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'ordre public. En effet, dans une affaire Dutco, la Cour de cassation a estimé en matière d'arbitrage multipartite, que « le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public »<sup>1714</sup>. Pour sa part, le Tribunal de grande instance de Paris a affirmé avec force que le centre d'arbitrage doit garantir aux parties un procès équitable<sup>1715</sup>. D'après Fouchard, la Chambre arbitrale de Paris doit « mettre en œuvre les instances arbitrales dans des conditions qui assurent à chacun une égalité de traitement, au cours d'une procédure conduite de façon normale et raisonnable, respectant les principes essentiels de la neutralité et de l'objectivité propres à toute instance juridictionnelle »<sup>1716</sup>.

De même, dans un arrêt du 25 mai 1991, la Cour d'appel de Paris a affirmé que le principe d'égalité des parties peut être considéré comme un principe général de la procédure relevant de l'ordre public international<sup>1717</sup>. Dans un autre arrêt, la même juridiction a mis en évidence l'existence d'une relation entre l'égalité des armes et l'impartialité. L'égalité des armes apparaît alors comme un élément nécessaire à l'instance arbitrale<sup>1718</sup>.

Enfin, le principe d'égalité des parties est également consacré par les règlements d'arbitrage. A ce titre, on peut citer l'exemple du règlement d'arbitrage de la CCI de 1975. En effet, l'article 2-4 de ce règlement prévoyait la procédure applicable lorsque trois arbitres sont prévus : chacune des parties doit désigner un arbitre<sup>1719</sup>.

## 2)- Le contenu du principe d'égalité des parties

En substance, le principe d'égalité postule un accès égal au juge et un traitement des parties, au cours du procès, qui ne désavantage pas nettement l'une par rapport à l'autre<sup>1720</sup>.

---

<sup>1714</sup> Cass, civ 1. 7 janvier 1992, Revue de l'arbitrage, 1992, p. 708.

<sup>1715</sup> TGI de Paris, 30 octobre 1986, Revue de l'arbitrage, 1987, p. 377 ; TGI de Paris, 28 janvier 1987, Revue de l'arbitrage, 1987, p. 380.

<sup>1716</sup> Philippe Fouchard, « Les instances permanentes de l'arbitrage devant le juge étatique (A propos d'une jurisprudence récente) », Revue de l'arbitrage, 1987, p. 256.

<sup>1717</sup> CA de Paris, 25 mai 1990, Revue de l'arbitrage, 1990, p. 892.

<sup>1718</sup> CA de Paris, 28 juin 1991, Revue de l'arbitrage, 1992, p. 568.

<sup>1719</sup> Benoit Le Bras et Joseph Dalmasso, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, op, cit, p. 232.

<sup>1720</sup> Serge Guinchard, « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », Répertoire Dalloz Procédure civile, mars 2003, n° 352.

En s'appliquant à l'arbitrage, ce principe, qui relève de l'essence du procès et de la justice<sup>1721</sup>, implique que les parties à un litige de financement islamique soumis à l'arbitrage doivent être placées sur un pied d'égalité au cours de la procédure arbitrale. Il s'agit d'un principe d'ordre public, les parties ne devraient pas pouvoir y déroger<sup>1722</sup>. Elles peuvent uniquement renoncer à certaines règles particulières, issues de ce principe, qui ne protègent que des leurs intérêts particuliers<sup>1723</sup>.

Autrement dit, aucune des parties à un contrat de financement islamique ne doit être avantagée lors du déroulement de la procédure arbitrale. On parle à ce titre d'égalité des armes. De manière générale, la Cour d'appel de Paris considère que « l'égalité des armes qui représente un élément de la notion de procès équitable protégé par l'ordre public international, implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>1724</sup>. Il faut donc franchir un seuil de gravité dans la violation du principe d'égalité. Un tel seuil se mesure au regard de l'importance de l'avantage accordé à une partie à l'exclusion de l'autre<sup>1725</sup>.

En matière de finance islamique, le principe d'égalité des parties ne signifie pas qu'elles doivent être traitées de façon parfaitement identique par l'arbitre. Il faut et il suffit qu'elles soient mises en mesure d'exposer leurs causes dans des conditions qui ne les désavantagent pas d'une manière appréciable les unes par rapport aux autres<sup>1726</sup>. C'est donc par une appréciation globale de l'instance, et non au regard de chacun des actes d'instruction pris isolément, qu'il est possible de déterminer si l'égalité des parties a été respectée par le tribunal arbitral. En effet, ce principe s'applique à tous les stades de la procédure arbitrale relative à un litige de financement islamique, et même en aval de l'instance, dès la constitution du tribunal arbitral. De fait, les parties doivent disposer des mêmes droits dans le processus de désignation des arbitres<sup>1727</sup>. Une fois l'instance engagée, le tribunal arbitral est tenu de placer les parties sur un pied d'égalité lors de l'instruction de l'affaire, notamment

---

<sup>1721</sup> Loïc Cadet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Etudes offertes à J. Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 109.

<sup>1722</sup> Pierre Mayer, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de Civil Law et de Common Law », *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 168.

<sup>1723</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 345.

<sup>1724</sup> CA de Paris, 12 juin 2003, *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 887.

<sup>1725</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p.403.

<sup>1726</sup> Fabienne Quillere-Majzoub, *La défense du droit à un procès équitable*, Brulant, Bruxelles, 1999, p. 210.

<sup>1727</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 345.

pour l'administration de la preuve<sup>1728</sup> : une différence de traitement dans l'audition de témoin, donc dans l'accueil des moyens de preuve des parties, peut porter atteinte au principe d'égalité. Dans le même cadre, les parties doivent bénéficier des facilités équivalentes, notamment en matière de délai pour préparer leur défense et communiquer leurs éléments de preuve<sup>1729</sup>.

Toutefois, il faut noter ici qu'aucune égalité mathématique n'est requise. Dans cette perspective, « un décalage de sept jours au profit de l'une des parties dans le calendrier de la procédure ne confère à celle-ci aucun avantage décisif, même si, par la nature des choses, le demandeur dispose de plus de temps que son adversaire pour la préparation de ses arguments »<sup>1730</sup>. L'appréciation est alors casuistique. Concrètement, il faut que le traitement non égal des parties sur le terrain des délais octroyés ait conféré à l'une au détriment de l'autre un avantage net ou décisif<sup>1731</sup>.

De même, un tribunal arbitral intervenant en matière de règlement des litiges relatifs à la finance islamique doit se garder de consacrer toute inégalité entre les parties au cours des éventuelles audiences qu'il organise. Mais là encore, ce principe n'oblige pas systématiquement l'arbitre à étendre à l'une la mesure prise à l'égard de l'autre<sup>1732</sup>. Ces solutions ont l'avantage d'assurer la souplesse de la justice arbitrale. En effet, l'arbitre doit traiter de manière substantiellement égale les parties, sans les obliger à une égalité absolue<sup>1733</sup>. Dans cette perspective, un auteur souligne que « l'isonomie procédurale n'a pas de sens, sinon de contrarier l'efficience de la procédure »<sup>1734</sup>.

Le plus souvent, le principe d'égalité, lorsqu'il est invoqué, se trouve couplé avec un autre principe : principe de la contradiction, droits de la défense, droit d'accès à la justice, etc. Malgré cela, le principe d'égalité dispose d'une certaine part d'autonomie. Il en va ainsi de l'égalité durant l'instance arbitrale proprement dite. Pour le reste, il est fréquent que le principe d'égalité soit invoqué au surplus d'un autre principe. Dans ces conditions, le principe d'égalité est relatif. Dans tous les cas, la violation du principe d'égalité n'est pas

---

<sup>1728</sup> CA de Paris, 6 mai 2003, *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 920.

<sup>1729</sup> CA de Paris, 22 janvier 2004, *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 647.

<sup>1730</sup> Ibid.

<sup>1731</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit, p. 404.

<sup>1732</sup> CA de Paris, 23 juin 2005, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 799.

<sup>1733</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit, p. 404

<sup>1734</sup> Dominique Hascher, « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », Brill, Boston, 2008, p. 129.

nécessairement sanctionnée sur le terrain de la violation du principe de la contradiction<sup>1735</sup>. Elle est susceptible d'intervenir au titre de la violation de l'ordre public dans sa dimension procédurale.

A la lumière de tout ce qui précède, il apparaît que le principe d'égalité des parties occupe une place cardinale dans l'arbitrage relatif à la finance islamique. De ce point de vue, l'arbitrage assure l'égalité des parties à un litige de financement islamique tout au long de la procédure arbitrale. Ainsi, les garanties d'un procès équitable se trouvent bien respectées dans l'arbitrage, dont le principe d'égalité est l'un des piliers. Ceci renforce la légitimité et l'efficacité de ce mode alternatif de règlement des litiges et conforte la confiance des opérateurs de la finance islamique à son égard. De plus, en assurant l'égalité des parties, l'arbitrage se conforme parfaitement aux principes et règles de la Charia qui accordent une grande place au principe d'égalité entre les hommes. C'est l'un des majeurs principes de la loi islamique et l'une de ses grandes finalités.

### **§3. La sentence arbitrale comme illustration de la nature juridictionnelle de l'arbitrage**

En matière de finance islamique, le rôle des arbitres est de trancher l'ensemble des points litigieux par une ou plusieurs décisions et d'exprimer cette décision dans un acte ayant des attributs particuliers : la sentence arbitrale. En effet, la sentence marque l'aboutissement de la procédure arbitrale, comme le jugement met fin à la procédure judiciaire. Sans doute parce que, comme lui, elle constitue un acte juridictionnel. Elle est l'apogée du caractère juridictionnel de l'arbitrage. Dans cette perspective, nous allons examiner quelques aspects juridictionnels de la sentence arbitrale. A ce titre, l'accent sera mis sur deux points : la motivation de la sentence (**A**) et l'autorité de la chose jugée de celle-ci (**B**). En réalité, ces aspects contribuent à une plus grande qualité de la justice arbitrale. Leur consécration permet de rendre la sentence plus acceptable pour les parties et de renforcer son efficacité. A partir de là, l'arbitre apparaît mieux placé pour trancher des litiges relatifs à la finance islamique.

---

<sup>1735</sup> Sur le lien entre le principe de la contradiction et le principe d'égalité des parties, voir Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, op, cit, p.187 et s. ; Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 405.

## A)- La motivation de la sentence

En matière de finance islamique, la motivation constitue une garantie contre l'arbitraire de ceux qui assument la fonction de juger. En principe, tout acte juridictionnel intervenant dans le processus de règlement des litiges de financement islamique doit être motivé. Cela signifie qu'il faut exposer les raisons à la fois factuelles et juridiques de la décision. Comme il s'agit d'un acte juridictionnel, il est tout à fait logique de lui transposer cette exigence de motivation<sup>1736</sup>. En réalité, la motivation de la sentence constitue une garantie essentielle de bonne justice. Elle assure la transparence de l'arbitrage relatif à la finance islamique, renforce sa qualité et, surtout, permet de vérifier que les droits de la défense ont été respectés. De plus, la motivation permet aux parties à un litige de financement islamique de se rendre compte de la manière dont leur litige a été tranché par la juridiction dans laquelle elles ont placé leur confiance. Cet aspect pédagogique de la sentence n'est pas négligeable<sup>1737</sup>.

Il convient de souligner que certaines législations nationales opèrent une distinction entre arbitrage interne et arbitrage international quant à l'obligation pour les arbitres de motiver leur sentence. En France, les sentences doivent être toujours motivées dans l'arbitrage interne. Selon le Code de procédure civile, « la sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Elle est motivée »<sup>1738</sup>. Cette obligation s'applique naturellement aux sentences rendues tant en droit qu'en amiable composition<sup>1739</sup>. Dans le cadre de l'arbitrage international, les sentences doivent en principe être motivées à moins que les parties aient dispensé les arbitres d'une telle exigence. Cela laisse toute liberté aux parties d'opter pour la solution qui leur paraît préférable. La même solution a été retenue par la loi suisse de droit international privé<sup>1740</sup>. A l'inverse, certaines lois imposent de façon plus directe l'exigence de motivation. C'est le cas, par exemple, de l'article 1057, alinéa 4 (b) du Code de procédure civile néerlandais qui ne réserve que l'hypothèse des arbitrages de qualité, de l'article 1701, alinéa 6, du Code judiciaire belge<sup>1741</sup>.

---

<sup>1736</sup> Jean-Louis Delvolvé, « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 149.

<sup>1737</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit, p. 382.

<sup>1738</sup> Article 1482 du Code de procédure civile français.

<sup>1739</sup> Eric Loquin, « L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence », *Revue de l'arbitrage*, 1976, p. 223.

<sup>1740</sup> Article 182, alinéa 2 de la loi suisse de droit international privé.

<sup>1741</sup> Sur cette question, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit, p.774.

Il faut noter que si les parties dans un arbitrage international sont silencieuses au sujet de la motivation de la sentence, les textes et la jurisprudence ont tendance à imposer la motivation. Ainsi, l'article VIII de la Convention de Genève du 21 avril 1961 dispose que « les parties sont présumées avoir entendu que la sentence arbitrale soit motivée, sauf (a) si les parties ont déclaré expressément que la sentence ne doit pas l'être, ou (b) si elles se sont soumises à une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle il n'est pas d'usage de motiver les sentences et pour autant, dans ce cas, que les parties ou l'une d'elles ne demandent pas expressément avant la fin de l'audience, ou, s'il n'y a pas eu d'audience, avant la rédaction de la sentence, que la sentence soit motivée ».

Dans la pratique, en matière d'arbitrage international, la quasi-totalité des sentences sont en effet motivées, sauf, parfois, en matière d'arbitrage de qualité. En réalité, nous constatons une très grande attention portée par les arbitres à la motivation de leurs décisions.

Généralement, il est préférable qu'une sentence relative à un litige de financement islamique soit motivée de manière plus étoffée. Cela s'explique par plusieurs raisons.

Premièrement, la motivation rend acceptable la sentence non seulement pour les parties, mais également pour le juge qui pourrait être amené à la contrôler<sup>1742</sup>.

Deuxièmement, la motivation contribue à renforcer l'efficacité de la sentence. En effet, elle peut convaincre les parties de ne pas introduire un recours et, à supposer un recours exercé, elle pourra conduire à mettre la sentence à l'abri d'une annulation<sup>1743</sup>.

Troisièmement, les arbitres sont des juges rémunérés. Par la motivation, ils montrent qu'ils ont bien accompli leur tâche et qu'ils ont bien respecté leur mission. Ils seraient en mesure de justifier chaque décision prise, de montrer que le tribunal a examiné chaque moyen et argument, que tout a été analysé et discuté<sup>1744</sup>. Autrement dit, l'expression des motifs de sa décision par le tribunal arbitral, permet ainsi de vérifier qu'il a été « fait écho à chaque charnière de l'argumentation »<sup>1745</sup> des parties. A travers cette méthode, les arbitres montrent que le principe de la contradiction a bien été respecté.

Quatrièmement, la motivation facilite le contrôle de la conformité de la sentence à la Charia. Enfin, la mise en place d'une jurisprudence arbitrale repose essentiellement sur une

---

<sup>1742</sup> Charles Jarrosson, « L'acceptabilité de la sentence », *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 793.

<sup>1743</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 528.

<sup>1744</sup> Ibid.

<sup>1745</sup> Henri Motulsky, *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, tome 1, op, cit, p. 80.

motivation soignée des sentences, du moins sur les questions juridiques. Il n'est pas douteux que la motivation, à la fois par son existence et par son excellence, contribue à la construction d'une jurisprudence propre à la justice arbitrale<sup>1746</sup>. Ce point revêt une importance toute particulière en matière de finance islamique, car une œuvre jurisprudentielle arbitrale s'avère indispensable à la construction et à la consolidation des activités et des institutions financières islamiques. En effet, la finance islamique a besoin d'un système normatif et juridictionnel homogène et efficace qui assure à la fois l'encadrement de ses activités et le règlement de ses litiges dans une perspective conforme à sa philosophie religieuse propre.

Force est de constater que même dans la tradition anglaise, longtemps favorable aux sentences non motivées, on vante à l'heure actuelle les mérites de la motivation en matière internationale. La jurisprudence traduit elle-même le revirement de tendance réalisé dans le domaine de l'arbitrage international à la suite de l'adoption de l'Arbitration Act de 1979<sup>1747</sup>.

S'agissant du contrôle de la motivation par le juge étatique, il porte uniquement sur l'existence de celle-ci<sup>1748</sup>. Le juge ne contrôle pas la suffisance de la motivation. L'arbitre n'a pas non plus à suivre les parties dans le détail de leur argumentation<sup>1749</sup>. De plus, le juge ne peut pas contrôler la rectitude, la valeur ou la pertinence de la motivation. De même, le contrôle de la contradiction des motifs a été abandonné. Dans cette optique, la Cour de cassation a déclaré que « le moyen pris d'une contradiction de motifs de la sentence arbitrale [...] tend, en réalité, à critiquer au fond la motivation de la sentence ; il est donc irrecevable »<sup>1750</sup>. Seule une absence de motivation rend donc éventuellement inefficace la sentence<sup>1751</sup>. Pour le reste, le juge s'interdit tout contrôle<sup>1752</sup>.

Au final, la motivation de la sentence est tellement consacrée quelle que soit la liberté du tribunal arbitral dans la mise en œuvre d'une règle de droit, il doit motiver sa sentence<sup>1753</sup>. Cette motivation conforte la nature juridictionnelle de l'arbitrage. Elle contribue également à renforcer son efficacité et sa légitimité en offrant des garanties pour une bonne décision de justice en matière de finance islamique. Tout cela encourage les institutions financières

---

<sup>1746</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 529.

<sup>1747</sup> Sur ce point, voir Fouchar, Gaillard et Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p.775.

<sup>1748</sup> Michele Compolieti, « Sur le défaut de motifs comme cause d'annulation des sentences arbitrales CIRDI », Cahier de l'arbitrage, 2010, p. 1007.

<sup>1749</sup> CA de Paris, 10 mars 1988, Revue de l'arbitrage, 1989, p. 269.

<sup>1750</sup> Cass, civ I, 11 mai 1999.

<sup>1751</sup> CA de Paris, 11 décembre 2012, Revue de l'arbitrage, 2013, p. 286.

<sup>1752</sup> CA de Paris, 10 mars 2015, revue de l'arbitrage, 2015, p. 623.

<sup>1753</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p.388.

islamiques à recourir à l'arbitrage en tant que mode privilégié de règlement des litiges de financement islamique.

## **B)- L'autorité de la chose jugée**

Dans le domaine de la finance islamique, l'autorité de la chose jugée confère aux décisions juridictionnelles une présomption de vérité aux fins d'assurer la stabilité juridique et, dans une certaine mesure, l'apaisement entre les justiciables<sup>1754</sup>. Elle assure la sécurité d'une situation acquise, que l'on ne peut remettre en cause<sup>1755</sup>. Perçue comme une présomption légale irréfragable de vérité, l'autorité de la chose jugée est avant tout une notion fonctionnelle, en ce sens qu'elle constitue « un instrument processuel permettant d'assurer la stabilité des situations juridiques établies par un jugement, de rationaliser et de moraliser les stratégies judiciaires »<sup>1756</sup>. En effet, l'autorité de la chose jugée se présente comme l'immutabilité qui s'attache au jugement<sup>1757</sup>, notamment dans le domaine de la finance islamique.

Etant un acte juridictionnel, la sentence arbitrale tranchant un litige relatif à la finance islamique a naturellement l'autorité de la chose jugée. Certains auteurs utilisent l'expression « autorité de la chose arbitrée »<sup>1758</sup>. Cette qualité constitue un attribut résultant des caractères juridictionnel et irrévocable de celle-ci. Parce que l'arbitre est un véritable juge, la sentence arbitrale est une décision de justice, laquelle est pourvue de l'autorité de la chose jugée. Sure ce point, il n'y a aucune raison d'opérer une distinction entre le jugement et la sentence puisque la nature juridictionnelle de l'acte constitue bien l'un des fondements de l'autorité de la chose jugée<sup>1759</sup>. Selon Wiederkher, l'autorité de la chose jugée est un attribut propre à tout acte juridictionnel<sup>1760</sup> définitif, quelle que soit sa source, judiciaire ou arbitrale. C'est son caractère définitif qui confère à la sentence son caractère irrévocable. C'est son caractère

---

<sup>1754</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 607.

<sup>1755</sup> Daniel Hascher, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrale », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2000-2002, p. 20.

<sup>1756</sup> Natalie Fricero, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice*, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Dalloz, Paris, 2008, n° 1.

<sup>1757</sup> Jean Héron et Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris, p. 280.

<sup>1758</sup> Charles Jarrosson, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, août-septembre, 2007, p. 27.

<sup>1759</sup> B. Hanotiau, « Quelques réflexions à propos de l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 301.

<sup>1760</sup> Georges Wiederkher, « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », in *Mélanges J. Normand*, L'éthique, 2003, p. 507.

juridictionnel qui lui confère une présomption de vérité identique à celle des jugements judiciaires<sup>1761</sup>.

L'autorité de la chose jugée est un effet de plein droit attaché à une sentence relative à un litige de financement islamique. En effet, il n'est pas nécessaire d'accomplir une formalité particulière. Elle se produit dès que la sentence est rendue, ainsi à partir de sa date<sup>1762</sup>. Pour qu'elle se réalise, il faut avoir une véritable sentence<sup>1763</sup>.

L'autorité de la chose jugée développe des effets positifs et négatifs. Sur le plan négatif, l'autorité de la chose jugée attachée à la sentence arbitrale interdit en principe à un tribunal arbitral, ou à toute juridiction, en dehors d'une voie de recours, de statuer à nouveau sur la contestation tranchée<sup>1764</sup>. Autrement dit, de manière négative, l'autorité de la chose jugée implique que le tribunal arbitral ne peut plus revenir sur son jugement. Les tribunaux des Etats, quant à eux, ne peuvent être saisis de la même cause entre les mêmes parties. En principe, d'autres arbitres ne peuvent être saisis du même litige par l'une des parties<sup>1765</sup>. Il est à noter que devant un tribunal arbitral, la chose jugée par une précédente sentence affecte la recevabilité de la nouvelle demande. Il s'agit d'une fin de non-recevoir<sup>1766</sup>. Il convient de souligner que l'autorité négative de la chose jugée ne joue que contre les parties à l'arbitrage ou celles qui ont été représentées ou appelées, pour une demande fondée sur une cause et avec un objet identique. Néanmoins, si la sentence est dépourvue de l'autorité de la chose jugée à l'égard des tiers, elle leur est opposable<sup>1767</sup>.

Sur le plan positif, l'autorité de la chose jugée consacre le caractère non révocable de la sentence quant à la constatation des faits et à leur qualification. Un tribunal arbitral ou étatique est donc normalement lié par ce qui a été jugé positivement dans une sentence antérieure<sup>1768</sup>. En d'autres termes, l'autorité positive de la chose jugée fait obstacle à ce que la juridiction saisie en second d'une demande différente puisse remettre en question la vérification juridictionnelle opérée par une autre juridiction, entre les mêmes parties. De ce

---

<sup>1761</sup> Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, op, cit, p. 609.

<sup>1762</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 539.

<sup>1763</sup> CA de Paris, 24 octobre 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 464.

<sup>1764</sup> Sylvain Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrale*, Economica, Paris, 2004, p. 191.

<sup>1765</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 826.

<sup>1766</sup> CA de Paris, 9 septembre 2010, *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 970.

<sup>1767</sup> Com. 26 mai 2009, *JCP G*, 2009, I, 462.

<sup>1768</sup> Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 541.

point de vue, la force probante d'un fait ou d'une qualification retenue dans une première instance s'impose au cours de instances suivantes<sup>1769</sup>.

Il faut signaler que lorsque le contrat de financement islamique est de nature internationale, les parties ont la faculté de déroger à l'effet d'autorité de la chose jugée qui s'attache à la sentence arbitrale. Mais une telle possibilité est purement théorique dans la mesure où elle aura pour conséquence de priver d'intérêt le recours à l'arbitrage. Elle remettrait potentiellement en cause la qualification de sentence arbitrale<sup>1770</sup>. Les parties peuvent également renoncer *a posteriori* à l'effet d'autorité de la chose jugée et donc, d'un commun accord, de commencer un nouvel arbitrage dans la même cause<sup>1771</sup>.

Concernant l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière de finance islamique, cette autorité n'est pas en effet attachée à toutes les décisions que le tribunal arbitral est susceptible de rendre au cours de la procédure arbitrale. Elle se limite au domaine de la « sentence arbitrale »<sup>1772</sup>. Les décisions arbitrales qui ne peuvent être qualifiées de sentence ne sont en revanche pas dotées de cette autorité. C'est le cas notamment de l'acte par lequel le tribunal arbitral soumet l'exécution de sa décision au bon vouloir des parties<sup>1773</sup>. Il en va de même du simple projet de sentence signé par un seul arbitre : cet acte n'a pas l'autorité de la chose jugée<sup>1774</sup>. Substantiellement, cette qualité est attachée tant aux sentences partielles qu'aux sentences finales, mais pas aux autres décisions du tribunal arbitral, telles les ordonnances de procédure qu'il rend parfois pour organiser l'instance arbitrale. Cette autorité s'étend à toute contestation tranchée par le tribunal arbitral, même lorsque la sentence est purement avant-dire droit. En ce sens, la sentence qui se borne à ordonner des mesures provisoires est dotée de l'autorité de la chose jugée<sup>1775</sup>.

En matière de finance islamique, l'autorité de la chose jugée est logiquement attachée au dispositif d'une décision, alors qu'une sentence ne doit pas nécessairement contenir formellement un tel dispositif. Dans cette perspective, la Cour d'appel de Paris a jugé que « formant un tout, elle (la sentence) est revêtue de l'autorité de la chose jugée relativement à l'ensemble des chefs de demandes sur lesquelles elle statue, fussent-ils évoqués dans les seuls

---

<sup>1769</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 397.

<sup>1770</sup> Sur la question en matière d'arbitrage interne, voir CA de Paris, 25 juin 1982, *Revue de l'arbitrage*, 1983, p. 344.

<sup>1771</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 539.

<sup>1772</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 395.

<sup>1773</sup> CA de Paris, 24 octobre 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 494.

<sup>1774</sup> Cass. 2<sup>ème</sup>, 1 avril 1987, n° 86-10539.

<sup>1775</sup> CA de Paris, 7 octobre 2004, *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 982.

motifs »<sup>1776</sup>. Comme l'indique Jean-Baptiste Racine, cette solution est pragmatique et conforme à la nature informelle de l'arbitrage<sup>1777</sup>.

La règle de l'autorité de la chose jugée ne relève pas de l'ordre public international<sup>1778</sup>. Elle est seulement d'intérêt privé. Il s'en déduit que sa violation n'entraîne pas une contrariété à l'ordre public international<sup>1779</sup>. En effet, une sentence ne peut en principe être annulée, ou se voir refuser l'exequatur, au motif que la méconnaissance de la chose jugée par une précédente sentence ou par un jugement heurte cet ordre public. Par contre, l'annulation de la sentence par le juge étatique, ou le refus de lui accorder l'exequatur, peut intervenir en cas de véritable inconciliabilité de celle-ci avec une autre sentence ou un jugement, c'est-à-dire en présence d'une incompatibilité juridique de leurs effets<sup>1780</sup>. Dans cette optique, la Cour d'appel de Paris a affirmé que « L'exécution d'une sentence est incompatible avec l'ordre public international procédural lorsque les principes fondamentaux du procès ont été violés, ce qui serait notamment le cas si les arbitres statuaient de manière contradictoire dans une même sentence ou dans plusieurs »<sup>1781</sup>. Notons qu'en matière interne, il existe des décisions juridictionnelles faisant de la violation de l'autorité de la chose jugée un motif de contrariété à l'ordre public s'agissant des sentences rendues au cours de la même instance<sup>1782</sup>.

Normalement, en matière de finance islamique comme dans les autres matières, l'autorité de la chose jugée est relative, en ce sens qu'elle produit ses effets entre les parties à l'arbitrage. En principe, les tiers à la sentence ne peuvent ni profiter de celle-ci ni en pâtir. Toutefois, la sentence est opposable aux tiers<sup>1783</sup>. Dans cette perspective, la Cour de cassation française a déclaré que « si une sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers »<sup>1784</sup>. Elle a précisé l'étendue de cette opposabilité en affirmant que « la sentence arbitrale n'est opposable aux tiers qu'eu égard au litige qu'elle tranche »<sup>1785</sup>.

---

<sup>1776</sup> CA de Paris, 2 octobre 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 439.

<sup>1777</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 540.

<sup>1778</sup> CA de Paris, 10 mars 2005, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 456.

<sup>1779</sup> CA de Paris, 9 juin 1983, *Revue de l'arbitrage*, 1983, p. 497.

<sup>1780</sup> Sur cette question, voir, Claire Debourg, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, LGDJ, Paris, 2011.

<sup>1781</sup> CA de Paris, 11 mai 2006, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 101.

<sup>1782</sup> CA de Paris, 3 juin 1997, *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 608.

<sup>1783</sup> Sylvain Bollée, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Revue de l'arbitrage*, 2015, p. 695.

<sup>1784</sup> Cass. Com., 23 janvier 2007, *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 769.

<sup>1785</sup> Cass. Com., 2 février 2016, *Procédures*, avril 2016, p. 133.

Pour renforcer le caractère juridictionnel de l'arbitrage et conforter l'efficacité de ce mode alternatif de règlement des litiges, des réformes ont été adoptées pour permettre à une sentence arbitrale de pratiquer une mesure conservatoire sans autorisation préalable du juge. En effet, la sentence est une décision de justice dotée de l'autorité de la chose jugée. C'est la raison pour laquelle l'autorisation d'un juge n'est pas requise aux fins de saisies conservatoires ou d'inscription d'une sûreté judiciaire<sup>1786</sup>. Par exemple, le créancier muni notamment d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire, peut, sans autorisation judiciaire préalable, faire procéder à une saisie conservatoire si la créance apparaît fondée en son principe et s'il existe des circonstances susceptibles de menacer son recouvrement<sup>1787</sup>.

Finalement, l'autorité de la chose jugée pose également la question de la force probante de la sentence relative à la finance islamique. En effet, il est bien admis que « les énonciations de la sentence [...] font foi jusqu'à inscription de faux »<sup>1788</sup>. Ainsi, la sentence arbitrale bénéficie de la force probante d'un acte authentique. La force probante de la sentence concerne uniquement les constatations personnelles de l'arbitre<sup>1789</sup>. Il en est ainsi des énonciations relatives à la date de la sentence et au lieu où elle a été rendue, à l'existence d'un délibéré, à la communication d'une pièce à l'audition de l'une des parties ou d'un témoin par les arbitres, ou encore à la décision des parties de proroger le délai d'arbitrage<sup>1790</sup>.

L'observation générale des grands principes qui régissent le droit moderne de l'arbitrage montre que ce mécanisme est aujourd'hui une véritable institution juridictionnelle. Mais ce caractère juridictionnel n'a pas d'impact sur son identité et son essence en tant que justice privée ayant des caractères particuliers. En effet, par son double visage, justice conventionnelle fondée sur la volonté des parties et justice juridictionnelle offrant toutes les garanties fondamentales relatives à une résolution juste et équitable, l'arbitrage apparaît essentiellement comme une alternative réelle et efficace à la justice étatique. Il s'affirme comme la meilleure voie possible pour assurer la résolution des litiges de financement islamique dans un cadre respectueux des principes juridiques et religieux qui sont à la base de l'industrie financière islamique. Tous ces éléments contribuent à rassurer les opérateurs de la finance islamique et à renforcer leur confiance envers la justice arbitrale.

---

<sup>1786</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 541.

<sup>1787</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 828.

<sup>1788</sup> Cass. Civ 2, 12 décembre 1990, *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 317.

<sup>1789</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op, cit, p. 542.

<sup>1790</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op, cit, p. 828.

## Chapitre 2. Institutionnalisation de l'arbitrage islamique et perspectives de modernisation

Sur la base des principes modernes précédemment évoqués, une œuvre de modernisation importante a été entreprise dans le domaine de l'arbitrage islamique. Celle-ci se manifeste à travers *l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI) dans sa norme n° 32 sur l'arbitrage et le Centre Islamique International pour la Conciliation et l'Arbitrage (IICRA). En effet, ces institutions constituent une illustration marquante de l'évolution du droit musulman de l'arbitrage (**Section 1**). Avec elles, nous sommes entrés dans une ère nouvelle où le processus de modernisation s'inspire largement des principes du droit moderne de l'arbitrage.

Malgré cette transformation fondamentale, des pas supplémentaires restent à franchir pour mettre en place une justice arbitrale efficace et crédible apte à résoudre les litiges de financement islamique. Autrement dit, il est temps maintenant de réfléchir sur la question de savoir comment l'arbitrage peut concrètement assumer son rôle de manière efficace et cohérente dans la régulation des activités financières islamiques. Dans cette perspective, la mise en place d'un régime juridique cohérent et efficace de l'arbitrage implique nécessairement la modernisation d'un certain nombre de principes et de règles qui sont à la base de l'institution islamique de l'arbitrage. Ce processus de modernisation est d'autant plus indispensable qu'il permet au droit musulman de l'arbitrage d'être en phase avec la société contemporaine et d'être en parfaite conformité avec les données de la civilisation actuelle. Pour atteindre cet objectif, l'accent sera mis sur plusieurs points : la rénovation de la conception islamique de la convention d'arbitrage, le renouvellement du statut de l'arbitre et du droit applicable et le renforcement de la valeur de la sentence arbitrale. Tel est donc le champ de la modernisation à entamer (**Section 2**).

## **Section 1. Les manifestations du développement de l'arbitrage en matière de finance islamique**

Comme nous l'avons vu précédemment, le droit musulman de l'arbitrage commence à se développer dès le 19<sup>ème</sup> siècle sous l'influence des idées et des concepts juridiques et sociaux nouveaux. L'évolution s'est manifestée dans la mise en place d'une codification islamique sous le règne de l'Empire Ottoman : il s'agit de la Mejlle. Cette codification a rassemblé dans un recueil les solutions développées par la doctrine Hanafite. Le processus a continué au cours du 20<sup>ème</sup> siècle avec la création de l'Académie du Fiqh islamique. Cette institution qui consacre l'ijtihad collectif a élaboré un ijtihad sur l'arbitrage. Cette œuvre s'inscrit dans son contexte historique et représente une nouvelle approche de la codification des règles islamiques. Toutefois, ces deux tentatives de réforme, en dépit du fait qu'elles constituent une œuvre non négligeable eu égard de leurs conditions historiques, restent limitées dans la mesure où elles demeurent enfermées dans la construction juridique classique. Elles reposent uniquement sur les concepts et règles élaborés par les juristes musulmans des époques anciennes.

Mais les choses commencent à changer au cours de ces dernières années sous l'influence grandissante des principes et des institutions modernes. En effet, depuis quelques années, nous assistons à l'émergence des institutions islamiques nouvelles qui proposent de nouvelles formes d'ijtihad sur les questions contemporaines, notamment sur les problématiques posées par l'apparition et l'essor de la finance islamique. Dans cette optique, la création de l'AAOIFI marque une évolution importante dans la vie des institutions financières islamiques. Cette institution s'est efforcée de réguler l'industrie financière islamique en rédigeant des normes. Parmi celles-ci, on trouve une norme relative à l'arbitrage : la norme n° 32. En s'inspirant du droit moderne de l'arbitrage, cette norme représente l'apogée du processus de modernisation du droit islamique de l'arbitrage à l'époque contemporaine (§1). De plus, le mouvement de modernisation ne s'est pas limité aux aspects théoriques, il s'est étendu également au plan pratique. A ce titre, la réception des principes modernes de l'arbitrage aura, entre autres, pour effet de mettre en place des centres spécialisés en matière d'arbitrage. Ceux-ci constituent un pilier fondamental pour le développement de la finance islamique en assurant la résolution de ses litiges dans une perspective conforme à la normativité islamique (§2).

## §1. L' AAOIFI comme illustration du développement

Le développement de l'industrie financière islamique s'est accompagné par la création de plusieurs institutions internationales consacrées à ce secteur. La particularité de leur activité a poussé les acteurs à se mobiliser pour mettre en place toutes sortes de références en vue d'améliorer la transparence et faciliter les opérations réalisées par les diverses institutions financières islamiques. Dans cette optique, le Bahreïn a joué un rôle important afin d'organiser le secteur et de créer les instances d'un système régulé et harmonisé. L'Association de comptabilité et d'audit des Institutions financières islamiques (Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)) est précisément l'une de ces instances destinées à homogénéiser les pratiques des institutions financières islamiques. Elle joue un rôle central dans ce domaine<sup>1791</sup>. Cette institution assure la codification des principes de la Charia relatifs à la finance islamique en établissant des normes qui couvrent des matières assez diverses. Avant d'analyser la norme édictée par cette institution en matière d'arbitrage (B), nous allons présenter cette institution de manière générale (A).

### A)- Aperçu général de l'AAOIFI

L'AAOIFI est une organisation internationale non gouvernementale et non permanente à but non lucratif. Elle a été créée au Bahreïn en 1991 par plus de deux cents institutions de quarante pays, dont des banques centrales, une institution financière multilatérale (l'Islamic Development Bank « IDB ») et des banques islamiques<sup>1792</sup>. En effet, les membres la composant sont issus de différents horizons. A ce titre, on y trouve, à côté des membres fondateurs, des membres associés<sup>1793</sup>, des représentants des institutions de régulation<sup>1794</sup>, des observateurs<sup>1795</sup>. Cette composition diversifiée lui assure une très grande indépendance. Cette institution a pour objectif d'édicter plusieurs types de normes pour les

---

<sup>1791</sup> Kaouther Jouaber-Snoussi, *La finance islamique*, op. cit, p. 30.

<sup>1792</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 45 ; Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », op. cit, p. 938.

<sup>1793</sup> Les membres de l'Académie de Fiqh islamique, les représentants des institutions financières islamiques.

<sup>1794</sup> Les banques centrales.

<sup>1795</sup> Membres d'organisations et d'associations professionnelles, comme les cabinets d'audit internationaux, des savants de la Charia.

institutions financières islamiques : des « normes-Charia », des normes comptables et financières. Elle vise alors l'expansion et l'homogénéisation des pratiques de l'industrie financière islamique. Pour réaliser sa mission, elle propose aussi des programmes de formation à la comptabilité et à l'audit qui sont conformes aux principes et règles de la Charia<sup>1796</sup>.

S'agissant de l'organisation structurelle de l'AAOIFI, elle s'articule autour de plusieurs organes : une assemblée générale, un conseil d'administration, un conseil des normes comptables et d'audit, un comité de la Charia, un comité exécutif et un secrétariat général. Composé de quinze membres nommés par le conseil d'administration pour une durée de quatre ans, le conseil des normes comptables et d'audit représentent les autorités financières, les institutions financières islamiques, les professionnels de la comptabilité et de l'audit dans les institutions financières islamiques, les utilisateurs des états financiers des institutions financières islamiques, les chercheurs et professeurs en comptabilité et en finance. Ce conseil se voit chargé de la préparation, de l'adoption et de l'interprétation des normes comptables, d'audit et de gouvernance. Il assure également la préparation et l'adoption d'un code éthique relatif aux activités des institutions financières islamiques. Il veille à la mise à jour des normes réglementant les activités de la finance islamique. Se réunissant au moins deux fois par an, le conseil adopte ses résolutions à la majorité des membres ayant le droit de vote<sup>1797</sup>.

Concernant le comité de la Charia, il comporte quinze membres désignés par le conseil d'administration pour une période de quatre ans parmi les juristes (Oulémas de la Charia). Il est compétent pour : « assurer l'harmonisation des conceptions et l'application des principes et règles de la Charia pour éviter toute contradiction ou incohérence entre les *fatwas* et leur application par ces institutions ; développer des instruments approuvés par la Charia ; examiner toute requête provenant d'un comité de Charia, d'une institution, soit pour donner une opinion sur une question donnée soit pour trancher entre deux ou plusieurs

---

<sup>1796</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 101.

<sup>1797</sup> Pour plus de détails, voir le site internet de l' Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI). <http://aaoifi.com/?lang=en> ; Ahmad Jouti, « Les dispositifs de standardisation des pratiques financières islamiques », [http://www.lescahiersdelislam.fr/Les-dispositifs-de-standardisation-des-pratiques-financieres-islamiques\\_a515.html](http://www.lescahiersdelislam.fr/Les-dispositifs-de-standardisation-des-pratiques-financieres-islamiques_a515.html).

opinions, de revoir les normes comptables, d'audit et de gouvernance à émettre par l'AAOIFI »<sup>1798</sup>.

L'AAOIFI assume un important travail d'adaptation des normes internationales aux spécificités de l'industrie financière islamique. Cette œuvre d'adaptation est indispensable pour plusieurs raisons. Premièrement, les produits de la finance islamique sont particuliers. C'est pourquoi, ils nécessitent chacun des règles spécifiques. Deuxièmement, on relève la nécessité de l'uniformisation des normes aussi bien dans le temps que dans l'espace. Troisièmement, il existe des domaines particuliers qui exigent des normes particulières, comme la Zakat par exemple. Quatrièmement, les normes doivent faciliter l'activité de ceux qui contrôlent la conformité à la Charia. Enfin, il est nécessaire d'assurer une très grande transparence s'agissant de la responsabilité des institutions financières islamiques. Ces dernières étant pour la plupart implantées dans les pays en voie de développement, il faut prendre en considération les contraintes internes et externes propres à ces pays, en particulier les insuffisances des systèmes de contrôle interne<sup>1799</sup>.

En réalité, l'AAOIFI n'a pas pour mission de développer des produits. Sa mission consiste seulement à mettre en place un cadre dans lequel elle identifie les produits à développer. Ce cadre est constitué d'un ensemble de normes de Charia, comptables, d'audit et de gouvernance. Autrement dit, l'AAOIFI est chargé d'émettre des normes de gouvernance en matière de compatibilité conformes aux principes de la finance islamique à l'intention des institutions financières islamique. Il assure également la mise en place des normes réglementant les produits de la finance islamique<sup>1800</sup>.

Depuis sa création en 1991, l'AAOIFI a élaboré 98 normes : 2 normes éthiques ; 58 normes chariatiques ; 26 normes comptables ; 5 normes relatives à la révision ; 7 normes de gouvernance. Ces normes sont elles-mêmes divisées en paragraphes. Les premières normes visent la mise en place d'un cadre conceptuel de la comptabilité destiné aux institutions financières islamiques. En revanche, ces normes peuvent être considérées comme le droit musulman en matière financière<sup>1801</sup>.

---

<sup>1798</sup> Saleh Al Ali, *Les institutions financières islamiques et leur rôle dans le développement économique*, op. cit., p. 33 et s.

<sup>1799</sup> Sur cette question, voir Geneviève Causse-Broquet, « L'audit dans les pays en développement », Cahiers internationaux de la compatibilité, n° 6, 1992.

<sup>1800</sup> Abdelssattar Khouildi, « La Finance Islamique moderne : Approche juridique et financière, séminaire de formation en Finance islamique Islamique », Casablanca, 21-22 octobre 2014.

<sup>1801</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 102.

Il faut noter que les normes de l'AAOIFI n'ont pas de valeur juridique contraignante<sup>1802</sup>. Comme l'indique le secrétaire général de l'AAOIFI, Alchaar, le rôle de l'institution est d'établir des normes mais ces dernières ne s'imposent pas aux institutions financières islamiques<sup>1803</sup>. Malgré cela, on constate actuellement que plusieurs pays ont adopté ces normes dans leurs systèmes financiers. C'est par exemple le cas du Soudan, de la Jordanie, du Qatar, du Liban, du Bahreïn, de la Syrie, de Dubaï<sup>1804</sup>.

Cette institution joue un rôle important dans l'amélioration de la crédibilité de la finance islamique et de l'image des institutions financières islamiques. Selon un journal international, l'AAOIFI représente une force intellectuelle primordiale dans le monde de l'industrie financière islamique<sup>1805</sup>. Dans cette perspective, il est intéressant de signaler que la Commission Finance Islamique de Paris Europlace – qui a pour mission d'œuvrer à la mise en place d'un cadre favorable au développement de la finance islamique en France – a passé un accord de coopération avec l'AAOIFI, en 2009, afin de traduire les normes comptables. Le travail de traduction a commencé par les normes-Charia. En trois ans, plus de vingt normes ont été traduites en langue française<sup>1806</sup>.

En effet, l'œuvre de codification des normes financières de la Charia entreprise par cet organisme mérite d'être saluée et développée. Comme le souligne, à juste titre, Georges Affaki, « le processus méthodique et consensuel qu'a privilégié l'AAOIFI en codifiant les normes financières de la Charia 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 invitées »<sup>1807</sup>. Il s'agit donc d'une œuvre codificatrice contemporaine qui est le résultat des efforts des instances doctrinales et économiques spécialisées assurant une très grande

---

<sup>1802</sup> Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op, cit, p. 212.

<sup>1803</sup> Cité par Ahmad Jouti, « Les dispositifs de standardisation des pratiques financières islamiques » op, cit. [http://www.lescahiersdelislam.fr/Les-dispositifs-de-standardisation-des-pratiques-financieres-islamiques\\_a515.html](http://www.lescahiersdelislam.fr/Les-dispositifs-de-standardisation-des-pratiques-financieres-islamiques_a515.html).

<sup>1804</sup> Saleh Al Ali, *Les institutions financières islamiques et leur dans le développement économique*, op, cit, p. 31 et s.

<sup>1805</sup> Financial Times Journal, n° 31 octobre 2001.

<sup>1806</sup> Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit., p. 103.

<sup>1807</sup> Georges Affaki, « La Charia en dehors des terres d'islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », op, cit, p. 763.

représentativité tant doctrinale que géographique. Dans ces conditions, nous sommes en présence d'une véritable codification transnationale<sup>1808</sup>.

L'autorité des normes émises par cette institution internationale se trouve renforcée par le fait qu'elles reflètent l'avis de la majorité des juristes musulmans contemporains. A cela s'ajoute le fait que ces normes sont reconnues et respectées par les opérateurs de la finance islamique. Il s'agit donc d'un nouvel *ijtihad* qui opère une conciliation entre authenticité et modernité. Cet *ijtihad* est le signe par excellence de la souplesse des principes islamiques et de leur aptitude à l'adaptation aux différents contextes sociaux et économiques.

Selon Walid Ben Hamida, les codifications élaborées par cette institution peuvent jouer le rôle qu'ont joué les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Ainsi, harmoniser et standardiser les règles régissant l'activité financière islamique constitue un moyen efficace de s'unir puisqu'il s'agit de l'esprit et de l'essence même de la religion islamique. En effet, les normes financières synthétisées par l'AAOIFI peuvent faire l'objet d'un choix dans les contrats relatifs à la finance islamique<sup>1809</sup>. Elles peuvent parfaitement faire l'objet d'une incorporation dans ces contrats par référence contractuelle ou être citées par les arbitres à l'appui de leur sentence<sup>1810</sup>. Dans cette perspective, cette faculté offerte aux parties à un contrat de financement islamique de choisir les normes de l'AAOIFI comme droit applicable permet d'identifier de manière précise les règles de la *Charia* applicable au litige. Cela a le grand mérite d'éviter des références vagues qui pourraient évidemment poser des difficultés d'interprétation et d'identification du droit applicable. Tous ces éléments contribuent à renforcer la prévisibilité, la transparence, l'accessibilité des règles applicables à la finance islamique et aux litiges auxquels cette activité pourrait donner lieu. En effet, une harmonisation cohérente des principes financiers de la *Charia* permet de mieux comprendre les règles de base de la finance islamique et de simplifier l'appréhension et le contrôle des pratiques par les régulateurs tout en assurant une connexion accrue entre les différentes institutions de la finance islamique.

L'œuvre normative de l'AAOIFI ne s'est pas limitée à la mise en place des règles régissant les produits et les activités des institutions financières islamiques. Elle s'est étendue

---

<sup>1808</sup> Raafat Al Mikatai, Commentaire du rapport présenté à la Commission de la Finance Islamique Paris Europlace, 21 septembre 2009, *Majlat al tahkim*, n° 6, 2010, p. 72.

<sup>1809</sup> Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », *op. cit.*, p. 939.

<sup>1810</sup> Georges Affaki, « La *Charia* en dehors des terres d'islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », *op. cit.*, p. 763.

à l'élaboration d'un cadre de règlement des litiges. Dans cette optique, une norme relative à l'arbitrage a été édictée en vue d'assurer un règlement efficace et pratique des litiges relatifs à la finance islamique tout en se conformant à la fois aux principes de la Charia et à l'esprit de la civilisation contemporaine.

## **B)- La norme relative à l'arbitrage**

L'essor remarquable de la finance islamique a contribué à la renaissance du droit musulman des transactions. Cette renaissance ne se limite pas aux nouveaux produits et activités. Elle s'étend également au domaine de la résolution des litiges impliquant ces produits. Les institutions financières classiques sont susceptibles d'entrer en conflit avec leurs clients ou autres. Il en va de même pour les institutions financières islamiques, sauf qu'il existe une différence fondamentale entre elles par rapport aux instruments de règlements de ces différends. En matière de finance islamique, il est nécessaire de mettre en place un système de résolution des litiges qui serait en conformité avec la singularité de ce secteur d'activité. C'est pourquoi, un système conforme aux principes et règles de la Charia qui fonde ce secteur d'activité est indispensable. Dans ce contexte, la promulgation par l'AAOIFI de la norme n° 32 relative à l'arbitrage s'inscrit parfaitement dans cette logique. Celle-ci a été adoptée le 12 septembre 2007 par l'assemblée de la Charia dans sa dix-neuvième réunion qui s'est tenue à la Mecque en Arabie Saoudite<sup>1811</sup>.

---

<sup>1811</sup> Nous traitons succinctement l'historique de l'élaboration de la norme d'arbitrage puisque l'assemblée de la Charia décida en date du 6 août 2006 de promulguer une norme de la Charia concernant l'arbitrage afin de favoriser la production financière islamique et de répondre à ces besoins essentiels du point de vue de la Charia. A cet égard, une commission commune traita de la question, cette dernière était composée de la commission des normes de la charia numéro 1 et d'une autre commission numéro 2 dans une réunion qui s'est tenue jeudi 14 septembre 2006 au royaume du Bahreïn. Elle demanda du conseiller d'introduire les modifications nécessaires à la lumière de ce qui a été discuté et exprimé à travers les remarques des participants. De plus, a été discuté le projet de norme d'arbitrage auquel fut ajouté les modifications qui semblaient nécessaires à la lumière des discussions qui ont eu lieu.

Puis l'assemblée de la Charia discuta, dans sa 17<sup>ème</sup> réunion qui s'est tenue à la Mecque du 18 au 23 novembre 2006, des modifications qu'a proposé la commission commune et a intégré les modifications jugées judicieuses. A la suite de cela, le Trésor public organisa une conférence d'audition au royaume du Bahreïn en date du 18 mars 2007 avec plus de trente participants représentant des banques centrales, des institutions et cabinets comptables, des savants du Fiqh et de la Charia, des universitaires et juristes mais aussi d'autres intéressés par le domaine. Les remarques formulées furent prises en compte et les membres des deux commissions répondirent et commentèrent les remarques formulées. Puis l'assemblée de la Charia discuta, lors de sa 19<sup>ème</sup> réunion qui s'est tenue à la Mecque du 8 au 12 septembre 2007, des modifications proposées par les participants à l'audience d'écoute. (Voir l'annexe A, rappel historique de l'élaboration de la norme par le corps de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques, norme numéro 32, 2007).

Cette norme est d'une grande importance parce qu'elle constitue tout à la fois le texte le plus récent en matière d'arbitrage, et le texte le plus complet, notamment en comparaison avec la Résolution de l'Académie de Fiqh et les articles de la Mejjelle ottomane que nous avons précédemment étudiés. C'est ce qui fait de la norme le texte central pratique en matière d'arbitrage financier islamique moderne, surtout que la norme s'adresse principalement aux institutions financières islamiques. Etant complètement consacrée à l'arbitrage, la norme comporte des nouveautés substantielles qui méritent de retenir attention et réflexion. En effet, elle a réussi à opérer une conciliation entre les principes du droit moderne et les exigences de la Charia<sup>1812</sup>. Ainsi, cette norme a été édictée afin d'être compatible avec la réalité des institutions financières islamiques et leur contexte juridique, mais aussi afin de répondre à leurs besoins et à leurs aspirations. Elle ne se limite pas aux banques mais comprend toutes les institutions financières telles que les sociétés d'assurances, les sociétés de location, les sociétés de financement, les caisses et autres. Elle vise à montrer le résultat attendu de l'arbitrage, ses conditions, son champ d'application, les conditions tenant aux parties, la sentence arbitrale et son exécution. Elle s'applique aux opérations financières, activités et relations entre les institutions ou entre les institutions et leurs clients ou leurs employés ou des tiers, qu'ils soient dans le même pays que l'institution ou dans un autre pays<sup>1813</sup>.

A la lecture de cette norme, il apparaît qu'elle présente trois caractéristiques principales. D'une part, c'est une norme réaliste et contemporaine. Elle édicte des règles qui n'entrent pas en contradiction avec les principes du droit moderne de l'arbitrage tout en respectant les principes et règles de la Charia qui constituent la base de la norme **(1)**. D'autre part, elle conserve certaines spécificités procédurales concernant le prononcé des jugements dans le Fiqh islamique. Il ne s'agit pas à vrai dire d'une réception totale du droit moderne sous forme de Fiqh **(2)**. Enfin, certaines questions restent non traitées par la norme. Parmi elles on trouve des questions secondaires et importantes **(3)**. Si le silence à propos de la première catégorie des questions n'est pas très grave, il en va autrement en ce qui concerne la

---

<sup>1812</sup> Entretien avec Abdelssattar Khouildi, Secrétaire Général du Centre International Islamique de Reconciliation et d'Arbitrage à Dubaï en 2013 ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », *Etudes en Economie Islamique*, Vol. 8, n° 1, 2016, p. 46 et s.

<sup>1813</sup> Intitulé « le champs de la norme », l'article 1 de la norme prévoit que « Cette norme traite de l'arbitrage dans les transactions financières, des relations et activités entre les institutions, tant entre elles qu'avec leurs clients, employés ou tiers qu'ils soient dans le pays de l'établissement ou dans un autre pays ».

seconde catégorie qui mérite d'être examinée et traitée pour éviter les interprétations contradictoires<sup>1814</sup>.

### **1)- Le caractère réaliste et contemporain de la norme**

Cette norme est considérée comme la plus récente *fatwa* unanime des temps modernes après les résolutions de l'Académie de Fiqh et la Mejjelle ottomane. Elle consacre la légalité de l'arbitrage que ce soit entre personnes physiques ou entre personnes morales ou entre personnes morales et personnes physiques<sup>1815</sup>. L'arbitrage est défini comme étant une convention entre deux parties ou plus qui a pour but de confier à celui qui tranche le litige de rendre une sentence impérative<sup>1816</sup>. Elle a précisé que l'arbitrage dont il est question ici est l'arbitrage islamique, c'est-à-dire celui qui applique les principes et règles de la Charia.

Dans cette perspective, nous abordons le caractère réaliste de la norme à travers la conciliation entre le droit moderne et les principes du Fiqh islamique. En effet, la norme prend soin d'éviter la contradiction entre les règles du droit moderne et les règles de la Charia **(a)**. En même temps, elle permet à la loi de compléter les lacunes tout en respectant la Charia **(b)**.

#### ***a)- L'évitement de la contradiction entre les règles modernes et les règles islamiques***

Au regard du droit musulman classique, la nouvelle jurisprudence (ijtihad) incarnée dans la norme concernant le domaine de l'arbitrage présente une certaine flexibilité et marge de manœuvre. Elle essaye de prendre en considération le contexte et l'intérêt tout en restant dans le cadre de la Charia. De ce point de vue, nous observons aujourd'hui que l'*ijma'a* moderne s'est renouvelé dans l'arbitrage de façon différente par rapport à ce que prône le Fiqh ancien. Le développement de l'arbitrage est passé par deux voies : d'une part, éviter la contradiction avec le droit moderne et, d'autre part, laisser à la loi le soin de combler tout vide

---

<sup>1814</sup> Voir à ce sujet, Abdelssattar Khouildi, « L'arbitrage dans la norme de la Charia numéro 32 », étude présentée lors de la 16<sup>ème</sup> conférence annuelle intitulée l'arbitrage commercial international, Université des Emirats Arabes Unis, Faculté de Droit, 28-30/4, 2008.

<sup>1815</sup> En vertu de l'article 4 de la norme, « L'arbitrage est légitime qu'il soit entre deux personnes physiques ou morales et même entre une personne physique et une personne morale ».

<sup>1816</sup> L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2 de la norme dispose que l'arbitrage est un « accord liant deux parties ou plus concernant le règlement d'un différend entre elles par une décision contraignante ».

dans le respect des principes et règles de la Charia. Dans cette optique, nous évoquons quelques exemples qui illustrent la non-contradiction de la norme avec le droit moderne.

Le premier exemple concerne le nombre des arbitres. En effet, le Coran et les précédents historiques indiquent que le nombre des arbitres est pair. Le droit musulman classique donne à chaque partie le droit de nommer un arbitre. Le litige sera ainsi tranché par les deux arbitres ensemble. Dans ce contexte, la doctrine n'a pas abordé la question du désaccord des arbitres. Poussés par un souci d'atteindre la vérité et donc bénéficier de la récompense divine, les arbitres sont normalement animés d'un esprit déterminé à résoudre le litige dans un cadre consensuel. Or, la norme, consciente du blocage éventuel de l'arbitrage par une mésentente des deux arbitres, a expressément prévu que « le plus plausible est que le nombre d'arbitres soit impair. Si tel n'est pas le cas, les parties ou les arbitres eux-mêmes désignent l'un des arbitres en tant que président avec un avis départiteur en cas d'égalité des voix »<sup>1817</sup>. Force est de constater que le nombre impair est généralement imposé par le droit moderne de l'arbitrage dans le but d'éviter les difficultés qui pourraient naître si le tribunal arbitral est composé de deux arbitres. L'adoption de cette règle par la norme témoigne de cette adaptation fondamentale du droit musulman de l'arbitrage. Elle marque une nouvelle perspective par rapport à la pratique dominante à l'époque classique<sup>1818</sup>.

Le deuxième exemple a trait à l'assouplissement de la condition de maîtrise de la Charia pour être arbitre. En effet, comme nous l'avons déjà vu, le droit musulman classique impose à l'arbitre les mêmes conditions relatives au juge<sup>1819</sup>. Cela veut dire que l'arbitre doit prouver sa connaissance approfondie de la Charia. Pour certains docteurs classiques, il doit même être un Moujtahid. Or, les nouvelles dispositions de la norme n'ont pas retenu une telle condition. Cet allègement s'explique par le réalisme de la norme. En effet, le juge encyclopédique des premiers temps de l'histoire du droit musulman est quasi inexistant. A la polyvalence qui marque la formation des premiers juristes musulmans, a succédé la spécialité qui a fait ses preuves. Devant des compétences qui se complètent, les *fatwas*

---

<sup>1817</sup> Selon l'alinéa 3 de l'article 8 de la norme, « il est admis d'avoir un arbitre ou plus même si le nombre impair est prioritaire. Si le nombre est pair, les arbitres doivent désigner un président du comité arbitral départiteur qui aura une voix prépondérante en cas d'égalité des voix ».

<sup>1818</sup> Entretien avec Abdelssattar Khouildi précité ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op. cit., p. 46 et s.

<sup>1819</sup> Ce qui est récurrent dans les recueils de l'ancien comme du nouveau Fiqh, c'est que le juge doit avoir une grande connaissance du Coran et de la Sunna. Il doit avoir acquis la connaissance du Fiqh au même titre que les Imams de référence des différents courants de l'Islam dans les différentes branches de la Charia que ce soit dans le domaine pénal, administratif et cultuel. Sans oublier qu'il doit être équitable, pieux et dévoué. En ce sens, voir Abdallah Al Mounei, Recueil de *fatawas* et recherches, Tome 4, 1<sup>ère</sup> édition, 1999, p.385-386.

modernes sont édictées par des organismes collectifs tels les Académies de Fiqh et les Comité de la Charia dans les institutions financières islamiques<sup>1820</sup>.

Nous constatons ainsi que la norme a négligé partiellement les conditions requises du juge appliquées à l'arbitre, et plus précisément ce qui concerne la condition du niveau d'ijtihad. Cependant, la norme ne précise pas les conditions requises de l'arbitre connues dans le Fiqh islamique, mais se contente de la condition de la capacité totale d'agir<sup>1821</sup>. Le caractère réaliste de la norme réside dans le fait de ne pas mentionner les conditions qui tendent à disparaître aujourd'hui. Cela n'empêche pas les parties au litige de déterminer des qualités comme le fait que l'arbitre soit expert dans un domaine déterminé du Fiqh et la connaissance dans une école juridique déterminée.

Le troisième exemple est relatif à la liberté des parties dans le choix du droit applicable à l'objet du litige. Dans ce cadre, la norme accorde une grande liberté aux parties, à condition que leur choix n'entre pas en contradiction avec les principes et règles de la Charia. Il est donc possible pour les deux parties de choisir le droit moderne tant que ce dernier respecte les principes de la Charia. Le caractère réaliste de la norme réside dans le fait que celle-ci part du principe que le droit moderne ne viole pas *a priori* les principes et règles de la Charia. A l'inverse, ce droit peut même rejoindre la Charia dans beaucoup de principes comme par exemple le principe de l'autonomie de la volonté, le principe selon lequel la règle dans les transactions est la permission, et bien d'autres principes<sup>1822</sup>.

Le quatrième exemple concerne l'adoption de la distinction contemporaine entre le compromis et la clause compromissoire. Comme nous l'avons déjà indiqué, le droit musulman ancien ne distingue pas entre le compromis et la clause compromissoire. Une telle distinction est issue du droit moderne. Malgré cela, la doctrine islamique contemporaine a accepté cette distinction en affirmant qu'elle est conforme aux principes de la Charia, notamment en ce qui concerne le respect des engagements. Dès lors, une clause d'arbitrage insérée dans un contrat lie les parties et les oblige à recourir à l'arbitrage en cas de survenance d'un éventuel litige, d'où l'importance de cette clause. Par ailleurs, c'est la clause la plus usuelle dans les relations d'affaires. Elle est presque toujours présente dans les contrats

---

<sup>1820</sup> Entretien avec Abdelssattar Khouildi précité ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 46 et s.

<sup>1821</sup> Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 8 de la norme, « L'arbitre doit disposer de sa capacité d'agir dans sa totalité ».

<sup>1822</sup> Abdelssattar Khouildi, « L'arbitrage dans la norme de la Charia numéro 32 », op, cit, p. 1164 ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 46 et s.

internationaux<sup>1823</sup>. Il est à noter que la norme a en effet adopté la distinction entre la clause compromissoire et le compromis surtout dans les contrats de financement islamique. C'est la consécration expresse de la validité de la clause compromissoire<sup>1824</sup>.

Le cinquième exemple est relatif à la place même de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges au sein de la société. Certains penseurs classiques de l'école Chaféite considèrent que l'arbitrage est licite à condition de ne pas avoir de juge dans le pays. L'idée qui se cache derrière cette doctrine est la consécration du rôle du jugement qui doit être une prérogative de l'Imam (Etat) et de ses suppléants. Arbitrer en dehors de ce contexte constitue un empiètement sur le travail de l'Imam<sup>1825</sup>. Néanmoins, la norme a admis, à l'instar des législations modernes, que l'arbitrage est une justice conventionnelle complémentaire à la justice étatique. C'est ainsi que l'arbitrage est devenu un système juridique autonome et complet avec la présence d'un champ commun et d'une entraide avec la justice d'Etat afin d'augmenter son efficacité et garantir l'application de ses sentences.

Le sixième exemple a trait à l'assouplissement de la condition de l'islamité de l'arbitre. Le droit musulman classique pose comme condition que l'arbitre soit musulman à peine de nullité de l'arbitrage. Au vu de la réalité pratique dans les opérations financières islamiques en ce qu'elles traitent avec des institutions non musulmanes, il est judicieux de se questionner sur la licéité de la désignation d'un arbitre non musulman. A cette interrogation, la norme répond en affirmant que le principe est la condition d'arbitre de confession musulmane, et si besoin spécifique, le choix d'un arbitre non-musulman afin d'aboutir à ce qui est licite dans la Charia<sup>1826</sup>. Nous déduisons ainsi du texte de la norme que le recours à un arbitre non musulman ne constitue pas un principe mais seulement une nécessité en cas de besoin. Autrement dit, si une telle tâche pourrait être remplie par un musulman réunissant les conditions, le recours à un non musulman n'aurait pas sa raison d'être. En tout cas, un arbitre

---

<sup>1823</sup> Sur cette question, voir Jean-Pierre Ancel, « La clause d'arbitrage : validité et efficacité », *Revue libanaise de l'arbitrage*, n° 48, 2008, p. 16.

<sup>1824</sup> Abdullah AL Manei a émis une fatwa : « s'il existe dans le contrat une obligation de recourir à l'arbitrage en cas de litige et qui ne peut être résolu par des moyens amicaux, il convient d'appliquer ce texte car c'est une condition dans le contrat qui doit être remplie, la parole de Dieu tout puissant étant « ô vous qui croyez, honorez vos engagements » et le Prophète que la Paix et la Miséricorde de Dieu soient sur lui « les musulmans respectent leurs engagements sauf si l'engagement autorise une interdiction ou interdit une autorisation » et ne figure pas dans les conditions de l'arbitrage la prérogative d'autoriser une interdiction ou interdire une autorisation. Voir l'ensemble des *fatawas* et recherches du cheikh Abdullah Suleiman AL Mounei, *op.cit*, p.60.

<sup>1825</sup> AL Sharbini, *Moughni Al Mouhtaj*, 4/379.

<sup>1826</sup> L'alinéa 2 de l'article 8 de la norme souligne qu'« En principe, l'arbitre doit être musulman. Cependant en cas de nécessité, il est admis de recourir à un arbitre non musulman pour avoir une sentence conforme à la Charia, en prenant en compte l'article 11/1 ».

non musulman doit avoir connaissance du Fiqh des transactions afin de rendre une sentence conforme à la Charia.

Le septième exemple concerne la négligence totale de la possibilité de nomination de l'adversaire comme arbitre. En effet, une partie de la doctrine islamique classique admet la désignation comme arbitre l'une des parties au litige. En même temps, elle exige que la sentence ne comporte pas une injustice flagrante. En d'autres termes, pour cette doctrine, la partie a la possibilité de confier en toute connaissance de cause à son adversaire le soin d'arbitrer leur litige. Toutefois, à l'heure actuelle, il est très difficile pratiquement d'envisager ce degré de confiance dans l'adversaire. Cette impossibilité pratique s'accompagne d'un obstacle d'ordre juridique : le refus d'accepter à ce que la même partie joue à la fois le rôle de juge et de partie d'où l'obligation de nommer un arbitre en dehors des parties sous peine de nullité de la sentence ainsi rendue. En prenant en considération le recul de cette confiance sur le plan des relations sociales et commerciales, la norme écarte la possibilité de nommer une des parties au litige en qualité d'arbitre car du point de vue pratique il est impossible d'imaginer qu'une des parties au litige soit partie et arbitre en même temps puisque cela entre en contradiction avec la condition d'impartialité. Selon Abdelssattar Khouildi, il était possible que la norme précise qu'un tel arbitrage est licite du point de vue de la Charia avec comme préconisation de ne pas l'exercer afin d'assurer l'efficacité de la sentence arbitrale<sup>1827</sup>.

Le huitième exemple est lié à l'arbitrage institutionnel. On sait bien que l'arbitrage dans le Fiqh islamique ancien n'était pas institutionnalisé mais issu de la volonté des parties de choisir leur arbitre. En effet, il est souvent fait appel à un arbitre parmi les savants, experts, imams de mosquées ou savants du Fiqh reconnus pour leur haut niveau de connaissance et d'expertise afin d'obtenir une sentence contraignante. En s'adaptant au contexte et aux évolutions, la norme fait référence à l'arbitrage institutionnel à travers le traitement de la question du remplacement de l'arbitre par un autre. Comme l'indique le texte de la norme, il n'est possible de remplacer un arbitre par un autre qu'après avoir demandé l'accord des parties car le consentement est *intuitu personae*. Cependant, il en est autrement lorsque l'arbitrage est administré par une institution ou une commission d'arbitrage<sup>1828</sup>. Il est déduit de cette exception qu'il est possible pour l'arbitrage institutionnel de remplacer l'arbitre

---

<sup>1827</sup> Abdelssattar Khouildi, « L'arbitrage dans la norme de la Charia numéro 32 », op, cit, p. 1169-1170 ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 46 et s.

<sup>1828</sup> Conformément à l'alinéa 6 de l'article 8 de la norme, « L'arbitre ne peut se faire remplacer par un autre sauf autorisation de la partie qui l'a désigné car son acceptation est due à sa personne sauf si l'arbitrage est pour le compte d'une institution ou d'une commission d'arbitrage et que la désignation de ses membres respecte les conditions de nomination annoncées ».

désigné par les parties selon des régimes et tableaux de l'institution d'arbitrage sans se tourner vers les parties. Cela arrive lorsque l'administration de l'institution d'arbitrage constate l'absence de l'arbitre aux audiences ou le manque de son sérieux dans l'étude du litige. Dans ce cas, il est donc remplacé sans faire appel au juge, c'est ce qui constitue une spécificité de l'arbitrage institutionnel.

Le dernier exemple concerne la rétractation de l'arbitrage. En droit musulman classique, il est admis pour une partie de se rétracter de l'arbitrage tant que la sentence n'a pas été prononcée<sup>1829</sup>. Cependant, la norme a omis ce droit de rétractation, ce qui montre la volonté claire de ne pas admettre cette faculté. Ce refus d'admission peut être justifié par le fait que la clause compromissoire fait partie intégrante de l'opération dans les contrats de financements islamiques, en ce sens que si cette clause n'existait pas les institutions n'auraient pas accepté ces opérations. En effet, la rétractation unilatérale porte atteinte à la convention conclue et méconnaît totalement le principe du respect des engagements, ce qui va à l'encontre des principes de la Charia et du droit moderne. En outre, admettre une telle possibilité de rétractation unilatérale sous prétexte que la sentence n'a pas encore été rendue constituerait une insécurité et pourrait pousser les parties à ne pas choisir l'arbitrage comme mode de règlement de leur litige<sup>1830</sup>.

#### ***b-) La reconnaissance du rôle supplétif de la loi dans le cadre de la Charia***

Le caractère réaliste et contemporain de la norme se manifeste également à travers le fait qu'elle laisse le champ au droit de réglementer certaines questions tant que cette intervention n'entre pas en contradiction avec les principes et règles de la Charia islamique. Dans cette optique, la norme prend en considération l'environnement juridique. Elle admet l'arbitrage obligatoire si les législations étatiques l'imposent, et ce même si l'arbitrage repose sur la volonté des parties et non sur celle des Etats. A l'heure actuelle, on constate que certaines législations nationales imposent le recours à l'arbitrage dans divers domaines tel que les relations sociales dans le domaine du travail et dans le domaine des agences commerciales

---

<sup>1829</sup> Nous avons traité de la question antérieurement.

<sup>1830</sup> Abdelssattar Khouildi, « L'arbitrage dans la norme de la Charia numéro 32 », op, cit, p. 1171 ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 46 et s.

et autres. Il convient de signaler que l'application de l'arbitrage obligatoire reste exceptionnelle et restreinte<sup>1831</sup>.

A l'époque classique, la transcription des sentences arbitrales n'était pas une priorité pour les savants du Fiqh, puisque la prononciation de la sentence arbitrale était faite à l'oral et servait à trancher le litige sur place. Malgré cela, la norme affirme la nécessité que la sentence arbitrale contienne une réponse à toutes les problématiques posées dans le litige et précise les droits de chaque partie à partir des fondements juridiques<sup>1832</sup>.

La norme précise que cette exigence de trancher toutes les problématiques posées par le litige permet d'éviter que les parties aient recours à la justice. En outre, la norme admet que les parties puissent demander à l'arbitre ayant tranché le litige dans une sentence de compléter par une autre sentence concernant les questions qu'il n'a pas traité dans la sentence principale et ce pour éviter d'allonger la durée du litige<sup>1833</sup>.

En effet, cela semble essentiel car la sentence qui ne règle pas toutes les questions issues du litige est considérée comme incomplète, ce qui est de nature à provoquer une frustration chez les parties qui considéreront que le litige n'a pas été tranché et qui auront recours à la justice étatique. De plus, la sentence doit mentionner les noms des parties au conflit, leurs identités et adresses, la convention d'arbitrage et sa date, le résumé du litige, le résumé des prétentions des parties et les fondements sur lesquels ils se basent, le nom des témoins et experts étant intervenus le cas échéant, les noms des arbitres s'ils sont plusieurs, le lieu du prononcé de la sentence, sa date et la signature des arbitres mais aussi la signature des parties si cela est possible. La sentence doit aussi indiquer les motifs, sauf accord contraire des parties<sup>1834</sup>. A notre sens, la norme a bien fait lorsqu'elle a exigé de telles conditions car la

---

<sup>1831</sup> L'alinéa 1 de l'article 3 de la norme précise que « Le recours à l'arbitrage peut être prévu soit par un accord lors de la survenance d'un litige, soit en exécution d'un accord préalable qui exige le recours à l'arbitrage au lieu du recours à la justice ou soit par une obligation légale ».

<sup>1832</sup> En vertu de l'alinéa 2 de l'article 11 de la norme, « Il faut que la sentence arbitrale finale contienne une réponse à toutes les problématiques posées dans le litige et préciser les droits de chaque partie sur le fondement de la justice. Si l'arbitre n'a pas tranché toutes les problématiques posées par le litige, l'arbitrage ne sera pas complet dans la mesure où il ne permet pas aux parties d'éviter le recours à la justice. Dans ce cas, les parties peuvent demander à l'arbitre ayant tranché le litige de se prononcer par une autre sentence sur les questions qu'il n'a pas traitées dans la sentence principale ».

<sup>1833</sup> Ibid.

<sup>1834</sup> L'alinéa 9 de l'article 11 de la norme prévoit que « La sentence contient le texte de la décision, le nom des parties au litige, leurs identités et leurs coordonnées, la mention de la convention d'arbitrage et de sa date, le résumé des faits objet du litige et le résumé des prétentions des parties et leurs documents, le nom des témoins et des experts le cas échéant, le nom des arbitres en cas de pluralité, le lieu où la sentence est rendue et sa date ainsi que la signature des arbitres et des parties si possible, les motifs de la décision sauf si la convention d'arbitrage comporte une exonération de les faire figurer et s'il n'y a pas d'exigence de la loi ».

justice étatique se montre très stricte vis-à-vis de ces formalités et des mentions obligatoires que doit respecter la sentence arbitrale à peine de nullité.

## **2)- L'attachement au Fiqh classique**

La norme se distingue par le maintien de certaines spécificités procédurales à propos du prononcé de la sentence arbitrale dans le Fiqh islamique. Nous avons constaté la flexibilité de la norme et son caractère réaliste en s'adaptant au contexte juridique de l'arbitrage. Nous allons à présent présenter certaines spécificités figurant dans la norme et exigées par la justice dans le Fiqh islamique.

En premier lieu, la norme a adopté une approche extensive en matière de preuve, à la différence du droit moderne. Dans cette optique, la norme affirme que la sentence ne repose pas uniquement sur des moyens de preuves prévus par les législations étatiques. Il est possible de la fonder sur tout moyen de preuve tant que ce dernier n'est pas contraire à la Charia<sup>1835</sup>. L'arbitre peut donc retenir les modes de preuves prévus par la Charia, ceux-ci étant plus étendus que ceux prévus par la loi. La norme attache une attention toute particulière au témoignage comme moyen de preuve. En effet, elle lui accorde une priorité par rapports aux autres moyens malgré le recul de ce mode de preuve dans le quotidien des individus et surtout dans la vie des affaires. Bien qu'elle n'impose pas le témoignage pour que la sentence acquière son caractère exécutoire, la norme recommande vivement cette procédure parce qu'il s'agit d'une règle islamique. Cela permet d'éviter la contestation<sup>1836</sup>.

En second lieu, le Fiqh islamique favorise la prise de décision à l'unanimité, que la décision soit judiciaire ou arbitrale. En même temps, il reconnaît la prise de décision à la majorité. C'est en ce sens que la norme prévoit en principe la prise de décision à l'unanimité car elle affirme que la sentence arbitrale doit être rendue à l'unanimité ou à la majorité et en

---

<sup>1835</sup> Aux termes de l'alinéa 4 de l'article 10 de la norme, « L'arbitre ne doit pas se contenter des règles de preuve prévues par les lois mais peut aussi se baser sur tout moyen de preuve tant que ce dernier n'est pas contraire à la Charia ».

<sup>1836</sup> Selon l'alinéa 2 de l'article 12 de la norme, « Il n'est pas prévu pour que l'arbitrage ait un effet exécutoire que les parties au litige attestent qu'elles ont été informées de la sentence arbitrale ou qu'elles l'acceptent, même si leur attestation est prioritaire pour éviter la contestation ».

cas de partage des voix, doit être retenu l'avis du groupe auquel appartient le président sauf convention contraire des parties<sup>1837</sup>.

En troisième lieu, la norme réaffirme ce qui a été consacré par les savants du Fiqh en ce que les sujets arbitrés et les domaines de l'arbitrage ne doivent pas porter sur le droit divin ni dans tout ce qui nécessite la confirmation ou le rejet d'une décision par rapport à des tiers au litige objet de l'arbitrage. La norme affirme que l'arbitrage dans ces domaines est nul et non avenu et ne peut être exécuté<sup>1838</sup>. Il convient de signaler que la norme ne prévoit rien à propos de la validité de l'arbitrage concernant la mainmorte (Wakf) et de l'aumône (*Zakat*) puisqu'ils font partie des droits divins et couvrent des domaines du Fiqh des transactions. De plus, il est probable d'un point de vue pratique que les institutions de mainmorte (Wakf) recourent à des demandes de financement dans les modalités islamiques<sup>1839</sup>. C'est pourquoi, il était préférable que ces points soient clarifiés par la norme.

En quatrième lieu, la norme affirme son attachement au principe du Fiqh qui distingue entre la responsabilité d'un arbitre qui perçoit une rémunération et qui engage de ce fait plus sa responsabilité que celui qui ne perçoit rien. De plus, au sujet de la relation entre la rémunération et le caractère contraignant de l'arbitrage, la norme souligne que l'arbitrage n'a pas de caractère contraignant vis-à-vis de l'arbitre qui n'est pas rémunéré. En effet, l'arbitre peut se révoquer lui-même même après avoir accepté d'arbitrer. Cependant, si l'arbitre est rémunéré il est lié par l'arbitrage puisque s'il se désiste et que cela cause un préjudice, ce dernier prendra en charge le montant du préjudice subi<sup>1840</sup>.

En cinquième lieu, le droit moderne n'exige pas la signature de la sentence arbitrale par les parties au litige car celle-ci est réputée valide sans que les parties ne la confirment. La norme a affirmé les sujets qui doivent figurer dans la sentence puis les éléments facultatifs

---

<sup>1837</sup> L'alinéa 5 de l'article 10 de la norme indique que « la sentence arbitrale doit être rendue à l'unanimité ou à la majorité et en cas de partage des voix, doit être retenu l'avis du groupe auquel appartient le président. Mais si la convention d'arbitrage ou le règlement de l'institution chargée de l'arbitrage organise cette question de façon différente, il est alors nécessaire de s'y tenir ».

<sup>1838</sup> En vertu de l'alinéa 2 de l'article 7 de la norme, « il n'est pas permis d'arbitrer concernant ce qui suit : tout ce qui entre dans la catégorie du droit divin, comme les *houdoud* ; tout ce qui nécessite la confirmation ou le rejet d'une décision par rapport à des tiers au litige objet de l'arbitrage ».

<sup>1839</sup> Abdelssattar Khouildi, « L'arbitrage dans la norme de la Charia numéro 32 », op, cit, p.1176 ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 46 et s.

<sup>1840</sup> L'alinéa 2 de l'article 5 de la norme dispose que « L'arbitrage n'est pas contraignant à l'égard de l'arbitre qui ne reçoit pas de rémunération, ce dernier a le droit de se révoquer lui-même après son acceptation. Tandis que si l'arbitrage est payant, l'arbitre reste tenu par l'arbitrage, c'est-à-dire que s'il se révoque lui-même et que cela cause un préjudice réel, celui-ci devra supporter le coût de ce préjudice ».

dont la signature des parties au litige<sup>1841</sup>. L'importance de la signature des parties sur la sentence arbitrale semble être une façon de donner leur accord par écrit au contenu de la décision rendue. La question se pose de savoir si cette acceptation constitue une renonciation contre tout recours en contestation de la décision rendue, dont le recours en annulation. La norme ne répond pas à cette question, mais il semble que la signature ne constitue pas une renonciation explicite car cela dépend de la volonté des parties. Du point de vue pratique, nous remarquons que les parties préfèrent que la sentence soit rendue rapidement afin d'éviter la complexité judiciaire des procédures et voies de recours.

En sixième lieu, le Fiqh islamique admet la validité des contrats oraux dans une large mesure. Par analogie, la norme admet la possibilité de conclure des contrats oraux et de ce fait d'arbitrer de façon orale. Néanmoins, elle ajoute qu'il est vivement recommandé que les institutions financières procèdent à l'écriture en matière de contrat d'arbitrage<sup>1842</sup>.

En septième lieu, parmi les règles du Fiqh islamique, le juge ou l'arbitre peuvent revenir sur leur décision s'ils se rendent compte d'une erreur, cela va à l'inverse du droit moderne qui ne reconnaît pas une telle procédure car il existe des voies de recours contre la décision rendue. En effet, la norme énonce qu'il n'est pas possible pour l'arbitre de revenir sur sa décision en principe mais une exception est admise lorsqu'a été commise une erreur. Dans ce cas, il peut l'annuler ou la modifier au regard de la Charia et de la justice<sup>1843</sup>. Cela résulte des principes de la Charia islamique qui a pour objectif de réaliser une justice absolue. Il convient de ne pas ouvrir la porte à la possibilité pour les arbitres de revenir sur leur décision à l'infini, mais il faut mettre en place des restrictions afin de l'encadrer tel que définir une période déterminée après la prononciation de la sentence, ou lors du commencement d'exécution afin de garantir la stabilité.

Enfin, concernant la qualité des parties à l'arbitrage, partant du principe que l'arbitrage est une exception à la justice publique, le Fiqh a étendu cette exception aux personnes

---

<sup>1841</sup> Selon l'alinéa 9 de l'article 11 de la norme, « La sentence contient le texte de la décision, le nom des parties au litige, leurs identités et leurs coordonnées, la mention de la convention d'arbitrage et de sa date, le résumé des faits objet du litige et le résumé des prétentions des parties et leurs documents, le nom des témoins et des experts le cas échéant, le nom des arbitres en cas de pluralité, le lieu où la sentence est rendue et sa date ainsi que la signature des arbitres et des parties si possible, les motifs de la décision sauf si la convention d'arbitrage comporte une exonération de les faire figurer et s'il n'y a pas d'exigence de la loi ».

<sup>1842</sup> L'alinéa 7 de l'article 9 de la norme prévoit qu'« Il est admis dans la Charia de conclure un contrat d'arbitrage verbalement, les institutions doivent archiver la convention d'arbitrage à l'écrit ».

<sup>1843</sup> D'après l'alinéa 3 de l'article 13 de la norme, « L'arbitre ne peut pas revenir sur sa sentence sauf s'il déclare qu'il a commis une erreur. Dans ce cas, il peut annuler ou modifier sa sentence conformément à la Charia et à ce qui réalise la justice ».

susceptibles de recourir à l'arbitrage. C'est en cela que la norme énonce que le mandaté ou spéculateur ne peuvent accepter l'arbitrage qu'après accord du mandataire, les propriétaires des capitaux ou en déterminant les conditions de *moudaraba* telles que les conditions des comptes d'investissements et que ne soit partie à l'arbitrage au nom de la société dotée d'une personnalité morale, que celui qui la représente officiellement. En effet, dans les opérations financières islamiques, il est proscrit au spéculateur de recourir à l'arbitrage sans l'accord du propriétaire du capital<sup>1844</sup>.

### 3)- Les zones de silence dans la norme

L'examen de la norme nous amène à constater qu'elle garde le silence au sujet de certaines questions. En réalité, ce silence peut être interprété de deux façons. La première façon consiste à dire que ce silence constitue un vide dans la norme et la seconde considère que cela ne constitue pas un manque ou un défaut dans la norme.

Dans la première catégorie, il faut souligner l'omission de l'organisation de l'autonomie de la convention d'arbitrage dans le contrat objet du litige. La norme ne traite pas de ce sujet alors que c'est une différence entre la clause compromissoire et le compromis. Il aurait été plus judicieux que la norme consacre clairement le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage<sup>1845</sup>. Cette règle constitue aujourd'hui un pilier de l'arbitrage moderne. Nous constatons aussi l'omission de la norme concernant l'organisation de l'arbitrage en matière de mainmorte (Wakf) et d'aumône (Zakat) lors du traitement des matières arbitrables. Cependant, il faut noter que les institutions de mainmorte ont de nos jours recours au financement islamique et qu'il est possible d'entrer en conflit, il aurait été judicieux que la norme traite cette question et l'organise. De là se pose la question d'établir le degré de licéité de l'arbitrage dans les domaines de mainmorte lors de litiges concernant le financement islamique. Est-il possible que la partie de mainmorte ait recours à l'arbitrage pour trancher ces litiges financiers ? Cette question trouve son origine dans le fait que les parties de mainmorte sont classées dans de nombreux cas comme des institutions étatiques ou quasi-étatiques, ou comme étant sous la tutelle de la justice. Il aurait donc été plus judicieux d'affirmer le

---

<sup>1844</sup> L'alinéa 7 de l'article 8 de la norme souligne qu'« Il n'est pas admis pour le mandaté ou le spéculateur d'accepter l'arbitrage sans l'accord du mandant, les propriétaires de capitaux ou si cela est indiqué dans les conditions de *Moudaraba* telles que les conditions des comptes d'investissements. Il ne peut être partie à l'arbitrage au nom de la société dotée d'une personnalité morale que celui qui la représente officiellement ».

<sup>1845</sup> Que ce soit une condition ou une stipulation.

principe de l'arbitrabilité des transactions financières de mainmorte d'autant plus qu'il n'existe pas de texte juridique explicite interdisant le recours à l'arbitrage dans ce domaine<sup>1846</sup>.

Il est fréquent aujourd'hui que les institutions financières islamiques désignent leurs arbitres parmi leurs consultants juridiques, d'où la question de l'indépendance de l'arbitre par rapport aux parties au litige. Il aurait été primordial que la norme se penche sur cette question et éclaircisse la position de la Charia concernant cette nomination et les limites des conditions d'impartialité dans la Charia. Telle qu'elle est connue, de nos jours, la question de l'impartialité en droit moderne est considérée comme ayant une grande influence sur l'exécution des sentences arbitrales après leur prononcé. Il existe de nombreux cas de nullité qui ont pour cause le manque d'impartialité<sup>1847</sup>.

Dans la seconde catégorie, on trouve que la norme s'est révélée silencieuse mais que ce silence ne constitue pas un manque ou un défaut. Dans cette optique, la norme n'aborde pas les divisions juridiques récentes et ne traite pas des types d'arbitrage retenus dans le droit moderne et qui représentent une base de distinction entre l'arbitrage libre et l'arbitrage institutionnel mais aussi entre l'arbitrage international et interne, sans oublier ce qu'engendrent ces distinctions comme conséquences. En réalité, cela ne constitue pas une omission, et donc un défaut qui restreint la valeur de la norme, puisque la norme détient un caractère international puisqu'elle se réfère aux préceptes de la Charia islamique, en plus de la vocation universelle du message de l'Islam qui lui permet de ne pas distinguer entre interne et international<sup>1848</sup>.

Concernant la question de la considération des arbitres comme mandatés par les parties au litige, cette question fut tranchée du point de vue juridique. L'arbitre n'est pas considéré comme mandaté par la partie au litige qui le désigne, car le principe du mandat est que le mandataire tire son pouvoir du mandant et travaille en son nom et pour son compte et se doit de respecter ses directives sinon il sera considéré comme manquant à sa mission et outrepassant ses pouvoirs. L'arbitre effectue sa mission judiciaire qui est de trancher les litiges et qui se différencie du mandat. Il aurait fallu que la norme traite de cette question car

---

<sup>1846</sup> Abdelssattar Khouildi, « L'arbitrage dans la norme de la Charia numéro 32 », op, cit, p. 1181-1182 ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 46 et s.

<sup>1847</sup> Ibid.

<sup>1848</sup> Ibid, p.1184.

certaines docteurs du Fiqh font encore la liaison entre l'arbitre et la personne liée par un contrat de mandat<sup>1849</sup>.

Finalement, à la lumière de tout ce qui précède, on constate que la norme, qui constitue aujourd'hui la forme la plus récente d'ijtihad en matière de droit musulman de l'arbitrage, semble avoir réussi par sa modernité et son compromis entre l'usage du droit dans le domaine de l'arbitrage et le Fiqh islamique. Elle essaye de combler un vide dans le domaine du Fiqh et le renouvelle sans pour autant toucher les principes fondateurs de la Charia. Elle opère une conciliation entre le droit moderne et le droit musulman afin de construire une approche juridique à la fois liée à ses racines islamiques et s'inscrivant dans la modernité juridique et sociale de l'époque. En effet, son but est d'aboutir à la justice absolue à travers les principes de la Charia islamique, et ce même si cela entre en contradiction avec les règles du droit moderne. En application de cela, la norme permet à l'arbitre de revenir sur sa décision soit par l'annulation, soit par la modification afin de rendre justice<sup>1850</sup>, bien que cette faculté n'est pas admise et appliquée par le droit moderne. Au-delà de sa contribution purement juridique, cette œuvre normative participe assurément à consolider et à soutenir les institutions financières islamiques en prenant en considération la nature de leurs activités et en proposant un système de règlement des litiges se voulant compatible avec la Charia. Tout cela garantit une justice arbitrale à la fois efficace et légitime, parce qu'elle est conforme aux règles et principes de la normativité religieuse qui est à la base de l'industrie financière islamique.

## **§2. Les Centres islamiques pour l'arbitrage comme instrument et illustration du développement de l'arbitrage en matière de finance islamique**

Le développement quantitatif et qualitatif de l'industrie financière islamique ne s'est, malheureusement, pas accompagné d'un développement comparable au niveau des modes de règlements des litiges relatifs à cette activité qui assure la prise en compte de la singularité de la finance islamique. En effet, les institutions financières islamiques se trouvent dans la

---

<sup>1849</sup> Ibid, p.1187.

<sup>1850</sup> En vertu de l'alinéa 3 de l'article 13 de la norme, « L'arbitre ne peut pas revenir sur sa sentence sauf s'il déclare qu'il a commis une erreur. Dans ce cas, il peut annuler ou modifier sa sentence conformément à la Charia et à ce qui réalise la justice ».

plupart des cas intégrées dans des systèmes juridiques perçus essentiellement comme des activités financières traditionnelles d'inspiration séculière, ce qui ne manque pas sans doute de poser de nombreuses difficultés notamment en matière d'interprétation des contrats de financement islamique et de règlement des conflits liés à ces contrats.

A partir de là, s'est posée de manière évidente la question de la mise en place des structures dont l'objectif est précisément d'organiser les activités financières islamiques et de soutenir les institutions exerçant dans ce secteur d'activité. Ces structures devraient également permettre à la finance islamique de renforcer son autonomie et sa particularité en mettant l'accent sur son identité propre qui s'épuise dans une philosophie religieuse et morale différente de celle qui anime et fonde la finance conventionnelle. La création des Centres islamiques spécialisés dans l'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique constitue une illustration particulièrement édifiante à cet égard. Elle s'inscrit parfaitement dans la recherche permanente d'un système assurant la régulation des activités financières islamiques dans un cadre respectueux de la normativité islamique et des objectifs des institutions financières islamiques. Dans cette perspective, nous allons présenter deux centres d'arbitrage en matière de finance islamique : le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage, connu sous l'abréviation l'IICRA (A), et le centre de Malaisie (B).

### **A)- Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage (IICRA)**

La création du Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage (IICRA) est une conséquence logique ou naturelle du développement spectaculaire de la finance islamique constaté au cours de ces dernières années, même si cette étape ou cette ouverture aurait dû être envisagée dès l'apparition de l'idée même de finance islamique dans sa forme institutionnalisée et moderne. Comme l'indique Abdelsattar Khouildi, « Avec l'élargissement du domaine de la finance islamique et les spécificités qu'elle comporte, en particulier quant au droit applicable et la déception due aux décisions prononcées par certaines instances judiciaires (tribunaux et collèges arbitraux) en écartant l'application du droit musulman sous plusieurs prétextes, l'idée de créer une institution d'arbitrage a vu le jour dès la fin des années quatre vingt du siècle dernier »<sup>1851</sup>. En l'absence d'une institution

---

<sup>1851</sup> Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 53.

compétente en matière de règlement des litiges relatifs à la finance islamique, le Centre islamique international pour la réconciliation et l'Arbitrage est venu combler un vide fondamental dans le domaine du règlement des litiges selon des techniques efficaces et adaptées. Dans cette optique, dans une enquête effectuée par le Centre en 2008<sup>1852</sup>, la majorité des institutions financières islamiques qui avaient participé à cette enquête ont affirmé l'importance du Centre. En effet, 70% d'entre elles ont souligné que le Centre tient une place primordiale dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Dans ce cadre, selon 91% des institutions interrogées, la création du Centre comble le vide dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Elles soulignent cependant que le caractère récent du Centre et de la culture arbitrale en matière de finance islamique constituent des défis que le Centre doit relever. En outre, 66% des institutions ont mis l'accent sur le rôle du Centre dans le domaine de la formation sur les produits financiers islamiques, alors que 25% ont estimé que l'existence du Centre est nécessaire pour la rédaction et la révision des contrats de financement islamique. De plus, 80% ont affirmé le besoin de suivre les études et recherches réalisées par le Centre dans le domaine de la finance islamique.

A l'heure actuelle, le Centre peut être considéré comme l'une des plus importantes institutions de la finance islamique ; c'est un pilier essentiel de l'industrie financière islamique qui contribue à la consolidation de ce secteur d'activité. Dans cette optique, nous allons décrire l'état actuel du centre en soulignant son émergence, ses objectifs, son organisation et sa contribution au secteur de la finance islamique (1). Ensuite, nous allons essayer de retracer l'avenir du centre en abordant notamment ses défis et les recommandations en vue d'améliorer son rôle (2).

### **1)- L'état actuel du Centre**

Dans ce cadre, nous allons examiner d'abord la création du Centre tout en mettant l'accent sur les raisons qui ont justifié la naissance du Centre et ses objectifs (a), avant d'aborder la contribution du Centre dans le domaine du règlement des litiges relatifs à la finance islamique (b).

---

<sup>1852</sup> Dans le but d'étudier l'environnement, de rassembler les avis des opérateurs de la finance islamique en vue de définir les besoins, rectifier les stratégies adoptées et de réaliser les objectifs du Centre, une enquête a été organisée par le Centre entre le 3 mars 2008 et le 1 mai de la même année. Cette enquête a été envoyée à 23 institutions financières islamiques à travers le monde. Douze institutions ont répondu à cette enquête, ce qui représente un pourcentage de 66%.

### *a)- Création du Centre*

L'historique de l'établissement du Centre est crucial pour comprendre son rôle dans la résolution des différends relatifs à la finance islamique. En avril 2005, la Banque Islamique de Développement, à Djeddah, en Arabie Saoudite, a proposé la création d'un Centre spécialisé en matière de règlement des litiges relatifs à la finance islamique par la voie de l'arbitrage et de la conciliation<sup>1853</sup>. En effet, l'effort de la Banque Islamique de Développement s'est conjugué à celui du Conseil général des Banques et Institutions financières islamiques et des Emirats Arabes pour donner naissance au Centre qui se situe à Dubaï. A la suite de l'accomplissement des formalités administratives et juridiques, notamment la signature de l'accord de siège avec les Emirats Arabes Unis, le Centre a effectivement commencé ses activités le 1er janvier 2007<sup>1854</sup>. Selon l'acte constitutif, le Centre est une organisation internationale à but non lucratif qui se concentre uniquement sur l'arbitrage islamique<sup>1855</sup>.

Le Centre est supervisé par un conseil d'administration composé de quinze membres choisis par l'Assemblée générale auprès de ses membres sur la base d'une expertise professionnelle dans le respect de la répartition géographique afin de refléter la dimension internationale du Centre. Le conseil d'administration nomme un secrétaire général, qui n'est pas membre du conseil d'administration, pour exécuter les activités quotidiennes du Centre, et exécuter les recommandations et les résolutions du conseil d'administration<sup>1856</sup>.

Pour s'assurer de l'utilité de l'existence du Centre, une agence d'expertise internationale s'est vue chargée d'élaborer une étude scientifique pour savoir dans quelle mesure il est nécessaire de mettre en place un centre spécialisé dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique selon les règles de la Charia. L'étude a conclu à l'existence d'un certain nombre de facteurs objectifs qui justifient cette création. A cet égard, l'agence en charge de l'étude a évoqué les éléments suivants :

- L'industrie financière islamique a des caractères qui permettent de la singulariser par rapport à l'industrie financière classique. Cette singularité exige logiquement et

---

<sup>1853</sup> Il faut noter que plus de 70 institutions financières islamiques, locales, régionales et internationales, étaient présentes dans la réunion de l'Assemblée générale fondatrice.

<sup>1854</sup> Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 53.

<sup>1855</sup> Sur l'ensemble de ces points, voir le site du Centre : [http://www.iicra.com/iicra/about\\_detail.php?id=2&?lang=0&language=English](http://www.iicra.com/iicra/about_detail.php?id=2&?lang=0&language=English)

<sup>1856</sup> Ibid.

naturellement l'existence des mécanismes adaptés, y compris dans le domaine du règlement des litiges.

- Le développement remarquable de l'industrie financière islamique ces dernières années.
- Le développement et la complexification des transactions financières en général et islamiques en particulier.
- L'absence d'experts en finance islamique dans les systèmes juridiques existants.
- La place particulière de l'arbitrage et de la conciliation en matière de transactions financières en général et islamiques en particulier. A cela s'ajoute aussi la licéité islamique de l'arbitrage et de la conciliation. Ces mécanismes sont légitimes au regard du Coran, de la Sunna et de l'ijma.
- La préférence accordée à l'arbitrage par les opérateurs du commerce international. La clause compromissoire est assez fréquente dans les contrats commerciaux internationaux.
- Le développement du rôle et de la place des institutions financières islamiques a rendu nécessaire l'existence d'un mécanisme assurant la résolution des litiges de manière conforme à la Charia.
- La diversité et la complexité des montages financiers islamiques ont rendu important la prise en compte des caractères de ces montages sur le plan religieux et technique.
- L'acceptation large de la Charia et le recours de plus en plus à ses règles en raison de leur aptitude à réaliser l'équilibre entre les droits et les obligations et leur attachement à la justice et à l'équité.
- L'absence de centre d'arbitrage commercial international dans le monde arabo-musulman. En effet, à l'exception du Centre islamique de l'arbitrage commercial du Caire (fondé en 1991), les autres centres régionaux et internationaux appliquent uniquement les lois séculières.
- L'existence d'un centre d'arbitrage international spécialisé en matière de finance islamique contribue à renforcer les concepts d'arbitrage dans ce secteur et à mobiliser les potentialités matérielles et scientifiques au service de ce secteur.
- Les institutions financières islamiques avaient souligné la nécessité de compléter l'infrastructure de l'industrie financière islamique en créant un organe juridique international ayant pour mission la résolution des litiges.

- L'existence du centre contribue à développer et à diffuser les principes du droit islamique des transactions, car les décisions rendues par le centre vont constituer une référence pour les autres tribunaux arbitraux et pour les études scientifiques<sup>1857</sup>.

Officiellement, le Centre en tant qu'organisation internationale spécialisée s'efforce d'organiser le règlement des litiges financiers et commerciaux qui peuvent survenir entre les institutions financières et commerciales, ou entre elles et leurs clients, ou entre elles et d'autres institutions, soit par la conciliation, soit par l'arbitrage. Bien qu'il soit créé en vue de répondre aux besoins des opérateurs de la finance islamique, le Centre a néanmoins un domaine d'intervention plus large puisqu'il peut être amené à statuer sur tout litige où les parties acceptent de se soumettre à la Charia. Dans tous les cas, les procédures et les décisions de conciliation et d'arbitrage du Centre doivent respecter la Charia et ses principes<sup>1858</sup>. Force est de constater que les règles du Centre sont une version modifiée de la règle de la CNUDCI de 1985. Cependant, la caractéristique la plus distinctive du Centre est l'application de la Charia aux différends. En principe, l'arbitrage s'opère en langue arabe, mais les parties ou le tribunal peuvent choisir d'autres langues<sup>1859</sup>. En effet, cette préférence accordée à la langue arabe s'explique par le fait que celle-ci est intimement liée à la finance islamique. Par conséquent, le recours à la langue arabe garantira une interprétation correcte et absolue de l'intention des parties et des termes des contrats.

De plus, le Centre offre des consultations pour les parties. Il organise des conférences et mène des études pour améliorer la culture arbitrale. Il coopère et communique avec les administrations juridiques des institutions financières islamiques<sup>1860</sup>. Selon une partie de la doctrine, la création du Centre vise à faire face à des sentences arbitrales et des jugements inappropriés qui ont été rendus dans des litiges relatifs à la finance islamique par des tribunaux étatiques et des tribunaux arbitraux<sup>1861</sup>.

---

<sup>1857</sup> Abdelssattar Khouildi, « Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage. Une vision islamique contemporaine pour la résolution des litiges en matière de finance islamique » (en arabe), *Revue mondiale de l'arbitrage*, n° 11, 2011, pp. 112-113. Voir également, Hakimah Yaacob, *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, op. cit, p. 125 et s.

<sup>1858</sup> Article 2 de l'acte constitutif du Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage (IICRA).

<sup>1859</sup> Article 7 du règlement de procédure du Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage (IICRA).

<sup>1860</sup> Abdelssattar Khouildi, « Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage. Une vision islamique contemporaine pour la résolution des litiges en matière de finance islamique » (en arabe), op. cit, p. 114.

<sup>1861</sup> Mohammad Aljarallah, *Arbitrating international islamic finance disputes*, op. cit, chapter Three, p. 2.

## ***b)- Rôle et contribution du Centre***

L'existence du Centre peut contribuer efficacement au développement de la finance islamique. Ce rôle se manifeste à travers une administration efficiente de la procédure. Dans cette optique, le Centre, en tant qu'institution internationale spécialisée, veille à la prise de sentences correctes du point de vue procédural et substantiel pour qu'elles soient acceptables par les institutions financières islamiques et qu'elles soient à l'abri des annulations. A cet égard, le centre assure :

- Une administration efficace et impartiale de l'arbitrage par des experts et des spécialistes. Dans cette optique, dans l'enquête précitée, 58% des institutions financières islamiques interrogées ont affirmé que l'utilité du Centre repose sur la désignation d'arbitres spécialistes en droit musulman des transactions. De plus, selon le Secrétaire général du Centre, « lorsque IICRA est chargé de désigner des arbitres, il le fait en prenant en ligne de compte la neutralité de l'arbitre vis-à-vis des parties et du litige, sa compétence technique, sa moralité ainsi que la nature du différend en question »<sup>1862</sup>.
- Le respect de la confidentialité de la procédure.
- L'affirmation du caractère conventionnel de l'arbitrage. Le Centre exige toujours le consentement des deux parties.
- La diffusion des modifications apportées aux règles de l'arbitrage pour assurer la prévisibilité de la procédure.
- La prise de décisions qui respectent les exigences nécessaires à la bonne justice : le respect de la Charia, respect des droits de la défense, motivation, etc. Cela permet de garantir l'efficacité de la sentence relative aux litiges de financement islamique.
- La souplesse de la procédure adoptée par le Centre. Par convention des parties, l'arbitrage peut se dérouler dans n'importe quel pays. Les parties peuvent choisir une quelconque langue comme langue de la procédure arbitrale. Cependant, la sentence doit être rendue en arabe pour éviter, d'une part, la mauvaise traduction qui pourrait modifier le sens de la sentence et, d'autre part, le malentendu lors de l'exécution.
- La flexibilité se trouve également au niveau de la loi applicable. En effet, les parties ont la liberté de choisir le droit applicable à leur litige tant que celui-ci n'est pas contraire à la Charia.

---

<sup>1862</sup> Abdelssattar Khouldi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 54.

- Les sentences du Centre doivent être prononcées dans un délai n'excédant pas six mois à compter de la date de la soumission du litige au tribunal. Ceci assure la rapidité de la résolution des litiges. Il faut toutefois noter qu'il est possible de demander la prolongation du délai pour six mois s'il y a des motifs justifiant ce prolongement. Selon l'enquête mentionnée plus haut, 54% des institutions financières islamiques interrogées ont mis un accent particulier sur cet aspect en affirmant que l'utilité du Centre repose sur la résolution rapide des litiges relatifs à la finance islamique.
- Le Centre s'est préoccupé de faire face aux manœuvres dilatoires, quelle que soit leur source (parties, arbitres). Dans le même temps, il évite tous les facteurs de retardement et les questions secondaires qui affectent l'arbitrage *ad hoc* dans ses premières étapes telles que le refus d'une des parties au litige de désigner son arbitre, le manquement d'un des arbitres à remplir sa mission ou le retrait injustifié de l'arbitre avant le prononcé de la sentence. En effet, les règles et statuts du Centre prévoient des solutions adaptées à ces cas de perturbation de l'arbitrage. Dès lors, l'arbitrage institutionnel pratiqué par le Centre garantit la formation du tribunal arbitral sans aucune entrave.
- Le Centre reconnaît les grands principes du droit moderne de l'arbitrage qui renforcent l'efficacité de l'arbitrage comme le principe de compétence-compétence et l'autonomie de la convention d'arbitrage, par exemple. Ce faisant, le Centre opère une conciliation entre les grands principes régissant la justice et la prise en compte de la particularité de l'arbitrage en tant que mode de règlement souple et rapide. Dans le même temps, le Centre essaie d'assurer l'équilibre entre l'autonomie de l'arbitrage en tant que justice conventionnelle et la nécessité de recourir au juge étatique en cas de besoin.
- Le Centre accorde une importance particulière au bon déroulement de la procédure de l'arbitrage. A cet égard, il est très attentif au respect de la date de la tenue des audiences, à la convocation en bonne et due forme des parties, à l'échange des documents entre les parties, etc. Il prend toutes les mesures nécessaires pour mettre la sentence à l'abri d'une éventuelle annulation.
- Pour renforcer l'efficacité des solutions, le Centre veille à ce que la sentence rendue soit correcte du point de vue procédural et religieux à travers la mise en place d'un organe chargé d'apprécier le projet de sentence, autrement dit de vérifier la régularité de la sentence avant sa signature par le tribunal arbitral. A ce titre, le tribunal arbitral peut renvoyer le projet de sentence avant qu'il ne soit signé au Conseil de la Charia.

Celui-ci peut introduire des modifications sur la base de la sentence. Il peut également attirer l'attention du tribunal arbitral sur les questions de fond liées à la Charia, tout cela sans porter atteinte à la liberté du tribunal arbitral dans la rédaction de la sentence. En tout cas, les modifications qui peuvent être proposées par le Comité concernent les points suivants : donner des remarques à propos de la rédaction de la sentence ; donner des remarques au sujet de la motivation ; enfin donner des remarques juridiques procédurales.

- Pour assurer une justice arbitrale rapide et techniquement efficace et pratique, les règles et statuts du Centre prévoient que les sentences rendues ne sont susceptibles d'aucune voie de recours. Toutefois, il est possible de les contester par une seule voie : le recours en annulation<sup>1863</sup>.

En plus des apports mentionnés plus haut, le Centre présente de nombreux autres avantages qui lui permettent également de contribuer efficacement à la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. A ce titre, il applique la Charia de manière flexible et moderne ; il a également la capacité d'appréhender les problèmes contemporains posés par l'apparition de nouveaux produits de financement islamique ; il donne aux parties la possibilité de faire appel à des arbitres spécialisés ; il renforce l'uniformité, la prévisibilité et la cohérence ; il reconnaît l'indépendance des contrats de financement islamique en consacrant leur particularité ; il affirme également l'autonomie des parties et offre plus de garanties à l'application de la loi islamique ; il permet l'approfondissement de la pratique arbitrale professionnelle dans le secteur de la finance islamique ; il assure la mobilisation des capacités matérielles et intellectuelles au service de l'industrie financière islamique ; il contribue à la renaissance du droit islamique des transactions. En réalité, les avantages du Centre sont très nombreux<sup>1864</sup>. Cependant, au-delà de ces avantages, le Centre rencontre aussi des défis, ce qui incite à réfléchir sur son avenir.

---

<sup>1863</sup> Il convient de signaler que l'ensemble des informations ont été recueillies lors d'une visite effectuée en 2013 au siège du Centre et des entretiens avec ses responsables. Pour plus de détails, voir le règlement de procédure du Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage (IICRA). Voir également Abdelssattar Khouildi, « Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage. Une vision islamique contemporaine pour la résolution des litiges en matière de finance islamique » (en arabe), Etude présentée à la conférence des banques islamiques entre la réalité et la perspective, Le Comité des affaires islamiques à Dubaï, du 31 mai au 3 juin 2009 ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 53 et s.

<sup>1864</sup> Sur ce point, voir Mohammad Aljarallah, *Arbitrating international islamic finance disputes*, op, cit, chapter 3, p. 3 et s ; Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 54.

## **2)- L'avenir de l'IICRA**

Si le Centre contribue efficacement au développement de l'arbitrage dans le secteur de la finance islamique, il est également confronté à un certain nombre de défis (a) qui incitent à réfléchir sur les solutions permettant de les surmonter et d'améliorer le rôle du Centre (b).

### ***a)- Les défis rencontrés***

Il est évident que toute œuvre nouvelle est susceptible d'être confrontée à des difficultés et à des défis variés. Cela est particulièrement vrai dans le domaine de la finance islamique qui constitue une activité relativement récente et en évolution continue. La nouveauté et la complexité des activités financières islamiques posent de nombreux défis aux instances qui s'assignent comme objectif la résolution de ses litiges. Cette analyse s'applique naturellement au Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage. En effet, ce Centre fait face à des défis quotidiens qui peuvent être classés en plusieurs catégories.

On trouve tout d'abord les défis stratégiques qui sont principalement attribuables à la nouvelle émergence du Centre dans le domaine de l'arbitrage en matière de finance islamique. En réalité, le Centre est confronté à des problèmes de perception de la part des institutions financières conventionnelles et de certaines institutions financières islamiques. Ces dernières observent une certaine méfiance ou certains doutes vis-à-vis du Centre. Cela s'explique principalement par l'émergence récente du Centre. Celle-ci crée chez les institutions financières une image que le Centre n'a pas encore l'expérience suffisante lui permettant de régler des grands litiges financiers. C'est pourquoi, elles préfèrent le recours à la justice étatique.

Dans ce contexte, il y a eu jusqu'à présent un petit nombre de cas soumis au Centre. Dans une étude interne relativement récente, le bureau des relations publiques du Centre a expliqué cette situation par plusieurs facteurs : la naissance récente du Centre dans un nouveau domaine qui nécessite du temps pour assurer son développement et avoir une large reconnaissance ; les différends sont souvent résolus par la médiation avant qu'ils ne parviennent à arbitrage ; la préférence accordée par certaines institutions financières

islamiques à d'autres centres d'arbitrage ; le manque d'utilisation de la technologie et des plans de marketing de grande envergure pour la mission du Centre<sup>1865</sup>.

Dans le cadre des défis stratégiques, on constate que les administrations juridiques des institutions financières islamiques préfèrent la voie judiciaire comme mode de règlement des litiges. Cette préférence accordée à la justice étatique tient vraisemblablement au manque de culture suffisante sur l'arbitrage et son rôle important notamment dans la prise en compte de la Charia. De plus, ces administrations estiment que la question du règlement des litiges relève de leur propre compétence en cas de non recours au juge étatique. Notons que le recours à l'arbitrage devrait être une option stratégique conçue et prise par l'autorité suprême de l'institution financière puisque le recours à l'arbitrage garantit une solution répondant aux besoins de cette institution<sup>1866</sup>.

Il convient de noter que les défis stratégiques rencontrés par le Centre ne s'expliquent pas du fait de l'application de la Charia. En d'autres termes, il existe une excellente acceptation par le marché de l'application de la Charia sur les transactions de financement islamique par les institutions financières islamiques et certaines institutions financières conventionnelles.

Le Centre est également confronté à un défi idéologique. En réalité, les défis idéologiques sont plus compliqués que les défis stratégiques dans la mesure où ils sont le plus souvent liés à des idées et des croyances. L'islam, et en particulier la finance islamique, est souvent perçu comme un élément attaché à un agenda politique. Par conséquent, la réception négative de la finance islamique a un impact sur les activités du Centre<sup>1867</sup>.

Cette fausse perception de l'islam et de la finance islamique et le manque de compréhension sont causés en partie par les médias. En d'autres termes, compte tenu des appels croissants pour le retour à la Charia et l'interdépendance mondiale croissante, la communauté juridique occidentale ne peut plus être satisfaite de laisser la Charia régir une

---

<sup>1865</sup> Saif Alnathif, « Studies on Activating IICRA Role and the Strategy of its Public Relation Office », international IICARA study submitted on May 27, 2007, p. 4.

<sup>1866</sup> Abdelsattar Khouldi, « Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage. Une vision islamique contemporaine pour la résolution des litiges en matière de finance islamique » (en arabe), Etude présentée à la conférence des banques islamiques entre la réalité et la perspective, Le Comité des affaires islamiques à Dubaï, du 31 mai au 3 juin 2009.

<sup>1867</sup> Sur ce point, voir Turning towards Mecca : Islamic banks join in the race of Africa, Septembre 26, 2007, Economist, Vol. 387, Issue 8579, May 10, 2008.

bonne partie du marché financier<sup>1868</sup>. Comme l'indique Almas Khan, la perception négative associée au mot Charia peut empêcher toute forme de loi islamique de se concrétiser<sup>1869</sup>.

Il faut noter que certains des défis idéologiques sont liés au fait que certaines institutions financières islamiques s'éloignent des objectifs de la finance islamique et des finalités de la Charia. Cela est sans doute une pratique périlleuse et nuit au développement et à l'image de la finance islamique, d'autant plus que cette finance repose sur des considérations religieuses et éthiques.

Pour résumer, le Centre rencontre un problème de perte d'identité, c'est-à-dire un problème culturel perturbant son rôle dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique<sup>1870</sup>. Malgré cela, ces défis restent un phénomène naturel qui pose la question de la capacité du Centre à y faire face et à proposer des solutions adaptées. En tout cas, c'est la question de l'amélioration et du perfectionnement du rôle du Centre qui mérite d'être analysée.

#### ***b)- Vers un rôle plus efficace de l'IICRA***

Pour renforcer le rôle du Centre dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique et sa place en tant qu'institution fondamentale de l'industrie financière islamique, plusieurs points méritent de retenir l'attention.

En premier lieu, il est nécessaire que le Centre communique régulièrement avec les institutions financières islamiques à travers l'organisation des visites sur place, des consultations avec les administrations juridiques des institutions financières, des conférences, des colloques, etc. Ce dialogue permanent entre le Centre et les opérateurs de la finance islamique permet assurément au Centre d'expliquer les avantages de l'arbitrage pour la finance islamique et le rôle que le Centre pourrait jouer dans ce domaine en proposant un mécanisme adapté de règlement des litiges. Cela aura le mérite de renforcer la confiance des institutions financières islamiques envers le Centre.

---

<sup>1868</sup> Faisal Kutty, « The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 28 *Loy. LA. Intl'L and Comp. L. Rev.* 565, 2006, p. 567.

<sup>1869</sup> Almas Khan, « The Interaction between Shariah and International Law in Arbitration », *Chicago Journal of Law*, 6 *Chi J. Int'l L.* 791, 2006, p. 801.

<sup>1870</sup> Mohammad Aljarallah, *Arbitrating international islamic finance disputes*, op, cit, chapter Three, p. 6.

En second lieu, il est indispensable que le Centre renforce sa relation avec la Chambre islamique du commerce et de l'industrie pour inciter ses membres de la Chambre à recourir au Centre en vue de régler leurs éventuels litiges. En outre, le Conseil général des banques et des institutions financières islamiques a un rôle important à jouer dans ce domaine en invitant les membres de l'Assemblée générale à faire appel au Centre pour assurer la résolution de leurs litiges. Il faut noter que la plupart des Centres d'arbitrages internationaux ont des liens solides avec les Chambres de commerce et d'industrie ou avec les organisations internationales.

En troisième lieu, pour rassurer les institutions financières islamiques de l'application de la Charia, l'arbitrage devrait être assuré par des arbitres musulmans spécialisés ayant une bonne moralité. Toutefois, dans des cas limités et si nécessaire, les non-musulmans peuvent devenir arbitres à la condition qu'ils appliquent la loi islamique et ne prennent pas la présidence du tribunal. S'agissant des femmes, leur désignation est possible si elles sont compétentes et spécialisées.

En quatrième lieu, le Centre devrait déterminer avec précision les critères du choix du droit applicable à l'arbitrage. Cela permet d'assurer la prévisibilité et la certitude dans l'application de la Charia aux contrats de financement islamique et d'éviter les difficultés liées à cette question fondamentale. Ainsi, il peut, à titre d'exemple, se référer aux résolutions de l'Académie internationale de Fiqh ou à l'œuvre normative d'AAIOFI.

En cinquième lieu, le centre devrait adopter clairement les règles islamiques en matière de preuve. Dans cette optique, il peut se référer à la Norme n° 32 d'AAIOFI.

En sixième lieu, il est préférable que le Centre assure la présence au sein du tribunal arbitral des spécialistes de la Charia, des juristes et des économistes. Cela permettra une prise en compte suffisante des contrats de financement islamique.

En septième lieu, il est nécessaire de définir la nature de la relation entre le tribunal arbitral et le Comité de la Charia. En effet, la Charia occupe une place primordiale dans le fonctionnement du Centre. Si ce dernier a été créé, c'est essentiellement pour assurer des règlements des litiges conformes aux règles et principes de la Charia. En vue de veiller à la conformité islamique des sentences et à la régularité de la procédure du point de vue formel, un Comité de la Charia a été institué pour être consulté par le tribunal arbitral, et cela avant la signature de la sentence. A cet égard, il faut noter que le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour renvoyer ou ne pas renvoyer la sentence au Comité. Cependant, étant

donné l'importance de la Charia dans l'industrie financière islamique, un mécanisme assurant la conformité islamique des sentences s'avère nécessaire. Dans cette optique, il faut distinguer entre deux hypothèses : la première hypothèse concerne le cas où le tribunal arbitral ne comporte pas un spécialiste en droit musulman, dans ce cas le recours au Comité de la Charia doit être obligatoire et la décision de cette dernière doit avoir une autorité juridique obligatoire. Cette solution trouve d'ailleurs un fondement dans les règles mêmes du Centre qui prévoient que toutes les sentences doivent être conformes à la Charia. Force est de constater que pour assurer les avantages de l'arbitrage notamment en matière de finance islamique, le Comité de la Charia doit se prononcer dans un délai raisonnable, en deux semaines par exemple.

La seconde hypothèse concerne le cas où le tribunal arbitral comporte un spécialiste en droit musulman, dans ce cas on peut distinguer deux possibilités : si le litige est relativement simple et la solution est relativement claire, le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour renvoyer ou ne pas renvoyer la sentence au Comité. A l'inverse, si le litige est très compliqué et nécessite une réflexion islamique approfondie et multidimensionnelle, il est vivement recommandé de renvoyer la sentence au Comité de la Charia pour s'assurer de sa conformité aux règles et principes de la loi islamique. Dans ce cas, si le Comité de la Charia donne un avis consultatif, le tribunal arbitral est invité à prendre en considération cet avis pour assurer l'efficacité et la crédibilité de la sentence. Dans tous les cas, le Comité de la Charia doit être composé de spécialistes ayant des connaissances approfondies dans le domaine du droit applicable au litige. Tout cela contribue à renforcer l'image et la légitimité du Centre en tant qu'institution spécialisée en matière d'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique. Dans le même temps, cela permet une appréciation suffisante de la spécificité des contrats de financement islamique et d'avoir des sentences arbitrales solidement justifiées et bien fondées au regard de la Charia qui pourraient constituer une véritable référence et une source d'inspiration pour toutes les institutions financières islamiques.

En huitième lieu, selon les règles du Centre, seules les banques islamiques peuvent recourir au juge étatique en dépit de l'existence d'une clause d'arbitrage lorsqu'il s'agit de petits litiges. En effet, cette faculté accordée aux banques islamiques devrait être supprimée. Cela encouragera l'arbitrage en matière de finance islamique et assurera l'application du droit islamique. De plus, elle aura l'avantage d'activer le rôle du Centre en tant qu'institution spécialisée en matière de règlement des litiges de financement islamique.

En neuvième lieu, les règles de procédure du Centre devraient être spécifiées en détail pour combler les lacunes futures. Par exemple, les questions relatives aux mesures provisoires et à l'expertise doivent être traitées spécifiquement. De plus, le Centre doit mettre en place des mécanismes et des administrations qui assurent le suivi de l'instance arbitrale dans ses différentes étapes.

En dixième lieu, conformément aux principes de la Charia, la résolution des litiges se fait prioritairement par la voie de la transaction (Sulh). Il s'agit en réalité d'une exigence religieuse. Par conséquent, l'arbitrage intervient après l'échec des tentatives de transaction.

En onzième lieu, le Centre, en collaboration avec les institutions concernées (opérateurs de la finance islamiques, Instances islamiques, Etats, etc.), est invité à contribuer à l'élaboration des règles relatives à la finance islamique à travers la proposition de lois, de réformes, etc. Cela lui permet de participer activement à la promotion de l'industrie financière islamique.

En douzième lieu, le Centre est appelé à œuvrer pour la formation des arbitres compétents en matière de finance islamique en développant davantage ses programmes de formation professionnelles. Cela va lui permettre d'avoir des arbitres mieux informés.

En treizième lieu, le Centre devrait développer son site internet et le mettre à jour de manière permanente en y publiant des informations, des interviews, des conférences, des études juridiques notamment sur l'arbitrage et la finance islamique. La diffusion de ces éléments doit être faite en trois langues : arabe, anglais et français. Cela permet au Centre de jouer un rôle important dans le renforcement de la culture arbitrale. Ces mesures facilitent également le travail des chercheurs intéressés par la question de l'arbitrage et de la finance islamique<sup>1871</sup>.

Enfin, l'expansion continue de l'industrie financière islamique invite le Centre à élargir ses activités dans un avenir plus ou moins proche en mettant en place des branches, notamment dans les principaux pays qui accueillent les institutions financières islamiques, qu'ils soient musulmans ou non-musulmans.

---

<sup>1871</sup> Entretien avec Abdelssattar Khouildi précité. Il faut noter qu'une visite personnelle a été effectuée au siège du Centre en 2013. Celle-ci m'a permis d'avoir une vision très claire de la contribution et des défis du Centre. Pour plus de détails, voir Mohammad Aljarallah, *Arbitrating international islamic finance disputes*, op, cit, chapter Three, p. 8 et s ; Abdelssattar Khouildi, « Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage. Une vision islamique contemporaine pour la résolution des litiges en matière de finance islamique » (en arabe), *Revue mondiale de l'arbitrage*, n° 11, 2011, p. 130 et s.

A la lumière de cette étude sur le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage (IICRA), il apparaît que celui-ci peut jouer un rôle important dans la promotion de l'industrie financière islamique en assurant une résolution des litiges relatifs à la finance islamique de manière conforme aux préceptes de la Charia. Dans cette optique, l'enquête précitée affirme que les institutions financières islamiques ont certainement besoin des activités du Centre, aussi bien dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique que dans le domaine des services accessoires. Cela met l'accent sur l'importance actuelle et à venir du Centre en tant qu'institution fondamentale de la finance islamique. En ce sens, il fournit une véritable solution aux problèmes majeurs rencontrés par les institutions financières islamiques en évitant toutes les difficultés inhérentes au recours à la justice étatique qui ne prend pas suffisamment à cœur la particularité des contrats et des activités de financement islamique. C'est pourquoi, les institutions financières islamiques sont vivement invitées à recourir à l'arbitrage du Centre pour régler leurs litiges éventuels. Cela permet de concrétiser la règle fondamentale selon laquelle toute banque, toute société ou toute institution financière islamique doit soumettre ses contrats à un mécanisme islamique de règlement des litiges indépendamment de son emplacement et du marché dans lequel elle opère. L'ensemble de ces éléments imposent au Centre une très grande responsabilité et le poussent à développer ses services et à perfectionner son rôle en vue de renforcer sa crédibilité aux yeux des institutions financières islamiques. Un autre point mérite de retenir l'attention du Centre : la nécessité de développer sa vocation universelle. S'il est installé dans le monde arabe, ses services ne doivent pas se limiter aux litiges des institutions financières islamiques situés dans cette région. A ce titre, il doit mener des contacts permanents avec les institutions financières islamiques installées dans les autres régions du monde. Il s'agit en réalité d'un véritable défi auquel le Centre doit trouver des réponses crédibles et efficaces pour affirmer son caractère véritablement international.

De plus, le Centre doit rassurer les institutions financières conventionnelles qui ont des relations d'affaire avec les institutions islamiques et qui acceptent de soumettre les éventuels litiges à l'arbitrage en affirmant que la procédure arbitrale sera administrée par le Centre dans le respect absolu des grands principes du procès équitable tels que l'indépendance, l'impartialité, la neutralité des arbitres, le respect des droits de la défense, l'égalité des parties, etc. En ce qui concerne le droit applicable, le Centre doit fixer des critères modernes assurant la prévisibilité et la transparence dans le choix de ce droit.

Il faut noter que le Centre reste, à l'heure actuelle, la grande institution islamique qui propose des résolutions des litiges financiers selon les règles de la Charia. Il offre la certitude, l'uniformité, la cohérence, la prévisibilité et la transparence. Au-delà de sa contribution et de ses avantages, le grand défi auquel est confronté le Centre réside toujours dans la mise en œuvre correcte de la Charia lors de la résolution des litiges soumis à son arbitrage.

## **B)- Le Centre régional de Kuala Lumpur pour l'arbitrage (KLRCA)**

A côté de l'IICRA, il existe en Malaisie un centre d'arbitrage d'une importance considérable qui s'est progressivement adapté au développement spectaculaire du secteur de la finance islamique dans ce pays. En effet, la Malaisie joue un rôle pionnier dans le domaine de la finance islamique. Ce rôle ne s'est pas limité au secteur financier et bancaire. Il s'est rapidement étendu pour englober le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Ce développement s'est symbolisé en décembre 2013 avec l'adoption du Règlement relatif à la résolution des litiges relatifs à la finance islamique par la voie de l'arbitrage. Il s'agit en fait de *KLRCA's new i- Arbitration Rules : Islamic Finance in the global commercial arena*. C'est le règlement le plus récent qui traite de l'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique en Malaisie<sup>1872</sup>. Grâce à ce règlement, le Centre sera en mesure d'assurer une résolution des litiges relatifs à la finance islamique selon les règles et principes de la Charia. Il renforce également la contribution et la place importante de la Malaisie dans la promotion de l'industrie financière islamique en lui permettant de compléter et d'enrichir sa structure juridique déjà solide dans ce domaine.

Du reste, le Centre d'arbitrage de Malaisie (KLRCA) constitue le premier centre régional d'arbitrage en Asie. Créé en 1978 comme un bras de l'AALCO<sup>1873</sup> pour fournir aux parties une alternative à la résolution de leur différend en dehors de la justice étatique, il offre des installations et une assistance pour la conduite des procédures arbitrales. La règle régissant l'arbitrage est le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 avec quelques modifications et adaptations afin de prendre en considération le contexte national malaisien. Il offre également une médiation dans le cadre des règles de conciliation et élargit ses

---

<sup>1872</sup> KLRCA, I-Arbitration Rules, 2013. Pour plus d'informations, voir le site du Centre : [www.klrca.org.my](http://www.klrca.org.my).

<sup>1873</sup> Asian-African Legal Consultative Organization.

mécanismes alternatifs de règlement des litiges pour couvrir les domaines de conflit émergents importants tels que la propriété intellectuelle<sup>1874</sup>.

Il convient de noter que la Malaisie n'a pas de centre d'arbitrage national. Néanmoins, le KLRCA fournit l'une des meilleures options disponibles pour résoudre les différends en dehors du champ d'application de la justice étatique. Il fournit un système neutre, rapide et rentable pour le règlement des différends dans le commerce et les investissements dans la région Asie-Pacifique. En outre, il permet également une grande souplesse dans la conduite de la procédure d'arbitrage. Il est reconnu à l'échelle internationale comme un organe établi et neutre pour le règlement pacifique des différends grâce à ses procédures rentables, équitables et rapides. Bien qu'il ait le soutien du gouvernement malaisien, le Centre est un organisme sans but lucratif, et non une branche ou une agence du gouvernement<sup>1875</sup>.

Avec l'adhésion de la Malaisie à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, les sentences arbitrales rendues au Centre en vertu de son Règlement sont exécutoires dans tous les pays qui sont parties à la Convention. Les règles du Centre permettent une grande souplesse en ce qui concerne le choix des conciliateurs et des arbitres, le lieu du règlement des différends et l'applicabilité du droit régissant la procédure et le fond du litige. Il faut signaler que les avocats étrangers ne sont pas interdits de comparaître dans les procédures de règlement des différends tenues au Centre. De plus, le Centre dispose d'un panel d'arbitres expérimentés qui peuvent présider la procédure<sup>1876</sup>.

La loi malaisienne n° 5 de 1952 sur l'arbitrage, qui a été modifiée la loi n° 34 de 1980, comprend une nouvelle section (34), qui exclut expressément le Centre de la surveillance ou de l'intervention des tribunaux malaisiens. La section couvre l'arbitrage national et international et l'indépendance du Centre est renforcée en vertu de la loi d'arbitrage de 2005, qui délègue la nomination de l'arbitre au directeur de KLRCA. Le paragraphe 13 (9) prévoit qu'il n'y aura aucun appel des sentences rendues au Centre<sup>1877</sup>.

Bien qu'il ne soit pas institué uniquement pour le règlement des litiges relatifs à la finance islamique, il n'en demeure pas moins que *KLRCA's new i- Arbitration Rules : Islamic*

---

<sup>1874</sup> Hakimah Yaacob, *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, op, cit, p. 115.

<sup>1875</sup> Les informations sur le KLRCA reposent essentiellement sur notre visite personnelle au Centre et nos entretiens avec les responsables effectués en 2014. Pour plus de détails, voir aussi le site du Centre : [www.klrca.org.my](http://www.klrca.org.my).

<sup>1876</sup> Hakimah Yaacob, *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, op, cit, p. 120 et s.

<sup>1877</sup> Ibid.

*Finance in the global commercial arena* adopté par le Centre en 2013 est parfaitement applicable aux litiges relatifs à des opérations basées sur la Charia si les parties sont d'accord sur le principe de soumettre leur litige à l'arbitrage pratiqué par le Centre. Dans cette optique, l'arbitrage du Centre concerne toutes les opérations islamiques, qu'elles soient financières, bancaires ou autres (Takafoul, *Ijara*, etc.)<sup>1878</sup>.

En effet, l'idée d'un règlement d'arbitrage régissant les litiges relatifs aux contrats et opérations basés sur la Charia est apparue en 2012 puisque le KLRCA lors du forum de la finance islamique globale a lancé la *i-Arbitration Rules*. Il s'agit d'un ensemble remodelé de ses règles d'arbitrage conçues pour l'arbitrage islamique. Adoptées en décembre 2013, les nouvelles règles visent à fournir un outil pour résoudre les différends découlant de tout contrat qui contient des transactions basées sur la Charia, tout en s'adaptant aux accords commerciaux internationaux et à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales internationales.

Force est de constater qu'auparavant, les règles KLRCA de 2007 sur l'arbitrage islamique des services bancaires et financiers ne s'appliquaient que sur le marché intérieur. À l'origine, leur utilisation était limitée aux transactions et aux arrangements commerciaux impliquant spécifiquement des instruments financiers définis en vertu de la loi sur les banques centrales et de la loi sur les marchés et services de capitaux de 2007. Cependant, les règles dans leur nouvelle version issue de la *i-Arbitration Rules* apportent des modifications à la révision de 2012 des règles conventionnelles d'arbitrage KLRCA qui intègrent les règles d'arbitrage de la CNUDCI de 2010. En effet, il est prévu désormais que « tout conflit, controverse ou réclamation découlant d'un contrat commercial fondé sur la Charia ou la résiliation ou l'invalidité du contrat sera réglé par la voie de l'arbitrage conformément aux *KLRCA i-Arbitration Rules* »<sup>1879</sup>.

Le Règlement comporte deux parties. La première partie est basée sur la partie 1 des règles actuelles d'arbitrage KLRCA (2<sup>ème</sup> édition de 2012) avec une modification pour prévoir une procédure spécifique pour la référence au Conseil consultatif de la Charia ou à un expert de la Charia, y compris les changements nécessaires pour clarifier et définir les terminologies liées à la Charia. La deuxième partie adopte les règles d'arbitrage les plus récentes de la

---

<sup>1878</sup> Abdel Kader et Rassma Kaleb, « Le Centre de Kuala Lumpur pour l'arbitrage et de l'industrie financière islamique » (en arabe), <http://2015.omandaily.com/?p=68330>.

<sup>1879</sup> Partie 3 de la KLRCA i- Arbitration Rules, Schedule 3.

CNUDCI de 2010. En cas de conflit, ce sont bien les dispositions de la première partie qui s'appliquent<sup>1880</sup>.

On peut citer certaines dispositions importantes prévues par les règles de *KLRC A i-Arbitration Rules*. Il y a d'abord la spécification des informations, des documents et des frais requis pour l'enregistrement d'une question auprès du KLRC A. On trouve aussi des dispositions relatives à la nomination des arbitres, y compris des dispositions garantissant leur indépendance et leur impartialité. Les dispositions relatives à la sentence sont clairement énoncées : l'arbitre est tenu de rendre sa sentence dans un délai de trois mois à partir de la clôture des plaidoiries. Tant que les parties ne conviennent autrement, le système des coûts du KLRC A est applicable directement. Pour garantir le paiement des honoraires et des coûts par les parties, les parties sont tenues de payer des cautions au début et au cours de la procédure arbitrale<sup>1881</sup>.

Afin de faire face aux problématiques liées à l'application de la Charia, le Règlement prévoit un mécanisme de renvoi au Conseil consultatif de la Charia ou un expert dans ce domaine. En effet, selon le règlement, chaque fois que le tribunal arbitral doit formuler une opinion sur un point lié aux principes de la Charia et décider d'un différend découlant d'un aspect relatif à celle-ci dans un contrat, le tribunal arbitral peut renvoyer l'affaire au Conseil consultatif de la Charia concerné ou à l'expert de la Charia<sup>1882</sup>. Cette faculté accordée au tribunal arbitral de recourir ou de ne pas recourir au Conseil ou à un expert de la Charia tient au fait que le Centre met un accent particulier sur la nécessité de la présence d'un spécialiste en droit musulman au sein du tribunal arbitral. Quoi qu'il en soit, le Conseil compétent ou l'expert de la Charia sera le Conseil de la Charia dont la question posée relève de sa compétence. Si la question à trancher ne relève pas d'un Conseil spécifique de la Charia, un Conseil ou un expert de la Charia doit être convenu entre les parties. Lorsque les parties ne

---

<sup>1880</sup> KLRA's new i- Arbitration Rules : Islamic Finance in the global commercial arena, in Newsletter of Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, CLRCA, octobre-décembre 2013, p. 21.

<sup>1881</sup> Entretiens personnels avec les responsables effectués précité. Voir également Abdel Kader et Rassma Kaleb, « Le Centre de Kuala Lumpur pour l'arbitrage et de l'industrie financière islamique » (en arabe), <http://2015.omandaily.om/?p=68330>.

<sup>1882</sup> Il convient de noter que sous l'égide de l'ancien règlement le tribunal arbitral était tenu de renvoyer la question au Conseil consultatif ou à un expert de la Charia. Ce caractère obligatoire s'expliquait pas le fait qu'il était très fréquent que le tribunal arbitral ne comportait aucun expert en droit musulman.

parviennent pas à choisir un Conseil ou à un expert, les dispositions relatives aux experts nommés par le tribunal arbitral en vertu de l'article 29 s'appliquent<sup>1883</sup>.

En outre, le renvoi comprend toute information pertinente telle que le Conseil concerné ou l'expert de la Charia qui va formuler son avis et les questions auxquelles doivent répondre le Conseil concerné ou l'expert. En cas de renvoi au Conseil concerné ou à l'expert de la charia, l'arbitre ajourne la procédure d'arbitrage jusqu'à ce que le Conseil ou l'expert donnent leur avis. Dans l'intervalle, les procédures se poursuivront en ce qui concerne les domaines des différends indépendants des problèmes relatifs à la charia. Le Conseil compétent ou l'expert de la Charia, selon le cas, délibère et rend sa décision sur la question dans un délai de 60 jours à partir de la date du renvoi. Lorsque le Conseil compétent ou l'expert de la Charia omet de rendre sa décision dans les 60 jours, le tribunal arbitral peut trancher le litige et rendre sa sentence en fonction des observations dont il dispose. Force est de constater que le Conseil compétent ou l'expert ne peut se prononcer que sur la question soumise par le tribunal arbitral. Il n'a pas compétence sur les autres questions<sup>1884</sup>. Il faut noter qu'à la différence du règlement antérieur, le nouveau règlement ne prévoit pas la nature juridique de la décision rendue par le Conseil consultatif ou l'expert de la Charia. Mais il nous semble que ces derniers donnent un simple avis consultatif<sup>1885</sup>.

Au final, l'observation générale et rapide du KLRCA montre le rôle important que ce Centre d'arbitrage peut jouer dans l'organisation et le développement d'une technique islamique de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. Il contribue au respect de la Charia et à sa prise en compte dans le domaine de la finance islamique. En offrant un large panel d'arbitres internationaux compétents et des normes modernes en matière de règlement des différends commerciaux internationaux, le Centre renforce la place de la Malaisie en tant qu'acteur majeur de l'industrie financière islamique sur la scène internationale. En utilisant les règles du Centre, les parties peuvent avoir confiance en tirant pleinement profit des possibilités offertes par la finance islamique et de la certitude d'un régime juridique pratique et efficace.

---

<sup>1883</sup> Rule 11 (1 et 2) de la la KLRCA i- Arbitration Rules relatif à la procedure for Reference to Shatiah Advisory Council or Shariah Expert.

<sup>1884</sup> Rule 11 (3 à 8) de la la KLRCA i- Arbitration Rules relatif à la procedure for Reference to Shatiah Advisory Council or Shariah Expert.

<sup>1885</sup> Selon l'ancien règlement, le Conseil consultatif ou l'expert de la Charia donnait une décision dotée de la valeur obligatoire, le tribunal arbitral devant l'appliquer dans les quinze jours.

## **Section 2. Le champ de la modernisation : vers un régime juridique de l'arbitrage cohérent et efficace**

Il ne fait aucun doute que la caractéristique fondamentale de la Charia réside dans sa capacité à répondre aux besoins des sociétés et des époques. En réalité, elle est venue essentiellement pour réaliser le bien-être humain universel et interdire tout ce qui est de nature à porter préjudice et nuisance à l'humanité, voire à l'univers. C'est pourquoi, la Charia est appelée à évoluer de manière permanente avec l'évolution des conditions de la vie pour prendre en compte les nouveaux besoins de l'homme et de la société. Mais cette évolution doit reposer sur les principes et finalités du Coran et de la Sunna pour réaliser les objectifs divins sur terre tels que la justice, l'égalité, la préservation des droits des personnes humaines, etc. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne la finance islamique.

En effet, l'industrie financière islamique a connu au cours de ces dernières années un développement remarquable, aussi bien sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif. A l'heure actuelle, elle s'affirme en tant qu'ensemble cohérent et homogène ayant des caractéristiques qui lui sont propres et lui permettent de se distinguer de la finance conventionnelle. Basée sur une philosophie religieuse particulière, la finance islamique se démarque très nettement de la finance conventionnelle qui repose, quant à elle, sur une conception financière séculière et détachée des considérations religieuses. La finance islamique continue à se développer et on assiste à l'apparition de nouvelles techniques financières islamiques. Ce développement pose évidemment la question du développement des structures juridiques, notamment dans le domaine de la résolution des litiges.

Sans doute, comme nous l'avons déjà constaté, l'arbitrage peut être considéré comme l'un des plus importants mécanismes permettant d'apprécier la particularité des contrats de financement islamique. Outre ses avantages traditionnels bien connus, l'arbitrage pourrait contribuer efficacement à soutenir la promotion et le rayonnement de l'industrie financière islamique. Pour atteindre cette finalité, l'arbitrage doit être modernisé et adapté aux conditions du monde actuel afin d'être plus pratique et plus prévisible. Cela a le grand mérite de faire de la justice arbitrale une institution à la hauteur des attentes des opérateurs de la finance islamique et un mécanisme ayant la confiance des institutions financières islamiques. Dans ce contexte, nous allons essayer de proposer un projet de réforme qui consiste à moderniser certains aspects fondamentaux de l'arbitrage appliqué à la finance islamique. L'accent sera mis sur la convention d'arbitrage (§1), le statut de l'arbitre (§2), le droit

applicable (§3) et la sentence (§4). La rénovation de ces aspects nous permettra de proposer une charte éthique de l'arbitrage en matière de finance islamique (§5).

## **§ 1- Le renouvellement de la conception islamique de la convention d'arbitrage**

Si la question de la convention d'arbitrage ne constitue pas une préoccupation majeure des juristes musulmans classiques, c'est parce que le principe de justice repose dans la société musulmane traditionnelle sur la Charia. Qu'il s'agisse de la justice étatique ou de la justice arbitrale, c'est toujours la loi islamique qui s'applique et règne par excellence. Néanmoins, à l'heure actuelle, les choses ont radicalement changé. On assiste à l'apparition et à la multiplication des juridictions étatiques séculières qui appliquent des règles juridiques de plus en plus détachées des sources normatives islamiques. Ce qui a conduit parfois à la requalification des contrats de financement islamique, requalification dont la conséquence est de vider ces contrats de leur substance. D'où toute l'importance de la réflexion sur la convention d'arbitrage, notamment en matière de finance islamique.

Cette réflexion s'avère nécessaire car la convention d'arbitrage constitue en réalité l'instrument le plus certain de la prise en compte de la Charia. Pour permettre à la convention d'assurer pleinement son rôle en matière de finance islamique, un effort de modernisation semble indispensable. Celui-ci concerne tout particulièrement deux aspects : d'une part, l'affirmation de la nécessité religieuse de la convention d'arbitrage dans les contrats de financement islamique (A) ; d'autre part, l'amélioration de la qualité de la convention d'arbitrage (B).

### **A)- La nécessité de la convention : vers la généralisation de la convention d'arbitrage dans les contrats de financement islamique**

Comme nous l'avons vu, la convention d'arbitrage exprime le fondement conventionnel de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges. Incarnant la volonté des parties, la convention d'arbitrage apparaît fondamentalement comme la pierre angulaire de la justice arbitrale. Elle est son élément fondamental. En effet, le pouvoir de juger reconnu

aux arbitres trouve son origine dans un accord de volonté manifesté et symbolisé dans la convention d'arbitrage. C'est en réalité cette convention qui donne au tribunal arbitral sa légitimité et sa raison d'être, l'habilité et lui confère son pouvoir juridictionnel<sup>1886</sup>.

Cela dit, si l'industrie financière islamique s'est très largement développée au cours de ces dernières années en s'installant dans les quatre coins du monde et en poursuivant continuellement son expansion, ce rayonnement a rencontré un certain nombre de difficultés et défis. En effet, la finance islamique est en réalité le résultat des principes de la Charia et vise à la réalisation des finalités de la religion musulmane. Il s'agit donc d'une finance basée sur une approche religieuse et éthique. Mais cette émergence et expansion de l'industrie financière islamique se sont effectuées dans un univers normatif et réglementaire conçu pour une autre philosophie financière qui repose sur des considérations séculières et détachées de la vision religieuse qui est à la base de la finance islamique. D'où le grand défi de la finance islamique : comment cette finance peut-elle assurer toujours sa conformité avec les principes et règles qui la fondent et la justifient ? Comment peut-elle concrétiser les finalités de la Charia dans le monde financier contemporain ? Ces questions méritent d'être posées car la prise en compte insuffisante des règles, principes et finalités de la Charia entraîne de nombreuses conséquences périlleuses aussi bien sur le plan religieux que sur le plan juridique : empêcher les institutions financières islamiques de réaliser leurs objectifs, la perturbation de leur développement, la dénaturation de leur image, la perte de la clientèle, etc.

Le problème se pose plus particulièrement dans le domaine du règlement des litiges. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, le recours à la justice étatique a abouti dans la plupart des cas à la dénaturation de l'industrie financière islamique à travers une requalification des contrats de financement islamique. Cette opération de requalification a en réalité vidé la finance islamique de sa substance. Ce phénomène tient principalement à la prise en compte insuffisante et problématique de la particularité de la finance islamique par l'immense majorité des systèmes juridiques et juridictionnels étatiques existants.

Nous avons constaté au cours de notre étude que les cadres juridiques étatiques sont peu adaptés à la réalité de l'industrie financière islamique. En effet, ces cadres reposent essentiellement sur des lois séculières qui trouvent leur légitimité et leur autorité dans la volonté du législateur étatique. De plus, la formation des magistrats chargés de l'application

---

<sup>1886</sup> Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op, cit, p. 33 et s.

des lois s'appuie sur des principes et des méthodes détachés de la Charia. Dans ce contexte, on a du mal à concevoir que les litiges relatifs à la finance islamique puissent être résolus selon les exigences islamiques par des juges étatiques séculiers. En réalité, cette impression a été confirmée par la pratique de certaines juridictions étatiques qui se sont prononcées sur des litiges relatifs à la finance islamique. Le problème se complique encore davantage du fait de l'absence d'une juridiction islamique compétente dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. L'existence d'une telle juridiction aurait contribué à la prise en compte de la singularité de la finance islamique en élaborant des mécanismes spécifiquement conçus pour cette finance.

Dans ces conditions, la réflexion sur les modes alternatifs de règlement des litiges s'avère évidente ou nécessaire. En examinant ces modes, on a trouvé que l'arbitrage, à travers ses multiples avantages, représente la voie la plus sûre permettant la prise en considération de la spécificité des contrats de financement islamique lors de la résolution des litiges. En effet, ce mécanisme assure l'application de la Charia de manière professionnelle et convenable par des arbitres ayant des connaissances approfondies dans ce domaine. En même temps, il peut à l'heure actuelle contribuer à compléter et à enrichir la construction d'un édifice juridique cohérent et solide pour l'industrie financière islamique. Un tel édifice est indispensable pour permettre à la finance islamique de faire face aux défis qui se renouvellent sans cesse.

Etant donné que l'application de la Charia est un devoir religieux fondamental et que l'arbitrage apparaît en l'état actuel des choses la voie privilégiée assurant sa prise en compte effective notamment en matière de règlement des litiges relatifs à la finance islamique, il est tout à fait logique qu'on accorde une grande importance à la question de la convention d'arbitrage. En effet, cette convention, comme cela vient d'être indiqué, constitue le point de départ du fonctionnement de la justice arbitrale en permettant aux parties de se démarquer de la justice étatique. Dans cette perspective, la grande question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure la convention d'arbitrage est aujourd'hui devenue une obligation religieuse pour les opérateurs de la finance islamique.

Pour tenter de répondre à cette question fondamentale, il convient de distinguer entre deux hypothèses. La première concerne le cas où les parties sont sûres que les principes et règles de la Charia seront pris en considération par le juge étatique. Bien que rare de manière générale dans la mesure où la plupart des Etats actuels ont sécularisé leurs systèmes juridiques, cette hypothèse peut être constatée dans certains pays musulmans où la Charia

constitue la source fondamentale de l'ordre juridique et la base du fonctionnement de la justice. Dans ce cas, le recours à l'arbitrage ne constitue pas une obligation religieuse pour les parties car l'application de la Charia peut être garantie par le juge étatique. Cependant, ce recours reste pratiquement préférable et vivement recommandé pour les institutions financières islamiques en raison des avantages de l'arbitrage et de son rôle important dans la promotion de l'industrie financière islamique et dans l'encadrement de ses activités.

Dans la seconde hypothèse, les parties sont sûres que les règles et principes de la Charia ne seront pas pris en compte en cas de recours au juge étatique. C'est le cas de l'immense majorité des ordres juridiques étatiques actuels qui reposent sur une approche séculière du droit et de la justice. Dans ce cas, le recours à l'arbitrage constitue une véritable obligation religieuse pour les parties car l'application de la Charia ne peut être assurée que par ce mécanisme. En effet, opter pour la justice étatique comme un mécanisme de règlement des litiges, c'est très fortement vider la finance islamique de sa substance. Cette interprétation trouve un fondement divin solide dans les textes coraniques et prophétiques qui ordonnent l'application de la Charia. De plus, elle s'inscrit dans la célèbre règle juridique islamique fondamentale selon laquelle tout ce qui est nécessaire à la réalisation d'une obligation religieuse constitue une obligation religieuse<sup>1887</sup>.

Comme il s'agit d'une activité financière basée sur la religion musulmane et des institutions financières qui veulent exercer leurs activités selon les règles et principes de la Charia, il est tout à fait logique que les litiges qui peuvent naître de telles activités soient soumis à la normativité islamique. De ce fait, l'insertion d'une clause d'arbitrage dans un contrat de financement islamique s'impose de soi. De plus, les institutions financières islamiques doivent accorder à cette question une place prééminente. Elle devrait normalement constituer l'une des principales préoccupations de ces institutions. Tout cela pour garantir l'application correcte de la Charia et tirer profit des avantages pratiques de l'arbitrage.

Il est bien connu que la convention d'arbitrage peut prendre deux formes : la clause compromissoire et le compromis. La clause compromissoire est « la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui

---

<sup>1887</sup> Pour plus de détails sur cette règle juridique fondamentale, voir Abdelmouhssen Alsoeik, « Mala yatoum alwajeb ila bihi fahwa wajib », <http://www.alukah.net/web/sowayegh/0/19191/>

pourraient naître relativement de ce ou de ces contrats »<sup>1888</sup>. Le compromis est « la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage »<sup>1889</sup>.

On le voit, les institutions financières islamiques ont deux choix pour soumettre leurs litiges à l'arbitrage : soit elles optent pour la clause compromissoire avant la survenance du litige, soit elles optent pour le compromis après la réalisation du litige. De notre côté, nous estimons que la clause compromissoire doit être privilégiée par les institutions financières islamiques parce qu'elle est une convention autonome qui se suffit à elle-même. Sa stipulation fonde l'engagement des parties de recourir à l'arbitrage et rend inutile l'établissement ultérieur, au moment de la naissance du litige, d'une nouvelle convention à ce sujet<sup>1890</sup>. C'est pourquoi, la clause compromissoire garantit la résolution rapide des litiges, ce qui constitue une préoccupation majeure des institutions financières islamiques. Une fois le litige né, la conclusion d'un compromis peut prendre plus de temps. Ce qui ralentit par conséquent le processus de résolution du litige.

Enfin, il peut arriver qu'une clause compromissoire n'a pas été insérée dans un contrat de financement islamique et qu'un litige relatif à ce contrat a été porté devant le juge étatique séculier. Dans cette hypothèse, les institutions financières islamiques concernées sont invitées à appliquer leur devoir religieux concernant la mise en œuvre de la Charia. Par conséquent, elles doivent religieusement et éthiquement parlant mettre fin à la procédure judiciaire ainsi engagée et conclure un compromis permettant le recours à l'arbitrage. Cela a l'avantage de permettre aux institutions financières islamiques d'éviter une décision de justice qui serait contraire aux règles et principes de la Charia. Cette possibilité accordée aux parties de conclure un compromis alors qu'un litige est porté devant le juge étatique est reconnue par la quasi-totalité des conventions internationales et des législations nationales relatives à l'arbitrage. Cela donne un avantage supplémentaire à l'arbitrage par rapport à la justice étatique.

Tous ces éléments se conjuguent pour donner naissance à une nouvelle conception de la convention d'arbitrage qui se démarque de la conception islamique classique. Cela se justifie par l'émergence de nouveaux besoins et défis qui n'étaient pas connus par les sociétés musulmanes traditionnelles. Cela montre aussi que la pensée juridique évolue avec les transformations des conditions économiques et sociales afin de rendre compte des exigences

---

<sup>1888</sup> Voir à cet égard l'article 1442 du Code de procédure civile français.

<sup>1889</sup> Ibid.

<sup>1890</sup> Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 80.

inhérentes à l'application de la Charia à l'époque contemporaine. Cette application est nécessaire afin de réaliser le bien-être humain universel et éviter tout ce qui est de nature à porter préjudice à l'homme et à la société.

## **B)- L'amélioration de la qualité de la convention d'arbitrage**

La rédaction des contrats en général et des conventions d'arbitrage en particulier revêt en pratique une grande importance. En réalité, la convention d'arbitrage renferme l'accord des parties pour recourir à un mécanisme de règlement des conflits dérogatoire au droit commun. C'est pourquoi, la portée exacte de cet accord doit être clairement définie. La question de la rédaction de la convention d'arbitrage prend une dimension particulière dans les contrats de financement islamique. Elle joue un rôle central dans le développement de l'industrie financière islamique en permettant la réalisation de ses objectifs, notamment dans l'application correcte de la Charia. D'où la nécessité de l'amélioration de sa qualité. Cette amélioration aura pour conséquence d'éviter les difficultés qui pourraient perturber l'expansion de la finance islamique.

Comme nous l'avons vu précédemment, la pratique financière islamique de ces dernières années a révélé l'existence des défauts dans la rédaction des contrats de financement islamique, notamment au niveau de la clause relative au règlement des litiges pouvant naître de ces contrats. En effet, les institutions financières islamiques ont pris l'habitude, en ce qui concerne le droit applicable, de se référer aussi bien à la Charia qu'au droit étatique (notamment le droit anglais). Cette dualité référentielle peut prendre plusieurs formes. La forme la plus courante a été illustrée dans l'affaire *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Limited and Others*. En effet, dans cette affaire, on trouve la clause suivante dans le contrat objet du litige : « *The agreements should be governed and construed in accordance with English law subject to the principles of the Glorious Charia* ».

On constate que la clause fait une référence à deux systèmes juridiques, à savoir le droit anglais et les principes de la Charia, ce qui est de nature à susciter de nombreuses difficultés pour la détermination exacte de la loi applicable. Ces difficultés se compliquent encore davantage lorsque le droit étatique choisi comporte des règles qui ne cadrent pas avec la particularité des contrats de financement islamique. En réalité, une telle clause est vague et ambiguë et ne permet

pas d'identifier de manière précise la volonté des parties quant à la loi applicable à leur litige. Cela donne au juge toute liberté pour écarter les règles de la Charia au profit du droit étatique. Dès lors, la référence, à côté de la Charia, à un droit étatique peut justifier la neutralisation de celle-ci. Autrement dit, stipuler que le litige est régi par un droit national à condition qu'il ne soit pas contraire à la Charia est devenu en quelque sorte un instrument de non-application de la Charia<sup>1891</sup>.

Cette rédaction maladroite conduit à des conséquences dangereuses pour le développement de la finance islamique. En premier lieu, il est fort probable que la Charia ne soit pas appliquée ou qu'elle soit appliquée de manière insuffisante en raison de l'absence de spécialistes en droit musulman. En second lieu, cette formulation ne permet pas la résolution des litiges relatifs à la finance islamique de manière conforme aux principes et règles islamiques qui fondent la particularité de cette finance, car le droit étatique ne peut pas prendre en considération la spécificité des contrats de financement islamique qui s'inspirent d'une philosophie et d'une logique fondamentalement différente. En troisième lieu, cette référence à la Charia est vague puisqu'elle ne permet pas de déterminer avec précision les règles islamiques qui vont s'appliquer. Cela revêt une importance particulière du fait que le droit musulman renferme plusieurs écoles de pensée, ce qui donne au juge la possibilité d'écarter la Charia sous prétexte qu'elle est peu précise et non codifiée. Enfin, une telle formulation empêche l'émergence d'une jurisprudence homogène et enracinée dans la culture juridique islamique qui pourrait constituer une référence pour l'industrie financière islamique et pour tous ceux qui s'intéressent à ce secteur d'activité.

Pour éviter ces conséquences et les difficultés rencontrées dans l'affaire susmentionnée, il faut que les institutions financières islamiques accordent une très grande importance à la question de la rédaction de leurs contrats, notamment aux clauses relatives au règlement des litiges. A cet égard, elles doivent déterminer de manière précise et très claire leur volonté de choisir la Charia en tant que droit applicable à leur litige. Ainsi, les parties dans un contrat de financement islamique doivent s'exprimer dans des termes clairs et précis, ne laissant aucun doute quant à leur volonté de se soumettre à la Charia. Dans cette optique, il est nécessaire de déterminer de manière précise dans la convention d'arbitrage les règles de la Charia qui régissent le litige concerné. Nous reviendrons sur cette question dans les développements qui suivent.

---

<sup>1891</sup> Pour plus de détails, voir Khaled Ahmad, « Les problématiques et les obstacles à l'application de la Charia dans l'arbitrage devant les centres islamiques d'arbitrage », *L'économie islamique*, n° 439, 2017, <http://www.aliqtisadalislami.net>.

Il faut rappeler que les juristes musulmans classiques n'ont pas exigé la rédaction de la convention d'arbitrage. Ils acceptent la validité d'une convention d'arbitrage faite à l'oral. Cependant, les conditions économiques, sociales, contractuelles, juridiques ont radicalement changé et sont devenues de plus en plus complexes. Ce changement implique par conséquent une nouvelle réflexion qui permet d'intégrer les nouvelles données de la vie contractuelle. Dans ces conditions, il s'avère indispensable de rédiger la convention d'arbitrage pour éviter toute difficulté à ce sujet. En effet, une convention d'arbitrage écrite a l'avantage de permettre le recours à l'arbitrage sans problèmes particuliers. Elle exprime de manière claire et précise la volonté des parties dans un contrat de financement islamique de se soumettre à la justice arbitrale. Notons qu'une telle transformation ne pose aucun problème du point de vue de la religion du fait qu'il s'agit, en réalité, d'une règle évolutive qui vise à réaliser les intérêts des gens. Il ne s'agit pas d'une règle religieuse fondamentale immuable.

A partir de là, la portée exacte de la convention d'arbitrage doit être clairement définie, notamment dans le cas de la clause compromissoire qui vise des litiges non encore survenus. Cela permet d'éviter toute contestation sur ce que les parties dans un contrat de financement islamique ont effectivement entendu soumettre à l'arbitrage. De plus, les parties doivent définir de manière précise les litiges soumis à l'arbitrage. Dans le cas de la clause compromissoire, cette définition devra être suffisamment large pour englober tous les litiges susceptibles de naître entre elles à l'occasion d'un contrat de financement islamique. Dans cette perspective, les parties pourront utiliser les formules types établies par certaines institutions d'arbitrage. Des formules comme « seront soumis à l'arbitrage tous les litiges qui pourront naître à l'occasion du présent contrat », ou « les litiges découlant du présent contrat », ou encore « se rattachant au présent contrat », devraient permettre d'englober tous les litiges susceptibles de survenir entre les parties dans un contrat de financement islamique à l'occasion de leur relation contractuelle. En revanche, les institutions financières islamiques sont appelées à éviter des clauses comme celle-ci : « seront soumis à l'arbitrage tous les différends relatifs à l'interprétation ou à l'exécution du présent contrat ». Une telle formulation pourrait par exemple, au moins en théorie, faire naître un doute quant à l'applicabilité de la convention d'arbitrage au contentieux de la validité du contrat. Une partie assignée devant le tribunal arbitral pour inexécution du contrat de financement islamique pourrait tirer argument de ce libellé apparemment restrictif pour invoquer la nullité du

contrat et prétendre que cette question, préalable à l'exécution, n'est pas de la compétence du tribunal arbitral, et doit être tranchée par une juridiction étatique<sup>1892</sup>.

Ainsi, la rédaction de la convention d'arbitrage doit être suffisamment satisfaisante pour permettre la mise en œuvre de l'arbitrage au moment du litige. En tout cas, le contenu de la convention d'arbitrage pourra varier en fonction des circonstances propres à chaque relation contractuelle. Il dépendra également du caractère institutionnel ou *ad hoc* de l'arbitrage envisagé. Dans le premier cas, la convention d'arbitrage peut être allégée d'un certain nombre d'énonciations, dès lors que le règlement d'arbitrage applicable la complètera utilement, notamment en ce qui concerne le droit applicable. Les parties doivent désigner clairement l'institution chargée d'administrer l'arbitrage, pour éviter toute incertitude sur ce point. Dans cette optique, on pourrait inciter les institutions financières islamiques de choisir l'IICRA comme une institution administratrice de la procédure arbitrale en raison de sa spécialisation dans le domaine de l'arbitrage islamique. Mais dans ce cas, il est vivement recommandé que ces institutions déterminent avec précision les règles islamiques applicables. Dans le cas d'arbitrage *ad hoc*, les parties ont intérêt, afin d'éviter nombre de difficultés au moment de la survenance du litige et de la mise en œuvre de l'arbitrage, à prévoir dans leur convention certaines dispositions relatives notamment à la loi applicable, au nombre et aux modalités de désignation des arbitres.

A l'instar de la clause compromissoire, le compromis doit également être rédigé de manière précise et claire. A ce titre, il doit préciser tous les éléments nécessaires à une justice arbitrale efficace permettant de considérer les particularités des contrats de financement islamique : les parties au litige, la loi applicable, les modalités de désignation des arbitres, le nombre d'arbitres, l'objet du litige, les pouvoirs du tribunal arbitral, etc.

En effet, la rédaction défectueuse de la convention d'arbitrage pourra empêcher la mise en œuvre de l'arbitrage ou, à tout le moins, grandement en perturber le bon déroulement. Les défaillances rédactionnelles sont diverses : ambiguïté quant au caractère obligatoire ou non pour les parties du recours à l'arbitrage en cas de litige ; référence à la fois à la Charia et à un droit étatique ; formulation suscitant un doute quant à la volonté des parties de recourir à l'arbitrage ou à un autre mécanisme de règlement des litiges ; référence tant à un arbitrage *ad hoc* qu'à un arbitrage institutionnel ; désignation imprécise ou maladroite de l'institution censée régir l'arbitrage envisagé ou de l'autorité chargée de désigner les arbitres ; on encore stipulation de

---

<sup>1892</sup> Sur la question de la rédaction de la convention d'arbitrage, voir Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit, p. 204 et s.

modalités de désignation des arbitres difficilement praticables. Les institutions financières islamiques sont invitées à faire attention à la rédaction de leur convention d'arbitrage pour éviter toute difficulté à ce sujet.

Enfin, il est intéressant de signaler que la rédaction des contrats de financement islamique en général et des conventions d'arbitrage en particulier doit être le fait d'une collaboration entre les spécialistes du droit musulman des transactions et des juristes compétents. Cela a le mérite d'assurer une rédaction correcte, solide et harmonieuse et de garantir la mise en œuvre d'une justice arbitrale apte à s'adapter la particularité de l'industrie financière islamique. Avec cette collaboration, on serait en mesure d'éviter toutes les difficultés qui pourraient empêcher la finance islamique de réaliser ses objectifs.

## **§2 . La rénovation du statut de l'arbitre**

Le statut de l'arbitre constitue en réalité une question fondamentale dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique par voie d'arbitrage. Cette importance tient au fait que, d'une part, l'arbitre joue un rôle central dans l'application correcte de la Charia dans la résolution du litige soumis à son arbitrage, et d'autre part, la qualité de la sentence, qui facilitera ensuite sa reconnaissance et son exécution, est directement fonction des capacités des arbitres. Autrement dit, l'arbitre apparaît fondamentalement comme la pierre angulaire de l'opération arbitrale. C'est la personne qui a acquis la confiance des parties pour trancher le litige qui les oppose en rendant une sentence qui s'impose à elles. Comme l'indique, à juste titre, Philippe Fouchard, l'arbitre est le juge privé des parties<sup>1893</sup>. En effet, la désignation des arbitres ayant toutes les qualités nécessaires à une administration juste, équitable et professionnelle du processus de résolution du litige commande, dans une large mesure, la réussite de l'opération arbitrale dans son ensemble.

Dans ce contexte, la réflexion sur la rénovation du statut de l'arbitre qui est appelé à trancher les litiges relatifs à la finance islamique s'avère nécessaire. Car une telle réflexion pose la question de la garantie d'une justice arbitrale qui puisse prendre en considération de manière satisfaisante la spécificité des contrats de financement islamique. En effet, cet effort de rénovation passe par deux voies : d'une part, l'interrogation sur les conditions de l'arbitre et la nécessité de revoir certaines d'entre elles à la lumière du contexte contemporain (A), et d'autre

---

<sup>1893</sup> Philippe Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 327.

part, la mise en place d'un projet permettant la formation et la nomination des arbitres qualifiés dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique (B).

### A)- Vers une vision contemporaine des conditions de l'arbitre

Pour les juristes musulmans, l'arbitre assume une fonction similaire à celle du juge puisqu'il tranche un litige. La fonction arbitrale est une branche de la justice qui constitue l'une des plus importantes tâches dans la société. Ce faisant, l'arbitre doit remplir l'ensemble de conditions qui sont exigées du juge<sup>1894</sup>. En effet, il doit être majeur, sain d'esprit et de corps<sup>1895</sup>, musulman, libre, de sexe masculin, juste, un moujtahid<sup>1896</sup>.

Dans cette perspective, trois conditions posent à l'heure actuelle des interrogations particulières. Il s'agit de la religion de l'arbitre, de la condition exigeant que l'arbitre soit du sexe masculin et un moujtahid.

Concernant l'islamité de l'arbitre, d'après la doctrine dominante, l'arbitre doit être musulman. Un non-musulman ne peut être désigné comme arbitre<sup>1897</sup>. Cette opinion se fonde sur un verset du Coran qui dit : « Dieu ne permettra aux incrédules de l'emporter sur les croyants »<sup>1898</sup>. Elle se base également sur le fait que le jugement doit reposer sur la Charia. Or, un non-musulman n'a pas de connaissance des règles de la Charia<sup>1899</sup>. Notons que cette solution a été retenue par l'Académie internationale de Fiqh dans sa décision relative à l'arbitrage<sup>1900</sup>. Mais l'Académie accepte que les Etats et les institutions islamiques recourent aux institutions d'arbitrage non islamiques à la condition qu'il n'existe pas d'institutions d'arbitrage islamiques internationales afin de réaliser ce qui est licite en droit musulman<sup>1901</sup>. Selon la norme n° 32 de l'AAIOFI relative à l'arbitrage, en principe l'arbitre doit être musulman. Mais il existe une exception : s'il y a une nécessité il est possible de désigner un arbitre non-musulman pour

---

<sup>1894</sup> Ali Mezghani, « Le droit musulman et l'arbitrage », Revue de l'arbitrage, N°2, 2008, p. 221.

<sup>1895</sup> Force est de constater que certains auteurs Malékites et Hanbalites n'exigent pas que l'arbitre soit sain de corps. Voir à cet égard, Al Dardir, *Al Charh al Saghir*, 4/191 ; Ibn Qoudama, *Al Moughni*, 9/314.

<sup>1896</sup> Samira Al-Monajid, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op, cit, p. 110 et s. Selon cet auteur, ces conditions ne font pas toutes l'objet d'un consensus des docteurs musulmans. Certaines conditions soulèvent des divergences d'opinions.

<sup>1897</sup> Al Chafii, *Al Oum*, 8/305 ; Ibn Al Hamam, *Fath al khadir*, 5/499.

<sup>1898</sup> Le Noble Coran, Sourate les Femmes, verset 141.

<sup>1899</sup> Al Mawardi, *Al Ahkam al sultaniyya*, p. 84.

<sup>1900</sup> Voir le paragraphe 4 de la Décision de l'Académie de Fiqh islamique internationale numéro 91(8/9) qui s'est tenue lors de sa 9<sup>ème</sup> conférence à Abu Dhabi aux Emirats Arabes Unis du 1<sup>er</sup> au 6 avril 1995.

<sup>1901</sup> Voir le paragraphe 6 de la Décision précitée.

parvenir à ce qui est licite du point de vue de la Charia<sup>1902</sup>. Cette désignation est également conditionnée par le fait que la sentence arbitrale doit être conforme aux règles et principes de la Charia<sup>1903</sup>.

Mais il faut constater que la doctrine Hanafite, si elle n'accepte pas la juridiction d'un non-musulman sur un musulman, admet la juridiction d'un non-musulman appartenant aux religions du Livre sur ses coreligionnaires. Cette opinion est basée sur le fait que le témoignage d'un non-musulman est admis dans les litiges opposant ses coreligionnaires<sup>1904</sup>.

Aussi, il existe une tendance qui s'appuie sur le verset coranique suivant : « Si vous craignez la séparation entre des conjoints, suscitez un arbitre de la famille de l'époux, et un arbitre de la famille de l'épouse. Dieu rétablira la concorde entre eux deux, s'ils veulent se réconcilier. Dieu est celui qui sait et qui est bien informé »<sup>1905</sup>. Les partisans de cette tendance, qui veut que l'arbitrage puisse être confié à un non-musulman, soutiennent que, d'après ce verset, l'arbitrage pourra, dans le cas où l'épouse n'est pas musulmane, échoir à un non-musulman puisqu'il n'existe, dans le texte coranique ci-dessus aucune exception en ce qui concerne l'application de cette règle aux non-musulmans. Les sentences arbitrales seront donc rendues dans ce cas par deux arbitres dont l'un est musulman et l'autre non. Ce courant doctrinal considère, par ailleurs, qu'il n'existe aucun texte qui interdise l'arbitrage d'un non-musulman appartenant à l'une des religions du Livre, alors qu'il existe un texte explicite qui les autorise<sup>1906</sup>.

Selon une autre opinion doctrinale, une exception existe quant à l'islamité de l'arbitre dans le cas d'un arbitrage à l'étranger. Les parties musulmanes résidentes à l'étranger ont le droit de choisir un arbitre non-musulman. Cette doctrine admet cette exception par analogie avec le texte du Coran<sup>1907</sup> qui autorise une personne sur son lit de mort de recourir, pour son testament, à deux témoins musulmans ou non-musulmans, lorsqu'elle réside à l'étranger. Cette exception est admise par le Coran et s'appuie sur la nécessité qui peut être étendue à l'arbitrage se déroulant à l'étranger.

Sans doute, la question de l'islamité de l'arbitre est tranchée dans la doctrine islamique : lorsque les deux parties sont musulmanes, ou l'une d'elles est musulmane, il faut en principe que

---

<sup>1902</sup> Article 8 la norme n° 32 de l'AAIOFI relative à l'arbitrage.

<sup>1903</sup> Alinéa 1 de l'article 11 de la norme n° 32 de l'AAIOFI relative à l'arbitrage.

<sup>1904</sup> Encyclopédie koweïtienne du Fiqh islamique, tome 10, 1995, Matabii' Dar al safwa, Le Koweït, pp. 237-238.

<sup>1905</sup> Le Noble Coran, Sourate les Femmes, verset 35.

<sup>1906</sup> Cette tendance doctrinale a été mentionnée par Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, Paris, 1988, p. 13 et s

<sup>1907</sup> Le Noble Coran, Sourate La Table, verset 106.

l'arbitre soit musulman. Cette exigence s'explique. En effet, le droit musulman impose une règle fondamentale selon laquelle un non-musulman n'a pas d'autorité (Wilayya) sur un musulman. De plus, l'exigence de l'islamité se justifie par la nécessité de l'application correcte de la Charia. Il n'est pas certain qu'un non-musulman puisse assumer convenablement cette mission. En outre, si une partie de la doctrine islamique admet l'arbitrage d'un non-musulman, c'est toujours sur la base de la nécessité. Il s'agit donc d'une exception très restrictive qui se justifie par le besoin impérieux. En tout cas, la sentence rendue doit être conforme à la Charia.

A partir de là, on peut s'interroger sur l'islamité de l'arbitre dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Le principe est que l'arbitre doit être musulman. Cette exigence s'explique par plusieurs considérations. En premier lieu, trancher un litige relatif aux contrats de financement islamique exige en réalité des connaissances approfondies. L'arbitre doit non seulement avoir des connaissances sur les aspects techniques des contrats de financement islamique, mais il doit encore être mieux informé sur les principes et fondements religieux et éthiques de ces contrats, ainsi que sur les finalités de la Charia. Il s'agit en effet d'une activité qui exige une culture juridique particulière qui dépasse très largement la dimension technique étroite. De plus, la sentence arbitrale doit être solidement fondée sur les sources normatives de la Charia pour servir de référence aux institutions financières islamiques. Il nous semble qu'une telle tâche peut être difficilement assurée par un arbitre non-musulman. En second lieu, avec le développement remarquable des modes alternatifs de règlement des litiges, il n'y a plus de nécessité à l'heure actuelle de recourir à un arbitre non-musulman. En effet, la base conventionnelle de l'arbitrage permet aux parties de choisir l'arbitre en toute liberté. A cela s'ajoute l'existence des centres islamiques spécialisés dans l'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique qui dispose de listes d'arbitres ayant de bonnes connaissances en droit musulman. En troisième lieu, la résolution des litiges relatifs à la finance islamique par un arbitre musulman a le mérite d'assurer une légitimité religieuse de la sentence rendue. A cet égard, il ne faut pas oublier qu'on opère ici dans un cadre financier qui puise son principe de légitimité dans une philosophie religieuse particulière qui lui donne sens et essence. On sait que dès qu'il s'agit d'une activité basée sur les croyances religieuses, la question de l'adhésion à ces croyances et valeurs est fondamentale. Enfin, l'exigence de l'islamité de l'arbitre en matière de finance islamique pousse les spécialistes musulmans à développer de manière continue leurs acquis professionnels et techniques pour être à la hauteur de la mission qui leur incombe. Cela aura des conséquences positives sur la rénovation de la pensée juridique et financière islamique qui pourrait contribuer au développement de la pensée juridique universelle.

Telle est donc la solution qui emporte notre préférence. Mais la question qui reste ouverte est la suivante : l'exigence de l'islamité de l'arbitre peut-elle constituer un facteur de perturbation du développement de la finance islamique ? Quelle est son incidence sur le processus d'internationalisation de cette finance ?

Il est bien connu que la finance islamique est devenue aujourd'hui une finance internationalisée dans la mesure où elle n'est pas limitée aux seuls pays musulmans. Elle s'est installée progressivement dans les quatre coins du monde. Elle offre des services qui visent aussi bien les musulmans que les non-musulmans. Dans ce contexte, la question de l'islamité de l'arbitre prend une nouvelle dimension d'autant plus qu'il peut arriver qu'une institution financière islamique entre en relation contractuelle avec une institution non-islamique et qu'un litige naisse de cette relation. On suppose que l'institution non-islamique exige la désignation d'un arbitre non-musulman. On peut s'interroger sur la solution à donner à ce cas de figure. On estime que la solution consiste à essayer de convaincre l'institution non-islamique de désigner un arbitre musulman en vue d'assurer la légitimité religieuse de l'arbitrage envisagé en lui expliquant la particularité des contrats de financement islamique. Si cette tentative n'a pas donné de résultat, l'institution non-islamique sera invitée cette fois-ci à désigner un arbitre non-musulman mais qui a des connaissances approfondies des règles régissant la finance islamique afin d'éviter des sentences contradictoires avec les règles et principes de la Charia. Il faut noter que cette solution est une exception au principe de l'islamité de l'arbitre afin d'assurer l'expansion de l'industrie financière islamique sur le plan international. En tout état de cause, la sentence rendue doit être conforme aux règles et principes de la Charia. En outre, force est de constater que cette hypothèse concerne le cas où tribunal arbitral comporte plusieurs arbitres. Mais si le tribunal arbitral est composé d'un arbitre unique, dans ce cas il faut impérativement que l'arbitre soit musulman afin d'assurer le prononcé d'une sentence conforme aux exigences de la Charia.

S'agissant du genre de l'arbitre, cette question est controversée dans la doctrine islamique classique. La majorité de la doctrine affirme que le juge doit être de sexe masculin. Cette exigence a été étendue à l'arbitre puisque ce dernier doit remplir les mêmes conditions du juge<sup>1908</sup>. Pour fonder son opinion, cette doctrine avance plusieurs arguments. En premier lieu, la justice est une Wilayya Ama (autorité générale). Une femme ne peut pas assumer une Wilayya

---

<sup>1908</sup> C'est l'opinion des écoles Malékite, Chaféite et Hanbalite. L'Imam Malek, *Al Moudana*, 5/49 ; Ibn Qoudamah, *Al Moughni*, 4/12 ; Al Nawwawi, *Raodat al talibiin*, 11/122. Cependant, le Malékite Ibn Al Kassem admet la capacité de la femme à l'exercice de la justice et de l'arbitrage. Voir à cet égard, Mahmoud Al Khaldi, *La capacité de l'arbitre dans la justice islamique* (en arabe), p. 28.

Ama. En second lieu, dans l'exercice de sa mission, le juge est amené à entrer en contact avec des hommes. Or, la femme ne peut pas entrer en contact avec les hommes pour éviter la fitna (le risque de tomber dans le pêché). En troisième lieu, la femme est très sentimentaliste. Il y a donc un risque de rendre des décisions sur la base du sentiment et non sur celle de la raison. Enfin, une partie de cette doctrine se réfère à un hadith du Prophète qui évoque le terme « homme » en parlant des juges : « Les magistrats sont de trois catégories : une catégorie dans le paradis et deux catégories dans l'enfer. Pour ce qui est de la première catégorie, il s'agit d'un homme qui a connu le droit et a jugé ainsi. Tandis qu'il est dans l'enfer, un homme qui a connu le droit et n'a pas jugé conformément à ce droit, et un homme qui a jugé entre les gens sur la base de l'ignorance »<sup>1909</sup>. Ce hadith affirme, selon cette opinion doctrinale, que le juge doit être de sexe masculin<sup>1910</sup>.

A l'inverse, l'école Hanafite n'exige pas que le juge soit un homme<sup>1911</sup>. De ce fait, elle n'exige pas non plus que l'arbitre soit un homme. Cette position s'explique par le fait que les docteurs Hanafites assimilent la justice au témoignage. Et comme le témoignage de la femme est en générale admis, sa nomination en tant que juge ou arbitre est donc possible. Force est néanmoins de constater que la femme ne peut pas assumer la fonction de juge en matière de Houdoud (infractions pénales) et de talion parce qu'elle ne peut pas témoigner dans ces matières<sup>1912</sup>. De plus, l'école Hanafite justifie sa position par le fait que la femme peut exercer l'Ifa. En outre, la justice n'est pas comparable à la Wilayya Ama (autorité générale). C'est pourquoi, une femme peut devenir juge<sup>1913</sup>.

Il faut noter que certains docteurs sont allés encore beaucoup plus loin en acceptant sans aucune restriction la possibilité pour la femme d'être nommée comme juge, à l'instar de l'homme. C'est notamment l'opinion d'Ibn Hazm, d'Ibn Jarir, Al Tabari, Al Hassan Al Bassri<sup>1914</sup>.

A la lumière de cette discussion doctrinale, il est clair que la question de la désignation d'un arbitre-femme est controversée en droit musulman. En effet, il ne s'agit pas d'une règle islamique absolue. Au contraire, nous sommes en présence d'une règle ijthadi qui laisse une

---

<sup>1909</sup> Hadith rapporté par Abo Daoud dans les Sunnan, 4/5.

<sup>1910</sup> Al Mawardi, *al Ahkam Al sultaniyya*, p. 83 ; Al Zarghashi, *Sharh ala moukhtassar al kharki*, 7/243.

<sup>1911</sup> Il est à noter qu'un jurisconsulte Hanafite soutient la thèse majoritaire qui n'accepte pas la capacité de la femme à l'exercice de la justice et de l'arbitrage. Il s'agit de l'opinion défendue par Zoufr. Cité par Al Moussoli, *al ikhtiyar*, 2/84.

<sup>1912</sup> Al Kassani, *Bada'i Al Sanna'i*, 9/86 ; Al Sarkhassi, *Al Mabssout*, 16/111.

<sup>1913</sup> Samira Al-Monajid, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op, cit, p. 112.

<sup>1914</sup> Ibn Hazm, *Al Mouhalla*, 9/429. Pour plus de détails sur cette doctrine, voir Mouhamad Al Zouheili, *L'organisation judiciaire*, op, cit, p. 57 ; Al Sartawi, *L'Arbitrage dans la Charia*, op, cit, p. 48.

large place à la réflexion pour prendre en considération le changement des conditions économiques et sociales de l'époque. De plus, l'arbitrage est une justice conventionnelle qui se fonde sur la volonté des parties. Il n'est pas une autorité générale. A partir de là, nous estimons que rien n'empêche la désignation d'une femme comme arbitre en matière de règlement des litiges relatifs à la finance islamique si elle dispose des connaissances approfondies dans ce domaine et de l'expérience nécessaire pour mener à bien sa mission. S'agissant de la mixité avec les hommes, cela ne constitue pas un obstacle à sa désignation tant qu'elle respecte les exigences de la Charia à cet égard. En outre, force est de constater que la femme a exercé avec succès et distinction dans beaucoup de pays musulmans de hautes responsabilités dans tous les domaines de la vie sociale, professionnelle, scientifique et autre. Tout cela plaide en faveur de la désignation de la femme comme arbitre si elle remplit toutes les conditions nécessaires à une justice professionnelle et équitable. Ce qui aboutit à développer l'industrie financière islamique qui repose sur l'expertise et la moralité de celui qui va régler ses litiges et non sur son genre.

Enfin, le statut de l'arbitre pose également la question de l'ijtihad en tant que condition de celui qui assume la justice en droit musulman. Selon Al Chawkani, « l'ijtihad est l'effort fait par le juriste pour obtenir une disposition islamique pratique par le biais de la déduction des fondements du droit »<sup>1915</sup>. En effet, cette notion désigne la connaissance approfondie des fondements et des branches de la Charia. Cela concerne toutes les prescriptions contenues dans le Coran, le commentaire en général, le texte général et le texte particulier, les versets abrogés et les versets abrogeant, la tradition du Prophète (Sunna) et son authenticité, l'interprétation du Coran et de la Sunna, la connaissance de l'ijma' et les questions faisant l'objet d'un désaccord au sein de la doctrine, l'analogie qui aide à trouver des solutions en cas d'absence de texte dans le Coran, la Sunna ou l'accord unanime<sup>1916</sup>. Il faut noter qu'un moujtahid ne doit pas imiter l'école ou la jurisprudence de son imam ou celles d'autres docteurs ; il doit procéder à son propre jugement notamment en ce qui concerne les nouvelles questions de droit ainsi posées.

En effet, le fait que le juge ou l'arbitre doit être un moujtahid est une question controversée au sein de la doctrine islamique. La majorité de la doctrine exige cette condition<sup>1917</sup>. Pour elle, un imitateur ne peut pas assumer la justice. Cependant, l'école Malékite accepte une telle nomination<sup>1918</sup>. A l'inverse, l'école Hanafite n'exige pas l'ijtihad pour la nomination des

---

<sup>1915</sup> Al Chawkani, *Irchad al fouhoul*, 2/715.

<sup>1916</sup> Al Mawardi, *Adab al kadi*, 2/379 ; du même docteur, *al Ahkam Al sultaniyya*, p. 84 et s.

<sup>1917</sup> C'est l'opinion des écoles Malékite, Chaféite et Hanbalite et quelques juristes Hanafites. Al Nawwawi, *Raodat al talibiin*, 11/122 ; Al Zarghashi, *Sharh ala moukhtassar al kharki*, 7/238.

<sup>1918</sup> Al Dardir, *Charh al saghir*, 4/98.

juges même s'il s'agit d'une qualité préférable. Cela se justifie par le fait que la justice vise à trancher les litiges entre les gens. Cette finalité peut être atteinte par un juge imitateur qui doit connaître les fondements de la Charia<sup>1919</sup>.

Il est vrai que la désignation d'un arbitre-moujtahid est très utile pour l'efficacité de l'arbitrage afin que la sentence ne soit pas prononcée contrairement à l'ordre public musulman. Mais cette qualité ne peut pas être obligatoire car à l'heure actuelle le nombre des personnes réalisant les conditions anciennes de l'ijtihad est assez limité. Comme l'indique Abdelssattar Khouildi, « en effet, le juge encyclopédique des premiers siècles de l'histoire du droit musulman est quasi inexistant. A la polyvalence qui a marqué la formation des premiers jurisconsultes musulmans, a succédé la spécialité qui a fait ses preuves. Devant des compétences qui se complètent, les *fatwas* modernes sont prononcées par des instances collectives que sont les Académies du Fiqh et les Comités de la Charia dans les institutions financières islamiques »<sup>1920</sup>.

Dans ce contexte, il est aujourd'hui devenu tellement difficile de trouver un arbitre-moujtahid afin d'assurer le règlement des litiges relatifs à la finance islamique. De ce fait, exiger l'ijtihad comme condition de l'arbitre conduirait, d'une part, au ralentissement du processus de la résolution des litiges, et d'autre part, à la perturbation du développement de la finance islamique qui a besoin d'un mode rapide de règlement des litiges. Par conséquent, on estime que l'arbitre doit au moins connaître le domaine de la finance islamique ainsi que toutes les questions relatives au contrat objet du litige. Cela permet le prononcé d'une sentence conforme à la Charia. Mais en tout état de cause, il est préférable de désigner le plus apte dans le domaine de la science, de la religion, de la pitié, de la justice, de la doctrine. Car ces qualités garantissent une résolution du litige qui se base sur la Charia, la justice, l'équité et le savoir.

A la lumière de ce qui précède, la refondation du statut de l'arbitre passe par la nécessité de revoir ses conditions pour prendre en considération les transformations contemporaines et les besoins de la finance islamique moderne tout en restant dans le cadre de la Charia. Cela contribue à développer l'industrie financière islamique qui est devenue une finance internationalisée qui implique un mode de règlement des litiges adapté et efficace.

---

<sup>1919</sup> Al Kassani, *Bada'i Al Sanna'i*, 9/86.

<sup>1920</sup> Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », op, cit, p. 49.

## **B)- Un projet pour un arbitre qualifié en matière de finance islamique**

Le développement remarquable de l'industrie financière islamique au cours de ces dernières années ne s'est, malheureusement, pas accompagné d'un développement comparable au niveau de l'arbitre, et cela en dépit de son importance dans la résolution des litiges relatifs à ce secteur d'activité. Ce phénomène tient principalement à plusieurs facteurs. En premier lieu, les institutions financières islamiques ne se sont pas suffisamment préoccupées de l'arbitrage en général et de l'arbitre en particulier. Cela s'explique par la faible culture arbitrale chez les opérateurs de la finance islamique.

En second lieu, le nombre de spécialistes et de savants compétents dans le domaine de l'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique est limité, en dépit du développement récent des centres islamiques d'arbitrage. Ceux-ci seront confrontés aux défis de l'expansion de l'industrie financière islamique et la tendance vers l'arbitrage pour assurer la résolution des litiges. En effet, cette problématique est due au fait que la finance islamique est une activité très technique qui se base sur la religion, l'arbitre qui va trancher ses litiges devant avoir des connaissances particulières dans les trois domaines islamique, juridique et financier. Or, il est très difficile de trouver actuellement une personne qui maîtrise tous ces aspects.

En troisième lieu, l'insuffisance des efforts visant à former des arbitres compétents dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Ce constat heurte la logique des choses : le développement de la finance devrait normalement générer un développement comparable au niveau de la formation des personnes qui assurent la résolution des litiges pouvant naître de cette activité. A ce titre, on constate la faible préoccupation des Etats et des opérateurs de la finance islamique pour la création des structures dont l'objet est de former, de développer, de préparer des arbitres compétents en matière de finance islamique. Cela tient essentiellement au manque de coopération à ce sujet entre les institutions financières islamiques entre elles et entre ces dernières et les Etats.

Pour assurer le développement de la finance islamique, son rayonnement international, le respect de son essence, et réaliser ses objectifs, il est nécessaire de réfléchir sur la question de la préparation des arbitres en matière de finance islamique. L'objectif consiste à proposer une architecture institutionnelle, organisationnelle et professionnelle qui permet de mettre en place un système d'arbitrage cohérent, rationnel, solide et efficace qui pourrait prendre en considération la singularité des activités financières islamiques ainsi que répondre aux transformations rapides

qui affectent ce secteur. Afin de réaliser cet objectif, notre projet passe par plusieurs étapes progressives qui résident dans les mesures suivantes.

- Réforme des programmes de l'enseignement. En effet, l'enseignement, l'éducation et l'instruction jouent un rôle primordial dans notre projet. Ils constituent en quelque sorte la base de l'édifice à bâtir. De toute façon, la réforme éducative suggérée implique la collaboration harmonieuse et cohérente du secteur public et du secteur privé, de l'Etat et des institutions islamiques. Chaque acteur doit assumer sa responsabilité. Dans cette optique, il est nécessaire de réformer les programmes de l'enseignement primaire pour y introduire une matière qui expose de façon simple et très claire les grands principes de l'islam en matière économique et financière. Ces principes seront approfondis progressivement durant le collège et le lycée. Au niveau universitaire, les choses sont un peu différentes car les étudiants se spécialisent dans un domaine précis. Ici, trois champs de connaissances nous intéressent tout particulièrement : la Charia, le droit et l'économie. Il est fortement recommandé d'introduire dans ces trois facultés un enseignement optionnel de l'arbitrage et de la finance islamique. Au niveau encore plus supérieur, il est nécessaire de mettre en place un programme spécifique (Master) en matière de finance islamique qui s'intéresse à toutes les problématiques juridiques de ce secteur, notamment en ce qui concerne la question du règlement des litiges. En doctorat, on invite les universités à adopter deux perspectives : d'une part, préparer des programmes en matière de finance islamique et ses problèmes juridiques ; d'autre part, orienter les étudiants vers la finance islamique pour mener des recherches approfondies en proposant des financements. En outre, l'université doit tirer profit de ces travaux de recherche pour diffuser la culture de la finance islamique au sein de la société en assurant leur publication et en facilitant leur accès pour le grand public. Dans le même sens, elle doit publier des études, organiser des conférences, colloques, journées d'étude, tables rondes sur les questions relatives à l'industrie financière islamique. Cela permet de former les spécialistes ; de renforcer la collaboration entre ceux qui s'intéressent à la finance islamique ; de répandre la culture juridique islamique ; de favoriser le développement de la finance islamique ; de résoudre ses problèmes ; etc.
- La création des Instituts spécialisés en matière de finance islamique au niveau national, régional et international. Le statut de l'Institut dépendra des modalités de sa création (gouvernementale ou privée). En tout cas, l'Institut doit comporter trois domaines de connaissances : la Charia, le droit, l'économie et la finance islamique et conventionnelle.

L'enseignement doit y être assuré par des professeurs très expérimentés et par plusieurs langues. En outre, une double coopération doit être garantie : au niveau théorique ou académique, l'Institut doit tisser des solides relations avec les universités. Au niveau pratique, il doit être en contact de manière permanente avec les institutions financières islamiques. Tout cela permet de répondre aux besoins de la finance islamique à travers la formation des spécialistes compétents dans les trois domaines : Charia, droit et finance. En effet, le diplôme délivré par ces Instituts de financement islamique, s'il est très utile dans le secteur de la finance islamique en général, facilite particulièrement l'intégration dans les Instituts qui seront mis en place pour former des arbitres compétents dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique.

- La mise en place des Instituts spécialisés en matière de formation des arbitres compétents dans le règlement des litiges de financement islamique. Ceux-ci assurent l'enseignement de toutes les matières nécessaires à une justice arbitrale efficace et pratique en matière de finance islamique (théorie et pratique de l'arbitrage en droit musulman, en droit moderne, procédure de l'arbitrage, le droit applicable, déontologie de l'arbitre, etc.). Cela contribue efficacement à préparer des arbitres aptes à trancher des litiges relatifs à la finance islamique selon les règles et principes de la Charia. Il faut noter que ces Instituts doivent proposer des formations professionnelles continues aux futurs diplômés pour garantir leur aptitude à l'exercice de l'arbitrage de manière professionnelle. Ces formations permettent l'adaptation permanente des arbitres aux transformations qui affectent le secteur de la finance islamique. De plus, ils doivent également jouer un rôle important dans la diffusion de la culture arbitrale dans la société en collaborant avec tous les acteurs concernés et en organisant toutes les activités bénéfiques dans ce domaine. En outre, ils doivent tirer profit de la technologie moderne, notamment des moyens de communication récents (par exemple, création d'un canal sur Youtube, mise en place d'une page sur facebook, ouvrir un compte sur twitter, etc.). Force est de noter l'importance des programmes, des émissions, des entretiens, des débats qui peuvent être organisés sur la télévision et la radio.
- Il faut préparer des arbitres-moujtahid qui ne s'appuient pas seulement sur les écrits des juristes musulmans classiques. Dans cette optique, ils doivent étudier de manière approfondie les fondements et branches du fiqh ainsi que les finalités de la Charia pour pouvoir proposer des solutions adaptées aux litiges relatifs à la finance islamique. En effet, cette exigence est d'autant plus nécessaire que les litiges de financement islamique sont dans la plupart des cas complexes et exigent de l'arbitre une capacité à exercer

l'ijtihad (effort d'interprétation). En outre, les activités financières islamiques se développent continûment et l'on assiste à l'apparition de nouveaux produits qui doivent être prises en compte du point de vue de la Charia. Dans ce contexte, l'accent est mis sur la nécessité de la formation des arbitres aptes à l'exercice du raisonnement indépendant dans le cadre de la Charia.

- Outre ses connaissances religieuses et techniques en matière de contrats de financement islamique, l'arbitre doit aussi être de bonne moralité étant donné qu'il est appelé à régler des litiges relatifs à un secteur d'activité reposant sur la religion. Dans ce cadre, il doit être verdict, honnête, sincère, impartial, indépendant, juste, équitable, etc. Ces qualités renforcent en réalité la confiance dans la sentence rendue et confortent sa légitimité.
- Parmi les moyens de formation des arbitres en matière de finance islamique, on suggère également l'organisation par les centres d'arbitrage islamique, en collaboration avec les acteurs de ce secteur, des compétitions entre les jeunes arbitres. Dans le cadre de celles-ci, les candidats seront amenés à trancher des litiges artificiels relatifs aux contrats de financement islamique. Cela leur permet d'appréhender la réalité des litiges relatifs à la finance islamique et de développer chez eux l'esprit pratique.
- Afin d'assurer une justice arbitrale efficace, légitime et cohérente qui prenne en considération les différents aspects du contrat de financement islamique, il convient de distinguer entre deux hypothèses. La première hypothèse concerne un tribunal arbitral composé de plusieurs arbitres. Ici, la désignation de ceux-ci doit tenir compte la Charia, le droit et la finance islamique. C'est pourquoi, le tribunal arbitral doit être composé d'un spécialiste de la Charia, d'un juriste et d'un spécialiste de la finance islamique. La seconde hypothèse concerne un tribunal arbitral composé d'un arbitre unique. Ici, il faut désigner un arbitre qui maîtrise les trois champs de connaissance mentionnés ci-dessus afin d'assurer un règlement correct du litige.

Toutes ces mesures proposées plus haut contribuent à former des arbitres qualifiés et aptes à trancher les litiges relatifs à la finance islamique de manière convenable et respectueuse des règles, principes et finalités de la Charia. L'existence de ces arbitres est une exigence fondamentale pour le développement de l'industrie financière islamique afin que celle-ci reste conforme à sa philosophie et ses finalités. Dans ce cadre, la responsabilité des institutions financières islamiques et des centres d'arbitrage islamique est importante dans la formation professionnelle continue des arbitres pour que ceux-ci demeurent à la hauteur de leur mission. Il

s'agit en réalité d'une grande tâche qui nécessite un travail collectif et harmonieux pour atteindre les objectifs recherchés.

### **§3. La problématique du droit applicable**

L'entrée dans un environnement financier trouvant ses sources d'inspiration et ses solutions techniques dans les règles et principes de la religion musulmane implique logiquement et naturellement le choix de la Charia en tant que droit applicable aux litiges pouvant naître de cette activité. Compte tenu de son caractère éternel et de sa vocation à régir la vie des hommes et des sociétés en tout temps et en tout lieu, la Charia se caractérise par sa souplesse. Celle-ci se manifeste par la mise en place des principes généraux en laissant les règles détaillées à s'adapter aux circonstances dans le cadre des principes et finalités de la Charia. Cela donne lieu à une vaste et très riche littérature juridique, à l'émergence de nombreuses écoles de pensée, à la multiplicité des opinions et des ijthadat. Un véritable océan jurisprudentiel a ainsi vu le jour en terre d'islam ; celui-ci constitue, à vrai dire, l'héritage juridique commun des peuples musulmans qui contribuent à leur rapprochement malgré leur diversité géographique, politique, nationale.

Dans ce contexte, la survenance d'un litige relatif à la finance islamique suppose l'application de la Charia. Cette application trouve un fondement solide dans le fait que les droits modernes de l'arbitrage reconnaissent aux parties la liberté de déterminer le droit applicable au litige devant être tranché par les arbitres. En effet, le principe généralement admis est formulé de la manière suivante : l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies. Plus encore, les parties peuvent, dès lors qu'elles choisissent de recourir à l'arbitrage pour régler les différends pouvant naître de leurs contrats de financement islamique, soumettre ceux-ci à des règles non étatiques.

Dans ces conditions, se pose la question de l'identification de la Charia en tant que droit applicable au litige. En réalité, le concept de Charia soulève des interrogations étant donné la très grande diversité des écoles, des pensées, des interprétations. La question qui se pose est celle de savoir quelles règles de la Charia vont s'appliquer au litige en cause. En effet, cette question incite les juristes du monde musulman contemporain à réfléchir sur les méthodes adéquates permettant l'application correcte et sûre de la Charia dans les rapports sociaux et économiques modernes. A notre sens, cette problématique du droit applicable peut trouver un début de

solution dans la notion de codification. En réalité, cette notion peut très largement faciliter l'application de la Charia dans les sociétés modernes. Par le biais de cette technique, la règle juridique islamique devient ainsi plus claire, plus accessible, plus prévisible, et facilement consultable. Dans ces conditions, l'étude de la codification revêt une très grande importance notamment dans le domaine du règlement des litiges relatifs à la finance islamique. C'est pourquoi, on examinera l'intérêt de la codification (A), avant d'évoquer sa réalisation dans l'espace juridique islamique (B).

### **A)- L'intérêt de la codification dans le domaine de la finance islamique**

Il convient d'abord de préciser le sens des mots code et codification. Si l'on se réfère aux dictionnaires généraux du droit français, on trouve quatre sens du mot « code » : « 1) Recueil de lois, de textes ayant force de loi. 2) Décret ou loi étendue réglant un domaine particulier. 3) Ensemble de règles, de préceptes, de prescriptions. 4) Système ou recueil de Conventions constituant un ensemble de signes »<sup>1921</sup>. Dans les lexiques juridiques, le code est qualifié de : « 1) Corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu, soit de travaux législatifs (Code civil, code pénal), soit d'une élaboration réglementaire (Nouveau code de procédure civile), soit d'une codification formelle (par décret) de textes préexistants et reclassés selon leur origine. 2) Ensemble de règles coutumières, non écrites considérées, en une matière comme essentielle. 3) Nom donné à des compilations de textes publiées par un éditeur. 4) Anciens recueils ou compilation de lois ». En ce qui concerne la signification du mot codification, on constate qu'elle désigne à la fois « l'action de codifier » et le « résultat de cette action »<sup>1922</sup>.

En langue arabe, les mots « *kanana, yokanino, takninan* » désignent le fait de poser des *kanoun*, lois, normes<sup>1923</sup>. Le mot « *taknin* » désigne l'une de ces deux significations : 1. Le travail législatif officiel visant le rassemblement des règles juridiques relatives à une discipline juridique cohérente dans un recueil unique après leur classement, numérotation et leur

---

<sup>1921</sup> V. Codification, Petit Robert.

<sup>1922</sup> V code, Petit Robert ou encore Vocabulaire juridique (direction G. Cornu), Association Henri Capitant, 4<sup>ème</sup> édition, PUF, 2003, cité par Armelle Bodénès-Constantin, *La codification du droit international privé français*, Editions Defrénois, 2005, p. 12.

<sup>1923</sup> Dictionnaire *Al Wassit*, tome 2, p. 769.

purification des contradictions. 2. Le recueil officiel qui comporte une branche juridique cohérente<sup>1924</sup>.

En France, comme le rappelle Jacques Vanderlinden<sup>1925</sup>, les historiens du droit se partagent, au sujet de la définition des concepts de code et de codification, trois principaux points de vue. Le premier consiste à ne reconnaître comme code que les ouvrages ayant reçu sanction de loi par le législateur, c'est-à-dire les codes publics. Le deuxième restreint le phénomène de la codification à ses manifestations les plus récentes. Selon cette conception, le code est né de l'esprit rationaliste du XVII<sup>ème</sup> siècle. Les « vrais codes » sont caractérisés par leur ambition de fusionner en un ensemble toutes les sources formelles relatives à une matière. Le troisième, enfin, ne dépasse pas le cadre terminologique. Il refuse de percevoir la codification avant sa manifestation par l'emploi d'un terme dérivé de la racine « *cod* »<sup>1926</sup>.

En réalité, pendant une longue période de l'histoire, le code apparaît comme un instrument à la portée du citoyen pour lui permettre d'accéder au droit. Il s'agit d'un outil au service de la connaissance du droit. Depuis l'époque romaine jusqu'au 18<sup>ème</sup> siècle, la signification du terme code n'a pas changé. Il apparaît comme un instrument privé, purement fonctionnel, portant sur une seule source du droit, la loi. En essayant de rassembler l'ensemble des lois pour en assurer la diffusion auprès de l'utilisateur, le code de cette époque s'affirme en effet comme une technique permettant d'éviter les anomalies dans la production du droit<sup>1927</sup>. Sa fonction reste technique et limitée par son objet.

Mais à partir du 18<sup>ème</sup> siècle, la signification du code allait connaître une transformation intéressante. En effet, le développement de l'édition va fournir un nouvel outil à ceux qui désirent rendre les sources du droit plus accessibles. Certains codes de cette époque ne se contentent plus de recueillir les ordonnances royales mais s'étendent à la coutume et à la jurisprudence. Dans ces conditions, le code n'a plus comme finalité de rendre accessible une source du droit, la loi, mais toute source du droit. On passe d'un recueil de loi à un recueil de droit. Plus tard, sous l'influence des philosophes du droit, l'Etat va s'approprier le concept de code. Ce dernier va alors cesser d'être perçu comme un simple instrument de connaissance juridique pour servir plus largement les finalités du droit. Autrement dit, désormais, le code n'est

---

<sup>1924</sup> Ibrahim Abo Alel et Mohammad Alalfi, *Introduction à la théorie du droit et du juste* (en arabe), 1986, p. 10.

<sup>1925</sup> Jacques Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup>, Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques, Editions de l'institut de sociologie, Université de Bruxelles, 1967.*

<sup>1926</sup> Sur cette question, voir Armelle Bodénès-Constantin, *La codification du droit international privé français*, op. cit, p. 27 et s.

<sup>1927</sup> Frédéric Zenati, « Les notions de code et de codification » in Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, p. 229.

plus seulement un outil au service de la pratique mais il exprime aussi une véritable façon de penser le droit à travers la codification<sup>1928</sup>.

A l'heure actuelle, le code demeure la source première du droit dans la plupart des systèmes juridiques contemporains. Il est la référence centrale des normes par excellence et l'un des instruments de travail privilégié du juriste contemporain. Plus significativement, la longévité des codes de certains pays souligne l'importance, la stabilité et la valeur de la notion<sup>1929</sup>.

Dans ce contexte, on peut s'interroger sur la position de la Charia vis-à-vis de la codification<sup>1930</sup> et la place de ce dernier concept dans l'industrie financière islamique, notamment dans la résolution des litiges relatifs à ce secteur d'activité. En effet, la question de la codification de la Charia n'est pas nouvelle, elle a été débattue depuis longtemps. La codification de la Charia a été définie comme « la recension des préceptes de la Charia relatifs à des matières variées sous forme d'articles numérotés. Cette opération consiste, dans une matière donnée, à retenir un seul jugement tiré des avis des jurisconsultes musulmans, afin que le juge puisse aisément connaître le jugement choisi et l'appliquer aux litiges à l'exclusion des autres avis »<sup>1931</sup>. D'autres définitions existent. Selon Youssef Al Karadawi, la codification de la Charia signifie « la formulation de ses préceptes sous forme d'articles juridiques classés et numérotés à l'instar des lois modernes, afin qu'ils soient une référence simple et déterminée facilitant l'accès aux juges, aux avocats, aux citoyens »<sup>1932</sup>. Pour Abdel Hamid Al Baali, la codification de la Charia est « la formulation technique des règles fiqhi déduites dans les différents domaines sous forme

---

<sup>1928</sup> Voir à ce sujet, Armelle Bodénès-Constantin, *La codification du droit international privé français*, op, cit, p. 29 et s ; M. Meisner, *Essai sur le concept de codification*, Mémoire de DEA, 1989 ; Bruno Oppetit, *Essai sur la codification*, PUF, 1998.

<sup>1929</sup> Roxana Albastroiu, Les concepts de code et de codification, [http://cis01.central.ucv.ro/revista\\_scol/site\\_ro/2012/lexicologie/albastroiu.pdf](http://cis01.central.ucv.ro/revista_scol/site_ro/2012/lexicologie/albastroiu.pdf)

<sup>1930</sup> Sur la codification du droit musulman, voir Fadhel Moussa, « La codification du droit musulman », <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/moussa.htm>. ; Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutation des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Karthala, Paris, 1993 ; Mohieddine Amzazi, *Essai sur le système pénal marocain*, <http://books.openedition.org/cjb/384>. ; Léon Buskens et Baudouin Dupret, « L'invention du droit musulman. Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique », <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00835164> ; Jean-Paul Bras, « Des métamorphoses de la charia », in Baudouin Dupret (sous la direction de), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Editions La Découverte, Paris, 2012, p. 284 ; Jean-Robert Henri, « Droit musulman et structure d'Etat moderne en Algérie : l'héritage colonial », in Ernest Gellner et Jean-Claude Vatin (sous la direction de), *Islam et politique au Maghreb*, CNRS, Paris, 1981, p. 306 ; Ali Issa, *Islam et Droit constitutionnel en Egypte, en Syrie et au Maroc : étude comparée*, Thèse de droit, Université de Lorraine, 2015.

<sup>1931</sup> Abdel Rahman Al Sabouni, Khalifa Ba Bakr, Mahmoud Tantawi, *Introduction au Fiqh et histoire de la législation islamique* (en arabe), 1982, p. 365.

<sup>1932</sup> Youssef Al Karadawi, *Introduction à l'étude de la Charia* (en arabe), op, cit, p. 291.

d'articles juridiques qui obligent leurs destinataires »<sup>1933</sup>. L'auteur ajoute que la codification de la Charia implique la combinaison de plusieurs spécialités techniques : la doctrine (Fiqh), la justice (jurisprudence), les spécialistes de la codification. Cela permet à la codification de réaliser ses finalités qui consistent à formuler les règles juridiques du Fiqh sous forme juridique moderne accessible à tous, ce qui aboutit à ce que les codes islamiques se substituent aux codes séculiers<sup>1934</sup>. Enfin, Abdel Rahman Alkassem estime que la codification de la Charia selon les techniques modernes facilite la compréhension des règles juridiques islamiques et leur diffusion au sein de la société et évite la recherche dans des sources variées et dispersées. Ce dernier point revêt une importance particulière à une époque où le règlement rapide des litiges constitue une nécessité et une exigence sociale<sup>1935</sup>.

Il faut noter que la codification de la Charia est controversée dans la doctrine islamique. A ce titre, deux thèses s'opposent : les adversaires de la codification et ses partisans. Les adversaires de la codification avancent les arguments suivants : en premier lieu, cette codification de la Charia a pour effet de perturber le mouvement de l'ijtihad et de la recherche scientifique, ce qui empêche le développement des règles de la Charia en vue de répondre aux besoins évolutifs de la vie sociale<sup>1936</sup>. En second lieu, obliger les gens à suivre une seule opinion conduit à la réduction des possibilités offertes par la Charia qui comporte des solutions assez diverses<sup>1937</sup>. De plus, la plupart des jurisconsultes musulmans considèrent qu'il n'est pas permis de se limiter à une seule école juridique, car le juge doit chercher la justice (*al hak*). Or, il n'est pas certain que la justice se trouve dans une école donnée<sup>1938</sup>. En troisième lieu, l'applicabilité de la Charia n'est pas conditionnée par sa codification sous forme d'articles à l'instar des lois modernes<sup>1939</sup>. En quatrième lieu, la codification de la Charia a pour effet de couper le lien entre le juge et les sources normatives islamiques. C'est pourquoi, le droit musulman classique exige que le juge soit un moujtahid afin qu'il puisse chercher les règles directement des fondements de la Charia<sup>1940</sup>.

---

<sup>1933</sup> Abdel Hamid Al Baali, *Projet de codification des préceptes du Fiqh des transactions financières contemporaines*, Al Diwan Al Amiri, Le Koweït, 2011, p. 30.

<sup>1934</sup> Ibid.

<sup>1935</sup> Abdel Rahman Alkassem, *L'islam et la codification des préceptes* (en arabe), 1977, p. 131.

<sup>1936</sup> Wahba Al Zouhaili, *Les efforts de la codification du Fiqh islamique* (en arabe), 1987, p. 28.

<sup>1937</sup> Hamza Fouda, « Est-ce que la Charia a besoin d'une nouvelle codification ? », *Journal Al Bilad*, 23 décembre 1985.

<sup>1938</sup> Ibn Qoudama, *Al Moughni*, 11/483.

<sup>1939</sup> Mohammad Abdel Jawad, *Comment le monde s'est éloigné de la Charia et comment il peut y revenir ?*, in *Recherches dans la Charia et le droit*, tome 2, Le Caire, 1977, p. 79 et s.

<sup>1940</sup> Voir à ce sujet, Mohammad Alalfi, *Les tentatives de codification du Fiqh islamique* (en arabe), 1994, p. 117.

A l'inverse, les partisans de la codification de la Charia s'appuient sur les arguments suivants. Le titulaire de l'autorité peut obliger le juge à trancher les litiges conformément à une école juridique donnée. Cette opinion est défendue par certains auteurs classiques. Dans cette optique, Ibn Abdin affirme que « Si le juge a jugé conformément à une option différente de la sienne, ce jugement est valable sauf si le Sultan a imposé au juge de juger selon une école déterminée »<sup>1941</sup>. Selon Ibn Farhoun, dans le domaine de l'arbitrage, si l'arbitre était un moujtahid et les parties appartiennent à l'école Malékite, l'arbitre est tenu de juger selon les enseignements de l'école Malékite, sinon sa sentence est nulle<sup>1942</sup>. De même, selon Al Mawrdi, certains jurisconsultes ont interdit au juge de juger selon les enseignements d'une autre école que la sienne<sup>1943</sup>. D'après Al Bouhouti, le *Ami* (celui qui n'a pas de connaissances profondes en droit musulman) doit respecter les enseignements d'une école particulière<sup>1944</sup>. Les partisans de la codification de la Charia soulignent la tradition juridique suivie par l'Empire Ottoman. En effet, le juge, à l'époque ottomane, était obligé de trancher les litiges conformément à l'école Hanafite, et cela jusqu'à l'apparition de la Mejjelle qui est une codification du droit Hanafite<sup>1945</sup>.

Aussi, une partie de la doctrine islamique moderne soutient l'idée de la mise en place d'une codification tirée des différentes écoles juridiques islamiques qui s'impose aussi bien au juge qu'aux justiciables. Dans cette perspective, Abo Zahra souligne que « La mise en place d'une codification issue de la Charia n'est pas seulement justifiée mais c'est une obligation inéluctable. Car le vide dans ce domaine risque d'aboutir à l'application des lois séculières détachées des principes et règles de la religion musulmane »<sup>1946</sup>. Pour Hassanin Makhoul, il n'est pas douteux que la soumission des juges à des règles tirées des écoles islamiques fondées sur les principales sources du droit islamique et formulées de manière cohérente et claire, est une garantie efficace pour le bon déroulement de la justice. Si elle rassure les justiciables, cette garantie facilite également la mission des juges. Il s'agit donc d'un intérêt apparent qui exige l'adoption de la technique de codification<sup>1947</sup>. Selon Ali Khafif, si le titulaire de l'autorité a le droit de choisir parmi les solutions proposées par les écoles islamiques celle qui réalise au mieux

<sup>1941</sup> Ibn Abdin, *Rad al mouhtar*, 3/692.

<sup>1942</sup> Ibn Farhoun, *Tabssirat al houkam*, 1/57.

<sup>1943</sup> Al Mawrdi, *Al Ahkam al sultaniyya*, p. 67.

<sup>1944</sup> Al Bouhouti, *Kachaf Al Kinaa*, 6/307.

<sup>1945</sup> Samira Al-Monajid, *L'arbitrage islamique dans un système non islamique*, op, cit, p. 203.

<sup>1946</sup> Mouhammad Abo Zahra, *Le délit et la peine en Fiqh islamique* (en arabe), 1998, p. 84.

<sup>1947</sup> Cité par Mohammad Abdelbar, *La codification du Fiqh islamique* (en arabe), 1986, p. 286.

l'intérêt, cette possibilité peut, à plus forte raison, être confiée à un Comité composé de jurisconsultes connaisseurs de la Charia<sup>1948</sup>.

Quant à la question de l'obligation par une école juridique déterminée, Abdel Hamid Al Baali considère que la réalité de cette obligation n'est pas la limitation à une école juridique donnée. Mais il s'agit de choisir parmi les différentes opinions qui se trouvent dans les diverses écoles l'opinion qui bénéficie d'une très grande validité du point de vue de la charia et qui réalise l'intérêt légitime du point de vue pratique. La codification doit donc s'effectuer sur ce fondement, sinon elle sort de son objectif et de ses finalités<sup>1949</sup>. Autrement dit, la codification dont il est question ici se démarque nettement de la soumission à une doctrine particulière. Elle se caractérise par le fait qu'elle repose sur les fondements de la Charia et vise à opter pour l'avis qui se base sur les arguments les plus solides du point de vue de la religion islamique<sup>1950</sup>.

A l'heure actuelle, la question de l'application de la Charia constitue une préoccupation majeure de la pensée juridique et religieuse islamique. Cela tient au fait que l'immense majorité des pays arabo-musulmans appliquent des règles juridiques détachées des sources normatives islamiques. Dans ce contexte, les individus et les institutions rencontrent des difficultés pour la mise en œuvre de la Charia. De plus, le juge étatique écarte l'application de cette dernière sous prétexte qu'elle est peu claire et que ses règles sont inaccessibles en raison de l'absence de codification. C'est pourquoi, le thème de la codification est intimement lié à celui de l'application de la Charia. En effet, la codification constitue une garantie pour la mise en œuvre de la Charia. Cette technique mérite d'être adoptée de manière urgente et cohérente afin de mettre en place des codes tirés de la Charia et répondant aux exigences de la vie moderne, notamment dans le domaine de la finance.

En réalité, la codification des règles de la Charia présente de nombreux avantages.

En premier lieu, la codification des règles de la Charia garantit la mise en œuvre effective, pratique et impérative de ces dernières. En second lieu, la codification est un instrument facilitant la connaissance des règles de la Charia aussi bien par les musulmans que par les non-musulmans. En troisième lieu, cette codification de la Charia participe au développement des relations internationales en permettant aux sociétés musulmanes de s'ouvrir aux autres pays

---

<sup>1948</sup> Cité par Abdel Rahman Alkassam, *L'islam et la codification des préceptes* (en arabe), op, cit, p. 23.

<sup>1949</sup> Abdel Hamid Al Baali, *Projet de codification des préceptes du Fiqh des transactions financières contemporaines*, op, cit, pp. 65-66.

<sup>1950</sup> Abdel Nasser Abo Bassl, *La théorie du jugement judiciaire dans la Charia et le droit* (en arabe), 2000, pp. 289 et s.

et d'assurer la prise en compte de la Charia par les tribunaux des pays non-musulmans. En quatrième lieu, parce qu'elle assure l'application de la Charia dans tous les domaines de la vie (ce qui revient à promouvoir les principes de justice, d'égalité, de liberté, de responsabilité, etc.), sa codification de la Charia apparaît comme un instrument de développement des pays islamiques. De plus, l'entreprise de codification conduit à une renaissance du droit islamique dans la mesure où cette opération sera précédée et accompagnée des études juridiques et des travaux de recherche approfondis sur l'histoire, les fondements, les méthodes, les branches de ce droit. En cinquième lieu, la codification de la Charia permet d'étudier cette dernière à la lumière du droit comparé, ce qui revient à réaliser l'indépendance juridique des pays musulmans. En sixième lieu, la codification facilite la connaissance des règles islamiques pour tous les juges, les justiciables, les avocats, les citoyens. Cet aspect revêt une importance particulière en matière de finance islamique puisque les règles relatives à cette matière sont très techniques et dispersées dans les ouvrages de Fiqh. Les codifier sous une forme moderne permet aux opérateurs de la finance islamique de les identifier aisément et par conséquent de sécuriser leurs opérations financières. Plus encore, avec la codification, l'ijtihad consiste à adapter les règles codifiées aux faits complexes et aux changements qui interviennent dans ce secteur. En septième lieu, la codification permet aux individus, quelle que soit leur culture, de fonder leurs relations juridiques sur les préceptes islamiques inscrits dans les codifications. En huitième lieu, la codification assure l'unification des normes juridiques applicables et les solutions adoptées par les tribunaux dans les litiges semblables.

Au regard de l'ensemble de ces avantages et vertus de la codification, notamment dans le domaine de la finance islamique, on estime qu'il est indispensable d'adopter cette technique afin de permettre l'application de la Charia. En effet, la codification revêt encore une importance toute particulière avec le développement potentiel de l'arbitrage en tant que mode privilégié de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. On sait bien que les parties ont toute liberté de choisir le droit applicable à la procédure comme au fond du litige. Dans cette perspective, la mise en forme claire et cohérente des règles de la Charia constitue une véritable garantie pour les parties leur permettant de soumettre le litige à la loi islamique. Mais toute la question qui se pose est de savoir comment assurer une codification efficace, cohérente et contemporaine de la Charia et selon quelles méthodes cette codification doit s'effectuer.

## **B)- Les mécanismes proposés pour la codification de la Charia en matière de finance islamique**

Le développement spectaculaire de la finance islamique et son expansion internationale ont fait de cette finance une véritable industrie fondée sur des principes et règles qui lui sont propres. En effet, ce secteur occupe aujourd'hui une place importante dans le monde financier universel. Cette institutionnalisation moderne de l'industrie financière islamique pose logiquement la question de la reformulation des règles islamiques, notamment les règles applicables dans le domaine de la résolution des litiges relatifs aux contrats de financement islamique. Une telle reformulation passe naturellement par la codification du droit islamique financier. Dans cette optique, plusieurs perspectives peuvent être envisagées pour permettre aux parties et aux arbitres de choisir la Charia comme droit applicable aux litiges liés à la finance islamique.

La première méthode consiste à codifier les règles juridiques relatives à la finance qui se trouvent dans les quatre grandes écoles islamiques. Ici, la codification repose sur l'avis prévalent (Ra'i Rajih) dans chaque école. Avec cette technique, on aura quatre codifications, chaque codification correspondant à une école et rassemblant les avis prédominants sur les matières codifiées. Il en résulte ainsi un code des transactions financières islamiques selon l'école Hanafite, un code selon l'école Malékite, un code selon l'école Chaféite et un code selon l'école Hanbalite. Il faut noter que l'avis prédominant n'est pas toujours adapté au contexte contemporain. C'est pourquoi, il est vivement conseillé qu'une note explicative accompagnant chaque code mentionne les autres avis juridiques (qui sont minoritaires au sein des écoles) si ces avis sont plus compatibles avec les besoins actuels. En effet, cette technique codificatrice, c'est-à-dire l'élaboration des quatre codes correspondant aux principales doctrines islamiques donne aux opérateurs de la finance islamique et aux arbitres une très grande latitude quant au choix du droit applicable au litige en leur permettant de choisir la codification basée sur l'école à laquelle ils appartiennent. Cette faculté revêt une importance pratique certaine dans la mesure où les sociétés musulmanes actuelles adhèrent à des écoles islamiques diversifiées.

La deuxième technique revient à élaborer un seul code qui s'appuie sur les avis unanimes (ijma') des écoles juridiques islamiques. Dans l'hypothèse où il n'y a pas d'accord unanime entre les jurisconsultes musulmans sur une question donnée, on adopte ici l'opinion défendue par la majorité des écoles islamiques. Pour les questions nouvelles qui n'ont pas été étudiées par les jurisconsultes musulmans classiques, un effort d'ijtihad prenant en considération les principes et

finalités de la Charia est nécessaire. Dans ce cadre, cette tâche peut être valablement assumée par un Comité rassemblant les grands savants de la Charia, du droit et de la finance. Cette configuration plurielle du Comité chargé de l'ijtihad aura l'avantage de donner une opinion dotée d'une très grande légitimité islamique et conforme à la réalité des transactions financières et répondant aux besoins des opérateurs de la finance islamique moderne. Il convient de noter que ce mécanisme de codification contribue à synthétiser et harmoniser les solutions juridiques islamiques. Elle renforce le dialogue, la collaboration, la compréhension mutuelle entre les différentes écoles de pensée islamique. Parce qu'il s'agit d'une codification issue d'un effort collectif des différentes écoles islamiques, ce code bénéficie d'une grande autorité morale auprès des institutions financières islamiques.

La troisième méthode consiste à mettre en place un seul code qui repose sur l'ensemble du droit islamique. Dans cette optique, les rédacteurs du code cherchent les règles sans se limiter à une école juridique déterminée ou à une opinion donnée. A ce titre, il est possible par exemple de codifier une opinion minoritaire dans une école, ou une opinion d'un jurisconsulte qui n'appartient pas à une école déterminée. Néanmoins, la codification doit respecter certaines conditions. En premier lieu, elle doit être conforme au Coran, à la Sunna et à l'ijma'. En second lieu, l'opinion retenue doit reposer sur des autorités éminentes. En troisième lieu, elle ne doit pas être fondée sur la recherche des seules opinions très souples. Autrement dit, le choix de telle ou telle opinion ne doit pas être uniquement justifié par son caractère facile. Ce recours est permis seulement en cas de nécessité. En quatrième lieu, elle doit viser la réalisation des finalités de la Charia, lesquelles postulent la recherche du bien et l'interdiction du mal en évitant tout ce qui est de nature à placer les gens en situation de difficulté. En cinquième lieu, admettre la coutume, l'usage et la jurisprudence des juges islamiques et des arbitres comme source de l'ijtihad, à condition qu'ils respectent les principes et finalités de la Charia et répondent aux besoins des gens. Enfin, les rédacteurs des codes doivent s'inspirer des résolutions et ijthadat des Académies de Fiqh islamique.

Cette technique de codification présente l'avantage d'élaborer une codification souple en s'ouvrant à l'ensemble des doctrines islamiques, tout en assurant une reconnaissance mutuelle et en évitant le dogmatisme doctrinal. Parce qu'elle exige la collaboration entre tous ceux qui sont concernés par l'application de la Charia, cette méthode renforce également l'effort de l'ijtihad. Elle prend en considération les besoins et les exigences de la vie financière moderne en adoptant les règles islamiques les plus adaptées au contexte.

La quatrième technique passe par deux étapes. La première étape consiste à étudier de manière approfondie l'origine, l'évolution, les méthodes, la logique du droit islamique. Cela s'opère à la lumière du droit comparé. Autrement dit, une comparaison sera menée entre les différentes écoles du droit islamique et entre ces écoles et les législations modernes afin de saisir les points de convergence et de divergence entre ces droits. Dans cette optique, l'effort scientifique repose à la fois sur des initiatives individuelles et collectives qui doivent être organisées. Cela permet de mener à bien cette première étape scientifique. Dans le même temps, il aura lieu d'organiser des conférences, des colloques, des journées d'étude portant sur le droit financier islamique dont l'objet est de collaborer, de dialoguer, d'échanger entre les spécialistes de la Charia, de la finance islamique et sciences juridiques. De plus, ces efforts devraient donner naissance à la publication systématique d'études approfondies, de livres, de revues, de rapports portant sur les différentes questions relatives à la finance islamique. Notons qu'une telle publication doit s'effectuer en plusieurs langues pour garantir une diffusion internationale et plus large de ces études. Dès lors, on arrive à dégager tous les grands principes généraux et les finalités de la Charia en matière de finance, ainsi que les règles techniques relatives aux contrats et produits de la finance islamique moderne. Pour assurer une très grande diffusion des études issues de ce mouvement scientifique, la collaboration des universités et des centres de recherches du monde musulman et des autres pays est nécessaire. A ce titre, ces études peuvent être enseignées au sein de ces organismes.

Une fois l'étape scientifique achevée, on passe à la seconde étape : la codification. Dans ce cadre, dans un premier temps se met en place un Comité composé de grands savants de la Charia, des sciences juridiques, des sciences économique et financière, des sciences de la langue arabe, des arts de la codification. Il faut noter que les membres de ce Comité doivent représenter les diverses écoles juridiques islamiques et les différentes régions du monde islamique. En outre, des Moujtahidin doivent siéger dans ce Comité. Tout cela renforce l'autorité morale de la codification et facilite son adoption par les pays musulmans et son acceptation par les institutions financières islamiques.

Dans un deuxième temps, en respectant les règles, principes et finalités de la Charia, le Comité chargé de la codification se réfère, dans l'exercice de sa mission, à l'ensemble des études issues du mouvement scientifique ci-dessus décrit pour en choisir les avis qui répondent le mieux aux besoins de la finance islamique à l'heure actuelle. A l'issue de ce mouvement de codification, on aura deux codes : l'un renferme les principes généraux et les règles techniques relatives aux transactions financières islamiques ; l'autre consiste à mettre en place une charte

éthique et des règles organisant les rapports entre les institutions financières islamiques entre elles et les relations entre ces dernières et la clientèle. Enfin, pour faciliter son acceptation par les institutions financières islamiques et conforter son applicabilité pratique et son autorité morale, ces codes doivent être avalisés par une commission élue par les opérateurs de la finance islamique. En outre, élaborés de cette manière consensuelle, ces codes pourraient être adoptés par les législateurs étatiques pour régir le secteur de la finance islamique. Ceci permet de combler un vide fondamental dans le domaine de la finance islamique en mettant en place une codification légitime, cohérente, pratique, moderne, prévisible, accessible.

La cinquième méthode comporte trois étapes. Dans une première étape, une commission spécialisée dans la Charia, le droit et la finance élabore un projet de code. Dans une deuxième étape, le projet sera soumis pour avis et observation à l'ensemble des savants et des institutions islamiques. Suite à cela, la commission introduit des modifications à son projet à la lumière des avis et observations ainsi fournis. Dans la dernière étape, le projet sera soumis à Comité supérieur qui avalise le projet. Celui-ci peut modifier, ajouter, supprimer certaines dispositions si cela lui semble nécessaire.

La sixième technique comporte aussi plusieurs étapes. La première étape consiste à identifier les sources des règles à codifier. A ce titre, on peut distinguer entre trois sources : la première source se trouve dans les fondements de la Charia, à savoir le Coran, la Sunna et l'ijma'. Les règles contenues dans ces sources sont impératives. La deuxième source est la doctrine islamique et l'ensemble des interprétations, des ijihadats des jurisconsultes. Les règles contenues dans cette source ne sont obligatoires qu'après leur codification. La troisième source concerne les questions nouvelles qui n'ont pas été traitées par les deux premières sources. La deuxième étape consiste dans la création d'organismes chargés de la préparation du code. Dans cette optique, trois organismes peuvent être institués : l'Académie de Fiqh qui se compose des grands savants musulmans qui représentent les différentes écoles de pensée. Elle aura pour mission d'identifier les trois sources indiquées plus haut. A côté de cette institution, se met en place un Comité des avis et de la législation qui comporte des juristes. Cet organe aura pour mission d'élaborer une encyclopédie juridique comportant toutes les législations promulguées ; de mettre en place une encyclopédie jurisprudentielle comportant les principes juridiques dégagés par les tribunaux ; d'élaborer une encyclopédie des coutumes et usages relatifs à la finance islamique. Dans la troisième étape, l'Académie de Fiqh et le Comité des avis et de la législation mettent en place une commission mixte composée de certains membres issus des deux organismes. Celle-ci assume les missions suivantes : élaborer un projet de code basé sur le

droit musulman tout en prenant en considération les transformations des besoins à l'époque contemporaine ; proposer des solutions (ijtihad, référence aux anciennes codifications islamiques, référence au droit comparé, etc.) pour les questions non tranchées par le droit islamique classique dans le cadre des principes et finalités de la Charia. Une fois achevé, le projet de code sera soumis à l'Académie de Fiqh et au Comité des avis et de la législation réunis en congrès pour discuter et approuver la version finale du code.

Après avoir passé en revue les différents projets existants qui visent à faire face aux difficultés et défis auxquels est confrontée l'industrie financière islamique à l'époque actuelle, notamment dans le domaine de la résolution des litiges, on constate qu'une réforme normative est indispensable pour transformer les solutions et les règles dispersées dans les ouvrages de Fiqh en normes codifiées, homogènes, cohérentes, prévisibles, accessibles. Cela permet sans doute, d'une part, d'assurer l'application de la Charia aux transactions civiles et financières contemporaines en évitant le recours aux droits et tribunaux séculiers et, d'autre part, de promouvoir le développement de la finance islamique à travers l'unification des règles, la clarification des solutions et l'identification des règles islamiques qui peuvent être choisies par les parties en tant que droit applicable à leur litige.

Voilà donc pour la question de la codification des règles de la Charia qui mérite de retentir l'attention de manière rapide. Force est, en outre, de constater que les parties à un contrat de financement islamique ont d'autres possibilités pour garantir la mise en œuvre de la charia lors de la résolution de leurs litiges éventuels. A cet égard, plusieurs perspectives sont envisageables.

En premier lieu, les parties à un contrat de financement islamique peuvent choisir en tant que droit applicable les *fatwas* et œuvres normatives de l'un des Comités de la Charia qui se trouvent au sein des institutions financières islamiques. En effet, l'essor de la finance islamique s'est accompagné de la naissance et du développement des organismes dont la mission consiste à veiller au respect de la Charia par les institutions financières islamiques lors de l'exercice de leurs activités. Dès lors, ces Comités ont produit de nombreux avis juridiques et *fatwas*, des livres, des études relatives à l'ensemble des contrats et activités de financement islamique. De ce fait, ces Comités ont acquis une véritable expertise en matière de finance islamique. A ce titre, on peut citer les *fatwas* chariyya en matière économique du Kuwait Finance House, les *fatwas* Dallat Al Baraka, les *fatwas* de la Banque Dubaï, les *fatwas* bancaires du Comité de la Charia au sein de la banque Al Mo'assassa al arabiyya al islami, les *fatwas* charii des banques soudanaises,

et d'autres fatawas. En effet, le recours à ces *fatwas* assure une résolution à la fois conforme à la Charia et efficace du point de vue pratique.

En deuxième lieu, les parties peuvent choisir en tant que doit applicable les normes codifiées par l'Association de comptabilité et d'audit des Institutions financières islamiques (AAOIFI). En effet, cette institution comporte d'éminents savants compétents et expérimentés issus des zones géographiques et doctrinales assez variées, ce qui lui assure une très grande représentativité et respectabilité dans le monde islamique. Comme nous l'avons vu précédemment, elle produit de nombreuses normes sur les financements islamiques dont une sur l'arbitrage. Ces normes représentent un *ijtihad* contemporain dans le secteur de la finance islamique. C'est pourquoi, la référence à l'œuvre codificatrice de l'AAOIFI pourrait assurer la mise en œuvre de la Charia dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. En effet, elle facilite pour les parties et les arbitres l'identification des règles islamiques applicables.

Cependant, malgré l'importance de l'œuvre normative de cette institution, il nous semble que celle-ci n'est pas tout à fait suffisante pour assurer la prise en compte de la Charia dans tous les contrats et activités de financement islamique. D'autres efforts en ce sens sont nécessaires pour achever et renforcer cette nouvelle forme d'*ijtihad*. De plus, l'institution doit s'intéresser davantage aux techniques de la codification, de la langue, du style, etc. Elle doit assurer la traduction de ses normes par des organismes spécialisés et dans les langues les plus importantes au niveau international. De plus, pour assurer la reconnaissance des normes édictées par l'AAOIFI, on propose la création d'une institution représentative des institutions financières islamiques et dans laquelle siègent les grands savants. Celle-ci pourrait avaliser les normes de l'AAOIFI et recommander aux institutions financières islamiques de les respecter. Tout cela accorde à ces normes une très grande autorité morale, ce qui par conséquent facilite leur choix en tant que doit applicable.

En troisième lieu, les parties à un contrat de financement islamique peuvent se référer à une encyclopédie islamique bien connue comme l'encyclopédie pratique et scientifique des banques islamiques publiée par l'Union internationale des banques islamiques, de l'encyclopédie de Fiqh publiée par l'Etat de Koweït et bien d'autres. Dans cette optique, l'arbitre bénéficie d'une pleine liberté de choisir au sein de l'encyclopédie désignée par les parties l'avis qu'il estime le plus adapté au litige en cause. Dans l'hypothèse où l'encyclopédie ne fournit aucune solution sur une question donnée, l'arbitre doit faire un effort d'*ijtihad* dans le cadre des

principes et finalités de la Charia s'il était un moujtahid. Sinon, il doit faire appel à un savant dans le cadre d'une expertise pour assurer une sentence conforme à la Charia.

En quatrième lieu, les parties peuvent choisir comme droit applicable les avis d'un juriste particulier, qu'il soit ancien ou contemporain. A ce titre, ils peuvent opter par exemple pour les *fatwas* d'Ibn Taimiyya, d'Al Hassan Al Bassri, d'Abo Soufiyyan Al Thaori, etc. Cette méthode facilite l'application de la Charia dans la mesure où les règles qui vont s'appliquer sont aisément identifiables. Mais en tout état de cause et quel que soit le juriste choisi, l'arbitre doit écarter les avis qui seraient explicitement contraires au Coran, à la Sunna ou à l'*ijma'*.

En cinquième lieu, une autre solution consiste à se référer à un droit étatique qui s'inspire de la Charia comme le droit saoudien, soudanais ou pakistanais. Toutefois, il est tout à fait légitime de se demander s'il y a un droit étatique suffisamment développé, apte à régir les contrats et activités de financement islamique. En réalité, si ce choix garantit une solution qui ne porte pas atteinte aux règles de la Charia, il n'est pas certain qu'il assure une solution compatible avec les besoins de la finance islamique moderne qui évolue de manière constante.

Enfin, les parties peuvent assurer l'application de la Charia dans la résolution de leur litige par le biais de la désignation d'un arbitre savant ayant la compétence d'effectuer l'*ijtihad* (arbitre-moujtahid), notamment dans le domaine de la finance islamique. En effet, le développement de la finance islamique a été une occasion pour mettre l'accent sur l'importance particulière de l'*ijtihad*. La rénovation continue des produits et contrats de financement islamique implique l'existence des juristes aptes à fonder la légitimité de ces produits et contrats au regard de la Charia en leur donnant des jugements conformes à la fois à la Charia et aux besoins des institutions financières islamiques. D'où l'importance de la désignation d'un arbitre-moujtahid qui serait en mesure de régler le litige sans se limiter à une doctrine particulière. Bénéficiant d'un très large pouvoir d'appréciation, il peut se baser sur les règles et principes du Fiqh en prenant en compte les exigences de l'époque. De plus, l'arbitre dans ce cas peut aller plus loin en élaborant une nouvelle règle qui peut constituer une référence dans le domaine de la finance islamique. Force est de constater que la mission de l'arbitre se rapproche ici de celle de l'amiable compositeur. En droit moderne de l'arbitrage, l'amiable compositeur juge selon l'équité à la condition de respecter l'ordre public. Dans l'arbitrage islamique, le moujtahid tranche le litige selon l'équité telle qu'elle est perçue par la Charia. Il s'agit donc de l'équité islamique. Autrement dit, la sentence rendue ne doit en aucun cas être contraire aux règles,

principes et finalités de la Charia. Ces derniers constituent en quelque sorte l'ordre public islamique contre lequel l'arbitre ne peut pas agir.

Pour assurer l'efficacité de cette alternative et combler les lacunes quant au nombre des moujtahidin, les institutions islamiques doivent, en collaboration avec les Académies de Fiqh, les Comités de la Charia et les universités islamiques et bien d'autres, œuvrer pour former des moujtahidin dans le domaine de la finance islamique. Cela permet la renaissance de l'ijtihad qui peut jouer un rôle fondamental dans le développement du droit islamique en général et de la doctrine financière en particulier.

A la lumière de tout ce qui précède, il apparaît que la codification est le moyen le plus sûr à l'heure actuelle qui permet l'application de la Charia aux litiges relatifs à la finance islamique. Avec cette technique, les institutions financières islamiques se trouvent éloignées d'une référence vague à la Charia et en présence de règles islamiques claires, prévisibles, accessibles et identifiables parce que codifiées. Ce qui leur permet d'éviter toutes les difficultés qui pourraient perturber l'essor de l'industrie financière islamique comme par exemple la requalification des contrats de financement islamique et la mise à l'écart de la Charia par les juges étatiques. A côté de la codification, les opérateurs de la finance islamique disposent d'autres alternatives qui sont aussi importantes en vue d'assurer l'application de la Charia. Dans cette optique, un accent particulier a été mis sur l'ijtihad en raison de son importance dans la renaissance du droit islamique dans tous les domaines. En définitive, l'ensemble de ces mécanismes renforce la place de la Charia en tant que droit devant régir le règlement des litiges relatifs à la finance islamique.

#### **§4. Le renforcement de la valeur de la sentence arbitrale**

Le but du recours à l'arbitrage est l'obtention d'une sentence mettant fin au litige qui oppose les parties. Dotée de l'autorité de la chose jugée, la sentence constitue, à vrai dire, l'apogée du caractère juridictionnel de l'arbitrage. En effet, l'efficacité de l'arbitrage en tant que système de règlement des litiges est intimement liée à celle de la sentence elle-même. L'efficacité de la sentence arbitrale repose généralement sur son exécution rapide, spontanée puisqu'il s'agit d'une justice contractuelle basée sur la confiance réciproque entre les parties et les arbitres. En l'absence d'une telle exécution, la sentence n'aura aucune valeur juridique ou pratique ; elle devient une lettre morte vidée de toute signification. Si la base conventionnelle de l'arbitrage implique logiquement et normalement une exécution spontanée

de la sentence, il arrive parfois que la partie perdante n'exécute pas spontanément la sentence arbitrale rendue, ce qui constitue un défi important pour le rôle de l'arbitrage dans le domaine de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique. Dans ce contexte, la réflexion sur les mécanismes permettant le renforcement de l'autorité et de la valeur de la sentence arbitrale s'avère nécessaire afin de maintenir la place de l'arbitrage en tant que mode privilégié de règlement des litiges de financement islamique (A).

Par ailleurs, à côté de son importance dans le domaine de la résolution des litiges, la sentence arbitrale a vocation à jouer un rôle spécifique important dans l'industrie financière islamique. En effet, la formation progressive d'une véritable jurisprudence arbitrale est une question fondamentale en matière de finance islamique. L'accumulation des sentences arbitrales pourrait constituer, d'une part, des précédents arbitraux qui viennent enrichir et compléter les structures de cette finance et, d'autre part, une référence fondamentale pour les études et les projets de réforme relatifs à la finance islamique. Tout cela contribue certainement au développement et à la promotion de l'industrie financière islamique. C'est pourquoi, cet aspect de l'arbitrage retient une attention particulière dans le cadre de cette étude (B).

### **A)- Vers une sentence exécutée rapidement et sans intervention du juge étatique**

Généralement, l'exécution est l'acquittement par le débiteur de son obligation<sup>1951</sup>. C'est la voie permettant au créancier d'obtenir son dû<sup>1952</sup>. A ce titre, le débiteur est tenu de faire ou de ne pas faire quelque chose en vue de s'acquitter de son obligation<sup>1953</sup>. En matière d'arbitrage, l'exécution de la sentence est le fait pour les parties de se conformer à ce qui a été décidé par le tribunal arbitral<sup>1954</sup>. Elle prend deux formes : volontaire et forcée.

L'exécution volontaire ou spontanée de la sentence arbitrale est le volet non pathologique de l'exécution. Elle constitue le destin normal de l'arbitrage notamment en matière de finance islamique. En effet, un taux entre 80 et 90% d'exécution volontaire est avancé. Cependant, il est très difficile d'établir des statistiques précises notamment dans

---

<sup>1951</sup> Assad Mandil, *Les règles du contrat d'arbitrage et ses procédures* (en arabe), Bagdad, 2011, p. 222.

<sup>1952</sup> Eid Alkassas, *Les règles de l'exécution forcée* (en arabe), Le Caire, 2001, p. 5.

<sup>1953</sup> Kamal Ibrahim, *L'arbitrage commercial international* (en arabe), Le Caire, 1991, p. 15.

<sup>1954</sup> Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 548.

l'arbitrage ad hoc, la confidentialité étant un obstacle à l'établissement de telles statistiques<sup>1955</sup>. Au-delà des chiffres, l'exécution volontaire s'explique par diverses raisons.

En premier lieu, l'arbitrage est une justice conventionnelle qui repose sur le principe de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle. En réalité, les parties ont été d'accord pour recourir à l'arbitrage en vue de trancher leur litige. Dans ces conditions, il est tout à fait logique que la sentence acquière leur acceptation étant donné qu'elle a été rendue par des arbitres librement nommés et ayant leur confiance. Selon Charles Jarrosson, le fait que la sentence soit acceptable est une forte incitation à une exécution volontaire<sup>1956</sup>.

En deuxième lieu, l'arbitrage est un contrat à l'image des autres contrats. L'exécution de la sentence est en réalité l'obligation principale qui découle de cette relation contractuelle. Il s'agit du résultat même du contrat. En outre, l'arbitrage est un contrat qui s'appuie sur la confiance mutuelle entre les parties contractantes et entre ces dernières et les arbitres. Et comme toute relation contractuelle, ce type de contrat doit être exécuté de bonne foi. L'exécution volontaire de la sentence arbitrale apparaît donc comme une conséquence naturelle de la bonne foi contractuelle qui devrait animer les parties.

En troisième lieu, l'un des grands avantages de l'arbitrage réside dans le fait d'avoir une exécution rapide, volontaire et immédiate de la sentence tranchant le litige. Cela revêt une grande importance dans la mesure où il s'agit dans la plupart des cas des affaires mettant en jeu des intérêts financiers considérables. Par conséquent, un règlement rapide et volontairement exécuté permet de gagner du temps, de l'effort et de l'argent<sup>1957</sup>, ce qui constitue une chose essentielle pour les institutions financières islamiques qui ne peuvent pas percevoir d'intérêts moratoires en cas de retard dans l'exécution des sentences.

En quatrième lieu, l'exécution spontanée occupe une place très particulière dans le domaine de la finance islamique qui repose sur des règles religieuses et morales. En effet, l'exécution et le respect des engagements est une obligation religieuse fondamentale dans l'islam. Comme nous l'avons vu précédemment, les textes coraniques et prophétiques ordonnant le respect des engagements sont très nombreux. Etant donné que les opérateurs de la finance islamique ont librement opté pour exercer leurs activités financières dans un cadre religieux inspiré par la Charia, il est normal qu'ils exécutent volontairement et rapidement les

---

<sup>1955</sup> Jean Batiste Racine, Fabrice Siirainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2007, p. 414.

<sup>1956</sup> Charles Jarrosson, « L'acceptabilité de la sentence », *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 793.

<sup>1957</sup> Nabil Omar et Ahmad Hendi, *L'exécution forcée* (en arabe), Alexandrie, 2002, p.6.

sentences arbitrales. En effet, cela leur permet de se conformer aux règles et principes de la Charia en s'acquittant de leurs obligations religieuses, éthiques et juridiques. Autrement dit, il s'agit d'une exécution « charii » ou religieuse dont le manquement sera sévèrement sanctionné par Dieu. De plus, l'une des grandes finalités de la Charia consiste dans le fait pour le débiteur, de s'acquitter immédiatement et sans retard aucun de ses obligations envers son créancier, comme cela a été déjà indiqué. Plus encore, l'exécution volontaire par les opérateurs de la finance islamique des sentences arbitrales renforce la crédibilité et l'image de la finance islamique en tant que secteur d'activité qui repose intégralement sur les principes de la Charia.

En cinquième lieu, l'exécution volontaire est la voie la plus simple pour mettre fin au litige car elle n'exige pas de formalités et procédures particulières. Elle permet en outre de conserver les relations entre les parties et de renouveler la confiance entre elles. Cet aspect tient une place importante dans les milieux économiques, financiers et commerciaux, en évitant notamment la rupture des relations d'affaire. De plus, l'inexécution spontanée ne signifie pas que la sentence ne sera pas exécutée par d'autres voies<sup>1958</sup>. En effet, le recours à l'exécution forcée comporte des conséquences négatives pour les parties aussi bien au niveau professionnel que personnel.

Enfin, l'exécution volontaire garantit la confidentialité des transactions qui font l'objet du litige. Il s'agit là d'un des grands avantages de l'arbitrage. Dans le cas inverse, le recours à ce mécanisme de règlement des litiges perd une partie de son utilité<sup>1959</sup>.

Si l'exécution spontanée est la voie normale qui caractérise l'arbitrage et si une telle exécution doit être encouragée parce qu'elle garantit une justice arbitrale efficace et pratique, il arrive parfois que la partie perdante n'exécute pas volontairement la sentence arbitrale. Cela incite à réfléchir sur les techniques et les modalités qui permettent d'assurer l'exécution de la sentence arbitrale tout en évitant le recours à la justice étatique pour assurer l'exécution forcée de la sentence. Dans cette perspective, plusieurs mesures peuvent être envisagées.

Premièrement, l'insertion dans les règlements des Centres d'arbitrage islamique et dans les conventions d'arbitrage, d'une clause affirmant le caractère obligatoire et exécutoire des sentences. A ce titre, cette clause peut être libellée comme suit : « Toutes les sentences sont

---

<sup>1958</sup>Jaques Beguin, Michel Menjucq, *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 2005, p. 1065.

<sup>1959</sup>Zrok Nawal, *Le contrôle sur les actes des arbitres dans l'arbitrage commercial international* (en arabe), Thèse de droit, Université de Steff 2 (Algérie), 2015, p. 30.

définitives et s'imposent aux parties. Les parties exécutent sans délai toutes les sentences ». Notons qu'une telle solution a été adoptée par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans son article 34-2 et par le Règlement de la Chambre de commerce international dans son article 28-6.

Deuxièmement, pour renforcer l'exécution de la sentence arbitrale, il est possible pour les parties d'insérer dans leur convention d'arbitrage, une clause pénale selon laquelle la partie qui n'exécute pas ou tarde dans l'exécution de la sentence sera condamnée à payer une somme d'argent qui peut être fixée sur des critères préalablement déterminés par les parties elles-mêmes. Le but d'une telle clause est de mettre la partie perdante sous pression pour l'amener à l'exécution de la sentence rendue à son encontre. Mais force est de constater que la somme versée à titre de clause pénale ne sera en aucun cas versée à l'autre partie. Elle sera utilisée dans les œuvres de bienfaisance.

Troisièmement, avant de commencer la procédure arbitrale, le tribunal arbitral ou le centre d'arbitrage en cas d'arbitrage institutionnel peut exiger des parties de déposer, à titre de garantie d'exécution de la sentence, une somme d'argent qui sera fixée selon des critères préalablement établis. Si la partie perdante n'exécute pas la sentence dans les deux semaines suivant sa prononciation, la moitié de la caution déposée sera versée aux œuvres de bienfaisance. Si l'inexécution persiste après ce délai, le reste de la caution sera versé aux œuvres de charité.

Quatrièmement, le centre d'arbitrage qui a administré la procédure arbitrale peut exercer une pression sur la partie récalcitrante à travers plusieurs mesures : mettre en place une liste noire, communiquer son nom aux opérateurs de la finance islamique, publier son nom sur le site internet du centre, etc. Tous ces moyens de pression pourraient conduire la partie perdante à exécuter la sentence. De plus, il existe une autre mesure qui peut être prise par le centre à l'encontre de la partie récalcitrante en cas d'inexécution répétée. Celle-ci consiste à refuser l'arbitrage de ses litiges qui pourraient naître dans l'avenir.

Cinquièmement, les institutions financières islamiques peuvent, en collaboration avec le Conseil général des banques islamiques, mettre en place un organisme spécial pour veiller à la bonne exécution des sentences arbitrales relatives aux litiges de financement islamique. Cet organisme devrait occuper une place centrale au sein de l'industrie financière islamique. Pour renforcer l'autorité morale d'une telle institution, il est préférable qu'elle comporte les grands savants de la religion musulmane et des juristes, à condition que ces derniers n'aient pas de

liens organiques avec les institutions financières islamiques. Cela permet de garantir l'indépendance de cet organisme.

A titre de fonctions, cet organisme sera chargé de publier systématiquement des rapports contenant les noms de ceux qui n'ont pas exécuté les sentences arbitrales. Cette publication doit être assurée auprès des opérateurs de la finance islamique, de la clientèle de cette finance et du grand public. De plus, en cas de récidive, cet organisme fait une déclaration publique affirmant que l'institution concernée n'est pas conforme aux principes et à l'éthique de la Charia. Cela se justifie par le fait que le respect des engagements et l'acquittement des droits est une obligation religieuse islamique fondamentale. Une telle mesure revêt une très grande importance notamment en matière de finance islamique, car la plupart de la clientèle de la finance islamique est très sensible aux arguments tenant à la conformité à la Charia, à la confiance et à l'honnêteté dans les transactions. En réalité, une déclaration de ce type exerce une influence considérable sur la place et l'avenir de l'institution financière concernée parce qu'elle remet fondamentalement en cause son image et son professionnalisme.

En outre, cet organisme peut recommander aux grandes institutions qui soutiennent le secteur de la finance islamique de priver les institutions qui refusent d'exécuter les sentences de ses aides techniques et financières. Dans l'hypothèse de la création d'un marché financier islamique, l'organisme peut demander la suspension de l'exercice de ses activités dans le marché financier par l'institution récalcitrante. Toutes ces mesures constituent en quelque sorte une forme de pression « sociale ». En effet, l'influence de l'opinion, des sanctions qui peuvent être prononcées, la crainte d'être blâmé par une communauté à laquelle on appartient, ou celle que l'inexécution soit imputée à des difficultés que rencontrerait l'entreprise, sont des facteurs qui pourraient pousser les institutions financières islamiques à exécuter les sentences.

Sixièmement, parmi les moyens qui pourraient pousser la partie récalcitrante à exécuter la sentence, on peut citer la mise en jeu de la responsabilité. En effet, l'arbitre peut mettre en jeu la responsabilité contractuelle de la partie qui n'exécute pas la sentence, car une telle inexécution constitue une violation de ses obligations contractuelles. En cas de condamnation de la partie récalcitrante, la somme sera versée aux œuvres de bienfaisance.

Si ces moyens de pression n'ont pas abouti, l'exécution de la sentence va passer par la contrainte : c'est l'exécution forcée qui exige actuellement le recours à la justice étatique. Mais ce recours n'est pas sans inconvénients dans la mesure où il met en cause la

confidentialité de l'arbitrage et retarde la résolution définitive du litige. Pour échapper à ces inconvénients et renforcer l'efficacité de l'arbitrage en tant que mode privilégié de règlement des litiges relatifs à la finance islamique, on peut proposer certaines mesures.

La première mesure consiste à assurer l'exécution des sentences par une organisation indépendante à caractère international. Cela a pour objectif d'éviter les difficultés liées au recours au juge étatique et d'assurer l'efficacité de l'arbitrage. Dans cette optique, les Etats membres de l'organisation de la Coopération islamique peuvent instituer, par convention internationale, une véritable Cour internationale chargée d'accorder aux sentences arbitrales rendues en matière de finance islamique force exécutoire dans tous les pays qui ont consenti à sa création et lui ont donné de tels pouvoirs. A ce titre, cette Cour aura une compétence exclusive pour annuler ou déclarer exécutoires toutes les sentences relatives aux litiges de financement islamique. Force est de constater que l'adhésion à la convention internationale instituant cette Cour est ouverte aux autres Etats qui accueillent des activités financières islamiques.

La seconde mesure proposée concerne ce qu'il est convenu d'appeler l'exécution directe des sentences relatives aux litiges de financement islamique. Conformément à cette mesure, les sentences arbitrales rendues en matière de finance islamique seront immédiatement exécutoires sans avoir à préalablement passer par le juge étatique. Pour atteindre à cette finalité, plusieurs perspectives peuvent être envisagées.

La première voie consiste à créer un organe représentatif des institutions financières islamiques. Cet organe serait en mesure de parler au nom des institutions financières islamiques membres. A ce titre, il peut conclure des accords et des ententes avec les Etats. Ces accords et ententes ainsi conclus visent à assurer l'exécution directe ou immédiate des sentences arbitrales rendues en matière de finance islamique sur les territoires des Etats considérés. Dans ce cas, les institutions financières islamiques membres de l'organe n'ont pas besoin de passer par le juge étatique en vue d'assurer l'exécution forcée des sentences. Dans le cadre de ces accords et ententes, les Etats considérés reconnaissent toutes les sentences relatives aux litiges de financement islamique en tant que jugement obligatoire. Ils assurent l'exécution sur leurs territoires des obligations financières qui en découlent, à l'image des jugements rendus par leurs propres tribunaux. Quant à la procédure d'exécution, elle doit être simple. Dans cette optique, il suffit de présenter une copie de la sentence aux tribunaux compétents ou à toute autre institution désignée par l'Etat à cette fin.

La deuxième voie réside dans le fait que les Etats membres de la banque islamique de développement (BID) concluent entre eux un traité dont l'objet est de mettre en place un centre international pour le règlement des litiges relatifs à la finance islamique par le biais de la conciliation et de l'arbitrage. Ce centre serait compétent dans la résolution de tous les litiges relatifs au secteur de financement islamique, que ce soit entre les Etats membres ou entre les ressortissants de ces Etats. De plus, le règlement du centre devrait prévoir que les Etats membres reconnaissent et exécutent directement les sentences arbitrales rendues en matière de finance islamique sans passer par le juge étatique. Dans cette perspective, la sentence arbitrale devient comme le jugement judiciaire rendu par un tribunal étatique : elle est à la fois obligatoire et exécutoire. Concernant la procédure d'exécution, elle doit être simple. A ce titre, il suffit de présenter une copie de la sentence aux tribunaux compétents ou à toute autre institution désignée par l'Etat dans lequel l'exécution de la sentence est invoquée.

Il faut noter que l'adhésion à ce traité international n'est pas limitée aux seuls Etats membres de la banque islamique de développement. Il s'agit d'une convention ouverte aux autres Etats qui acceptent d'y adhérer à condition qu'ils aient des contributions au secteur de la finance islamique ou qu'ils accueillent des activités ou des institutions financières islamiques. Cela signifie que cette convention ne se limite pas aux seuls pays musulmans.

En effet, ce projet se justifie par plusieurs facteurs. La finance islamique est devenue aujourd'hui un véritable phénomène international. Ses activités s'exercent presque dans la plupart des pays du monde. Elles ne se limitent pas aux institutions privées, elles s'étendent également aux Etats. Ces derniers s'intéressent de plus en plus aux produits et contrats de financement islamique au point que l'on constate une concurrence entre eux pour attirer cette finance. Il s'agit donc d'une finance mondialisée et transnationale. En outre, l'arbitrage joue un rôle fondamental dans le règlement des litiges relatifs au commerce et à l'investissement internationaux. Cette même importance peut être logiquement constatée dans le domaine de la finance islamique. De plus, étant donné ses avantages particuliers dans ce secteur, l'arbitrage a vocation à se développer et à jouer un rôle primordial, comme en témoigne notamment la création de l'IICRA. Tous ces éléments nous incitent à envisager la question de l'efficacité de l'arbitrage en matière de finance islamique sur un plan international en vue de renforcer la valeur juridique des sentences en assurant leur exécution.

La troisième voie concerne le cadre juridique des Etats qui désirent attirer les institutions financières islamiques. En effet, une réforme de ce cadre juridique est possible pour garantir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales relatives aux litiges de financement islamique. Dans cette optique, une disposition peut être introduite pour assurer l'exécution directe des sentences sans passer par le juge étatique. Une telle réforme aura le mérite de faciliter l'implantation des institutions financières islamiques qui privilégient l'arbitrage comme mode de règlement des litiges. Par cette méthode, le cadre juridique régissant la finance islamique pourrait contribuer à la promotion de l'industrie financière islamique, ce qui constitue évidemment un avantage pour les Etats eux-mêmes.

Enfin, la solution la plus sûre, la plus conforme à l'esprit de l'arbitrage et la plus efficace consiste à accorder directement au tribunal arbitral le pouvoir de revêtir ses sentences de la force exécutoire après leur prononciation. En effet, plusieurs raisons justifient cette solution. En premier lieu, l'arbitrage assume une mission identique à celle du juge étatique : arbitre et juge étatique réalisent la justice en tranchant le litige. Il s'agit alors de deux voies pour rendre la justice. En second lieu, toutes les garanties du procès équitable constatées au niveau de la justice étatique doivent être respectées par l'arbitre sous peine de nullité de sa sentence. En troisième lieu, l'efficacité remarquable de l'arbitrage a eu pour conséquence de renforcer considérablement son caractère juridictionnel. Notons que cette transformation fondamentale est relativement récente. Elle réside principalement dans l'élargissement des pouvoirs juridictionnels de l'arbitre en lui reconnaissant le pouvoir de rendre des mesures provisoires et conservatoires, jadis réservées au juge étatique.

Dans ces circonstances, donner au tribunal arbitral le pouvoir direct de revêtir ses sentences de la force exécutoire n'est que le résultat ou l'aboutissement logique ou naturel de cette évolution intéressante de la justice arbitrale. En réalité, cette étape vient parachever les avancées constatées depuis longtemps dans ce domaine ; elle participe assurément à renforcer l'efficacité de l'arbitrage et assurer son autonomie à l'égard de la justice étatique. De plus, cette évolution correspond parfaitement à la philosophie de l'arbitrage qui repose sur la liberté et l'autonomie de la volonté des parties. L'Etat reconnaissant ce mécanisme et respectant la volonté des parties de recourir à cette technique, il est tout à fait logique qu'il exécute directement les sentences rendues dans le cadre de ce mécanisme. Ainsi, la liberté consacrée au début de la procédure arbitrale doit être également respectée à la fin de la procédure, c'est-à-dire au moment de l'exécution de la sentence mettant fin au litige.

Les objections qui peuvent être formulées à l'encontre de cette solution et qui se basent sur le respect des droits de la défense et de l'ordre public, sont dépourvues de fondements, notamment en matière de finance islamique. En effet, en ce qui concerne les droits de la défense, les tribunaux arbitraux et les centres d'arbitrage islamiques accordent une très grande importance à cette question en mettant en place des comités qui opèrent un contrôle obligatoire sur la qualité des sentences avant leur prononcé. S'agissant de l'ordre public, il est bien admis que la finance islamique ne porte aucune atteinte à l'ordre public des Etats.

A partir de là, les Etats sont vivement invités à se préoccuper plus particulièrement de cette question en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage et son autonomie en prenant en considération sa philosophie propre.

Cette théorie de l'exécution directe est parfaitement justifiable dans la mesure où il existe à l'heure actuelle des mécanismes qui permettent de mieux contrôler la qualité des sentences arbitrales. La technique de l'examen préalable des sentences constitue une illustration particulièrement édifiante à cet égard. En effet, elle vise à vérifier que le projet de sentence a bien respecté toutes les garanties du procès équitable, les règles et principes de la Charia et ne comporte aucun vice de forme grave. A ce titre, le comité chargé de l'examen préalable s'assure que toutes les demandes et points de contestations ont été traités, et que le projet de sentence comporte un dispositif et énonce tous les motifs qui fondent la sentence arbitrale. En vérité, par cette technique, la valeur même de la sentence arbitrale se trouve renforcée. C'est pourquoi, cette procédure mérite d'être adoptée, notamment en matière de finance islamique. Elle devrait constituer une étape obligatoire dans la procédure arbitrale pour assurer la qualité de la sentence qui justifie logiquement son exécution directe. Dans ce contexte, l'intervention du juge étatique pour contrôler la sentence et lui donner force exécutoire n'aura plus de justification dans le domaine de la finance islamique.

## **B)- La mise en place d'une jurisprudence arbitrale favorable au développement de la finance islamique**

Depuis fort longtemps, la jurisprudence joue un rôle important dans les différents systèmes juridiques. Elle occupe une place déterminante dans les pays du droit non codifié (pays du Common Law) puisqu'elle y constitue la source fondamentale obligatoire du droit. Son rôle est également non négligeable dans les pays du droit écrit puisqu'elle contribue à interpréter et à compléter les vides des législations codifiées. Par cette voie, la jurisprudence participe, à côté de la loi écrite, à la construction de l'édifice juridique.

A ce titre, l'arbitrage a vocation à jouer un rôle très important dans le domaine de la finance islamique. Cela se justifie d'un double point de vue. D'un point de vue réaliste, l'arbitre contribue à éviter les difficultés liées à l'absence de codification des règles de la Charia telles que la requalification des contrats de financement islamique et la neutralisation de la Charia en tant que droit applicable à ces contrats. En effet, en tant que justice, l'arbitrage peut mettre en place de nouvelles règles juridiques relatives à la finance islamique qui constitueront des sources normatives importantes. De plus, l'évolution continue et la rénovation permanente des produits financiers islamiques suscitent des difficultés juridiques qui exigent des solutions rapides et adaptées. C'est pourquoi l'arbitrage, par son dynamisme, est mieux placé que les législateurs étatiques pour répondre à ces besoins de la finance islamique.

D'un point de vue charii ou islamique, l'arbitrage peut créer de nouvelles règles juridiques par le biais de l'ijtihad. Ce dernier a toujours été le mécanisme qui a permis au droit musulman de se développer et de répondre aux transformations des conditions économiques et sociales. De plus, le droit musulman exige en principe, comme nous l'avons vu précédemment, que le juge ou l'arbitre soit un moujtahid. Si cette condition n'est pas exigée à l'heure actuelle, c'est parce que l'environnement et le contexte législatif et juridictionnel ne sont pas favorables. En outre, cela tient au fait que le nombre de moujtahid est actuellement assez limité. Dans ce contexte, la rénovation du rôle de l'ijtihad passe essentiellement par l'arbitrage parce qu'il autorise la résolution des litiges par la technique de l'amiable compositeur. Cela permet d'augmenter le nombre des moujtahidin qui seraient en mesure de créer des règles juridiques nouvelles et adaptées au contexte et aux besoins de la finance islamique.

Tout cela pose la question essentielle de savoir dans quelle mesure l'arbitrage peut être considéré comme une source fondamentale réelle du droit financier islamique. Cette question est légitime car les Etats actuels ne font pas d'efforts suffisants pour réglementer le secteur de la finance islamique et codifier les règles financières islamiques. Ce contexte donne à l'arbitrage une place importante dans la normalisation et l'homogénéisation de la finance islamique. En effet, à travers ce mécanisme de résolution des litiges, on assiste à l'accumulation de la jurisprudence et des principes qui pourraient constituer dans un premier temps des règles dotées d'une grande autorité morale. Plus tard, ces principes constitueront des sources principales pour la mise en place des législations islamiques en matière financière. Tout cela donne naissance à un véritable système juridique cohérent, solide et moderne.

Pour réaliser cet objectif, plusieurs conditions doivent être réunies.

En premier lieu, la nécessité de désigner comme arbitres des jurisconsultes moujtahidin. Cela permet de prononcer des sentences arbitrales dotées d'une très grande autorité morale. Il faut noter qu'en droit musulman, l'avis d'un moujtahid n'a aucune suprématie sur celui d'un autre moujtahid. C'est le principe d'égalité des moujtahidin qui règne. De plus, le juge ou l'arbitre doit juger selon ses propres convictions. Par conséquent, il ne doit pas appliquer une opinion qui n'emporte pas sa conviction. Une règle dégagée par un moujtahid ne devient obligatoire que si elle a reçu l'accord unanime des moujtahidin (on aura ici une règle qui repose sur l'ijma') ou si elle a été codifiée ou imposée par le titulaire de l'autorité. Une fois obligatoire, la règle doit être respectée par tous les arbitres parce qu'il s'agit d'une norme impérative.

En deuxième lieu, la nécessité de la coopération harmonieuse entre les arbitres, les centres d'arbitrage, les institutions financières islamiques en vue de systématiser la jurisprudence arbitrale qui peut être le pilier d'un ordre juridique islamique cohérent et propre à la finance islamique. Cela permet de combler les lacunes juridiques dans le domaine de l'industrie financière islamique moderne.

En troisième lieu, la mise en place d'un comité chargé de rassembler, publier, classer les sentences arbitrales rendues en matière de finance islamique et de dégager les principes qui en découlent. Cela permet d'homogénéiser l'interprétation et l'application des règles par les arbitres ; de faciliter l'accès à la jurisprudence arbitrale ; de faire des sentences une source exploitable dans les œuvres de codification ; de faciliter la tâche des chercheurs en finance

islamique qui peuvent s'appuyer sur cette jurisprudence dans leurs études ; de diffuser la culture financière islamique dans la société, ce qui renforce la conscience collective de l'importance de cette finance. Tout cela contribue à développer la finance islamique, notamment dans le domaine de la résolution des litiges.

Ce rôle central accordé à la jurisprudence arbitrale trouve sa justification dans le fait que l'arbitrage, en raison de ses nombreux avantages, de son caractère juridictionnel, de sa philosophie basée sur la liberté et l'autonomie de la volonté, de sa qualité dans la résolution des litiges par des arbitres-moujtahid, assume une grande responsabilité pour la réalisation de la justice et la construction d'un système juridique moderne en matière de finance islamique. Cette fonction peut être remplie à travers la création des règles juridiques, cette dernière étant l'une des missions attendues de l'arbitrage dans ce domaine.

En effet, la jurisprudence présente de nombreux avantages pratiques et scientifiques notamment en matière de finance islamique.

Premièrement, la jurisprudence constitue la dimension dynamique du droit islamique. En réalité, les besoins évoluent rapidement, ce qui pousse les savants à rechercher des solutions rapides et adaptées. Cet aspect occupe une place particulière dans le domaine de la finance islamique étant donné que ce secteur se développe sans cesse. On se trouve en présence d'une véritable science qui repose sur l'ingénierie financière islamique. Dans ce contexte, on assiste à l'apparition de nouveaux produits et instruments financiers qui exigent des solutions islamiques conformes à l'esprit de la Charia et aux conditions de l'époque contemporaine.

Deuxièmement, il ne fait aucun doute que la jurisprudence constitue une source fondamentale de la rénovation du droit financier islamique en raison de sa dynamique remarquable et de son adaptabilité permanente.

Troisièmement, la jurisprudence représente une réponse aux questions réelles : il s'agit donc d'un droit réel, pratique, empirique, en contact direct avec la réalité vivante.

Quatrièmement, la jurisprudence contribue à l'unification et à l'homogénéisation des règles juridiques et des décisions de justice relatives à la finance islamique. Grâce à elle, peut se constituer un ensemble de principes islamiques et juridiques constituant une source pour les arbitres dans les affaires similaires et pour tous ceux qui sont intéressés par la finance islamique.

Cinquièmement, la jurisprudence joue un rôle important dans le renforcement de la confiance dans l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends liés à la finance islamique. Elle constitue un critère permettant d'évaluer le degré de conformité des arbitres avec les règles et principes de la Charia.

Sixièmement, la jurisprudence permet de gagner de l'effort et du temps puisque l'arbitre peut fonder sa sentence sur les sentences antérieures. Le même constat vaut aussi pour les chercheurs en matière de finance islamique qui peuvent accéder facilement aux solutions jurisprudentielles.

Septièmement, la jurisprudence assure la prévisibilité puisque les justiciables auront déjà une idée sur la solution éventuelle de leurs litiges. Cela est particulièrement vrai notamment dans les questions nouvelles.

Huitièmement, le rôle attribué à la jurisprudence contribue à développer l'esprit de la recherche scientifique chez les arbitres chargés de la résolution des litiges puisque la solution n'est ni codifiée ni donnée d'avance. En effet, cela constitue une source d'enrichissement intellectuel, ce qui apporte des conséquences positives pour la finance islamique.

Neuvièmement, les précédents arbitraux permettent aux administrations juridiques au sein des institutions financières islamiques d'améliorer la rédaction des contrats de financement islamique en évitant les points de faiblesse et d'imperfection, ou les aider à envisager des montages juridiques performants pour les nouveaux produits financiers.

Au final, l'importance de la jurisprudence arbitrale est double. Dans l'arbitrage par amiable compositeur, son rôle est décisif puisque les solutions jurisprudentielles qui constituent des précédents arbitraux forment un véritable droit propre à la finance islamique qui se fonde sur l'ijtihad. Cela est comparable au rôle joué par les usages du commerce international (*lex mercatoria*) qui peuvent être choisis par les parties comme droit applicable au litige. Dans cette optique, le droit applicable est constitué des principes dégagés par des arbitres-moujtahid sur la base de l'esprit et des finalités de la Charia et qui se sont stabilisés avec la pratique constante et le temps. Nul doute que la systématisation de tels principes exige des efforts, des collaborations entre les opérateurs de la finance islamique, la désignation des arbitres ayant de solides connaissances en droit musulman, la formation des comités chargés de la réalisation de ce projet.

Si la jurisprudence joue un rôle central dans l'arbitrage d'amiable compositeur, son rôle n'est pas négligeable lorsque l'arbitrage repose sur un droit choisi par les parties, autrement dit lorsqu'on est en présence d'un arbitrage de droit. Dans ce cadre, le rôle de la jurisprudence consiste essentiellement à interpréter les règles et à combler les vides. Tout cela permet de dégager une vision claire et homogène du droit applicable. De plus, elle constitue une source d'inspiration pour les législateurs aussi bien publics que privés.

A la lumière de ce qui précède, si l'application de la Charia dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique passe essentiellement à travers la codification des règles islamiques liés à la finance, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence arbitrale pourrait largement contribuer à cette mise en œuvre de la Charia. En effet, une fois systématisée, clarifiée, stabilisée, classée, la jurisprudence pourrait remplir une fonction comparable à celle attendue de la codification à travers la consécration des principes et règles homogènes et adaptés à la particularité de la finance islamique. Avec ces principes et règles, on garantit la Charia en tant que droit applicable régissant la finance islamique. Cela montre clairement l'importance de l'arbitrage dans l'application effective et correcte de la Charia aux transactions financières islamiques. Ce qui assure le respect de la spécificité et la singularité de l'industrie financière islamique.

## **§5. Projet d'une charte éthique de l'arbitrage en matière de finance islamique**

Il est indéniable que toute œuvre, toute action, tout projet doit reposer sur des fondements éthiques solides qui lui donnent sens et essence. Sans ces fondements éthiques, le projet devient sans finalité, sans âme. Cette dimension éthique occupe une place très importante dans le domaine de la finance islamique qui repose sur une philosophie religieuse et morale propre. Elle est particulièrement présente en matière de règlement des litiges relatifs à cette finance. Tous ces éléments nous ont amené à réfléchir sur la pertinence de l'élaboration d'un projet de charte éthique relative à l'arbitrage en matière de finance islamique.

En effet, ce projet de charte vise à optimiser l'efficacité technique, professionnelle, morale de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges dans le domaine de la finance islamique. Pour ce faire, la coopération harmonieuse et parfaite entre les opérateurs de la

finance islamique (institutions financières islamiques, Etats, organisations internationales, individus, etc.) est nécessaire. Cette coopération vise, outre la réalisation de la complémentarité et des objectifs communs de l'industrie financière islamique, à assurer la promotion et le succès de l'expérience de la finance islamique, à garantir son développement dans le cadre des règles et principes de la Charia, à lui offrir la place qu'elle mérite, à renforcer la confiance en elle, et à répondre efficacement à ses besoins dans tous les domaines. Tout cela sera au service du bien-être individuel et collectif.

Techniquement, le projet est destiné à faciliter le bon déroulement des procédures d'arbitrage des litiges liés à la finance islamique. Il vise à garantir une procédure arbitrale juste, équitable, conforme à la Charia qui respecte toutes les garanties fondamentales du procès équitable. En outre, il constitue une contribution offerte à toutes les institutions financières islamiques et à tous les centres d'arbitrage. Les principes qu'il pose sont valables tout au long de la procédure arbitrale : depuis la phase d'engagement de l'arbitrage jusqu'au prononcé de la sentence définitive, et même après cette étape. Les principes de ce projet s'imposent aux acteurs de l'arbitrage, qu'il s'agisse d'un arbitrage institutionnel ou *ad hoc*. Notons que ces principes s'appliquent à tous les opérateurs de la finance islamique, toute personne ou institution concourant à la procédure arbitrale tels que les arbitres, les parties, leurs conseils, les centres d'arbitrage, les témoins, les experts, et toute autre personne impliquée dans la procédure arbitrale.

A titre de principes communs, les acteurs liés à l'arbitrage de litiges de financement islamique doivent, en toute circonstance, respecter les principes du projet éthique. A cet égard, ils doivent agir avec loyauté, bonne foi, conscience, diligence, compétence, honnêteté, probité, gentillesse, et dans le respect total des règles, principes et finalités de la Charia et de leurs obligations professionnelles et contractuelles.

Pour régler les litiges relatifs à la finance islamique de manière efficace et conforme à la Charia, les institutions financières islamiques sont vivement invitées à diffuser la culture arbitrale à travers la préparation de l'environnement propice à ce mode de règlement des litiges et l'insertion d'une clause commissaire dans leurs contrats de financement islamique.

Cela dit, les grands principes éthiques contenus dans le projet proposé consistent dans les éléments suivants.

En premier lieu, le tribunal arbitral doit toujours assurer la mise en œuvre de la Charia en tant que loi régissant la résolution du litige. Pour atteindre cet objectif, le tribunal arbitral pourrait adopter l'une des techniques décrites dans nos suggestions antérieures.

En deuxième lieu, la sentence rendue doit être scrupuleusement respectée et rapidement exécutée par les parties. Cela permet, d'une part, de se conformer aux préceptes de la Charia qui exigent l'acquittement des obligations de façon rapide et, d'autre part, de donner une bonne image et de renforcer la crédibilité de la finance islamique aussi bien sur le plan local que sur le plan international.

En troisième lieu, l'arbitrage en islam est un acte d'adoration parce qu'il s'agit d'une mission noble : le fait de trancher un litige opposant telles ou telles personnes. C'est pourquoi, cet acte est récompensé par Dieu à condition que l'arbitre croie réellement que sa mission est un acte d'adoration lui permettant de se rapprocher de Dieu, et qu'il l'assume avec sincérité et bonne foi. Cela doit renforcer le sens de la responsabilité chez l'arbitre : celui-ci est responsable dans la réalisation de la justice aussi bien vis-à-vis de Dieu que vis-à-vis des parties. Et en tant que responsable devant Dieu, l'arbitre doit sentir la surveillance perpétuelle de Dieu, ce qui le pousse à accomplir sa mission avec piété et de manière satisfaisante.

En quatrième lieu, le tribunal arbitral doit, en toutes circonstances, respecter et faire respecter toutes les garanties fondamentales de bonne justice prévues par les règles, principes et finalité de la Charia (respect du droit de défense, égalité des armes, etc.).

En cinquième lieu, l'arbitre doit se conformer aux principes éthiques de la Charia en ce qui concerne l'exercice de la justice, telles que l'indépendance, l'impartialité, la sincérité, la véracité, etc. S'agissant de l'indépendance ou de l'impartialité, l'arbitre ne doit accepter la mission qui lui est confiée que s'il est sûr qu'il sera indépendant et impartial à l'égard des parties, à l'exception des cas où ces dernières, ayant connaissance des éléments propres à mettre en doute l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre, s'accordent toutefois pour permettre sa désignation. De plus, il ne doit pas, tout au long de la procédure arbitrale, se comporter de manière susceptible de mettre en doute son indépendance ou son impartialité comme par exemple l'acceptation des cadeaux ou des avantages quelconques offerts par l'un des acteurs de l'arbitrage.

En sixième lieu, pour accepter la mission qui lui est proposée, l'arbitre doit être compétent dans la matière du litige. Il doit également être sûr qu'il sera en mesure d'assurer le règlement du litige dans des délais raisonnables tout en prenant en considération la complexité et

les circonstances de l'affaire. S'il accepte sa mission, il doit faire l'effort nécessaire pour trouver une résolution juste et équitable du litige qui lui est soumis. Force est d'ailleurs de constater que dans l'hypothèse où l'arbitre ne possède pas de connaissance approfondie sur certains points litigieux, il ne doit trancher ces points qu'après avoir préalablement consulté des experts ayant des connaissances solides dans le domaine concerné. Cela permet d'assurer une solution conforme à la Charia et aux particularités du litige.

En septième lieu, le tribunal arbitral doit respecter le choix des parties quant aux règles régissant le fond et la procédure du litige. A ce titre, il doit trancher le litige conformément aux règles islamiques choisies par les parties, ou à l'équité islamique si les parties lui ont confié le rôle d'amiable compositeur. Quant à la procédure, le tribunal arbitral doit toujours respecter le choix des parties en la matière, tout en respectant les garanties fondamentales de bonne justice.

En huitième lieu, le tribunal arbitral doit, avant de commencer la procédure arbitrale, tenter de concilier ou de proposer une transaction aux parties. Cela lui permet de se conformer aux préceptes de la Charia qui exigent la tentative de conciliation avant toute autre voie de règlement du litige. Ce n'est qu'après l'échec de la tentative de conciliation ou de transaction que le tribunal arbitral pourra arbitrer le litige.

En neuvième lieu, sous réserve des stipulations contraires des parties et des obligations légales et réglementaires, l'arbitre doit respecter la confidentialité dans tous les aspects relatifs au litige qui lui est soumis. Dans cette optique, les informations détenues par lui à l'occasion de la procédure ne peuvent en aucun cas être utilisées à des fins étrangères au règlement du litige. Ces informations ne peuvent pas non plus être employées par l'arbitre en vue d'en tirer un avantage personnel, ou d'accorder un avantage au profit d'un tiers ou en vue de porter préjudice à toute autre personne. En outre, l'arbitre est aussi tenu de respecter le caractère confidentiel du délibéré. A ce titre, mis à part l'exécution de la mission d'arbitrage et les cas où le tiers est associé au déroulement de la procédure, il est interdit à l'arbitre de révéler à aucun tiers l'existence ou le contenu du litige et de la procédure arbitrale. Cette obligation de confidentialité s'impose également aux tiers informés. De plus, la sentence demeure confidentielle, sauf nécessité dans le cadre de la mise en place ou du développement d'un système normatif propre à la finance islamique et sous réserve de l'accord des parties.

En dixième lieu, l'arbitre doit être courtois dans l'exercice de sa mission, de bonne moralité. Il doit également éviter tout ce qui est de nature à porter préjudice à l'image et à la crédibilité de l'arbitrage et de la finance islamique en observant le bon comportement. Il doit être

un modèle à suivre quant au respect des principes et valeurs moraux de l'islam. Ces obligations s'expliquent par le fait que l'arbitre joue un rôle important dans la promotion de l'industrie financière islamique en donnant une bonne perception de cette industrie. Cette mission se conjugue avec la mission juridictionnelle pour développer le rôle et la place de la finance islamique.

En onzième lieu, l'arbitrage en droit musulman repose sur la simplification et la facilitation. Pour atteindre cet objectif, l'arbitre doit être modéré dans la fixation de ses honoraires. Cela aura l'avantage de développer le rôle de l'arbitrage dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique.

En douzième lieu, les institutions financières islamiques et leurs conseils sont tenus de se comporter de bonne foi. Dans ce cadre, ils doivent éviter la production des faux documents, la dissimulation des informations importantes, la présentation des informations erronées. De même, ils doivent éviter toute manœuvre abusive ou dilatoire dont l'objectif est de perturber la bonne marche de l'instance arbitrale ou de retarder le prononcé de la sentence. Egalement, aucune influence ou pression directe ou indirecte sur les arbitres ne doit pas être exercée par eux. De plus, ils doivent en principe respecter d'autres obligations, notamment la confidentialité de l'arbitrage et le respect du principe du contradictoire. Néanmoins, certaines circonstances particulières exigent que des mesures conservatoires soient prises de manière non contradictoire.

En treizième lieu, concernant les centres d'arbitrage, ils doivent respecter et faire respecter les principes éthiques de la Charia relatifs à l'arbitrage. Ils doivent mettre en place toutes les garanties assurant la mise en œuvre de la Charia comme par exemple l'institution d'un Comité chargé notamment de la vérification de la conformité de la sentence à la Charia. En tant qu'autorité de désignation, ils doivent nommer des arbitres indépendants, impartiaux, disponibles, compétents, de bonne moralité, soucieux de l'application cette dernière. A tout le moins, ils doivent désigner au sein du tribunal arbitral un spécialiste de la Charia. De plus, en collaboration avec le tribunal arbitral, ils veillent à une application mesurée des délais de la procédure de façon à éviter les comportements dilatoires et à permettre au tribunal arbitral de mener à bien sa mission dans des conditions favorables.

En quatorzième lieu, les centres d'arbitrage ont des responsabilités morales dans plusieurs domaines : contribuer à l'enracinement de l'idée de la nécessité de l'application de la Charia ; diffuser la culture arbitrale en tant que voie permettant la mise en œuvre effective de la Charia ; proposer des formations, des conférences, des études sur le thème de l'arbitrage en

matière de finance islamique ; envoyer des rapports aux institutions financières islamiques contenant des recommandations inspirées des sentences arbitrales rendues en vue d'éviter les points qui continuent régulièrement à soulever des litiges ; la création d'une institution chargée de l'évaluation de l'efficacité du système de règlement des litiges relatifs à la finance islamique ; collaborer avec les Comités de la Charia au sein des institutions financières islamiques au travers des réunions régulières, des programmes d'action commune, afin de dialoguer et d'échanger sur des questions communes intéressant la finance islamique ; coopérer avec les institutions financières islamiques pour la mise en place d'un système juridique cohérent et efficace relatif à la finance islamique ; la prise en compte des recommandations, des *fatwas*, des œuvres codificatrices relatives à l'industrie financière islamique ; la mise en place des mécanismes permettant la communication des informations sur les questions religieuses, juridiques, économiques relatives à la finance islamique afin d'homogénéiser les sentences arbitrales rendues dans ce domaine. Cela permet de renforcer la confiance de la clientèle en les institutions financières islamiques.

En quinzième lieu, quant à la sentence arbitrale en matière de finance islamique, il est préférable qu'elle soit rendue à l'unanimité des membres du tribunal arbitral. L'application de la règle majoritaire n'est possible que si l'unanimité n'a pas été atteinte. En outre, les parties doivent exécuter spontanément et immédiatement la sentence arbitrale.

Enfin, pour réaliser concrètement le projet de charte éthique, les acteurs de la finance islamique (institutions financières islamiques, Comités de la Charia, Centres d'arbitrage, etc.) sont invités à mettre en place un Comité dont l'objectif est de compléter et de développer les mécanismes de règlement des litiges relatifs à la finance islamique en vue de faire de l'arbitrage la voie naturelle et privilégiée de résolution de ces litiges. Pour atteindre cet objectif, ce Comité sera chargé de deux missions : d'une part, la réalisation des études et des réflexions stratégiques en réunissant les dirigeants (leaders) de l'industrie financière islamique et, d'autre part, l'organisation de forums réguliers qui auront pour mission d'établir les objectifs futurs, les finalités pratiques à atteindre, les perspectives d'avenir. De plus, au cours de ces forums, les participants déterminent également les défis et les difficultés actuels et futurs auxquels est, ou sera, confrontée la finance islamique dans le domaine de la résolution des litiges. Une fois définis ces défis et difficultés, ils vont déployer des efforts en vue de trouver des mécanismes permettant d'y faire face de manière efficace.

Autrement dit, l'expansion continue de l'industrie financière islamique implique nécessairement une réflexion actualisée et renouvelée sur toutes les problématiques relatives au règlement des litiges pouvant naître dans le cadre de cette industrie. Une telle réflexion s'avère nécessaire plus que jamais dans la mesure où elle permet d'envisager des mécanismes et de proposer des solutions adaptées au contexte, aux besoins et à la singularité de la finance islamique. Tout cela assure sans doute un développement harmonieux et efficace de l'industrie financière sur le plan de la résolution des litiges.

Au final, l'importance de l'existence d'une charte éthique relative à l'arbitrage des litiges de financement islamique ne fait aucun doute. En effet, cette charte contribue assurément à encadrer moralement la procédure arbitrale relative aux litiges de financement islamique. Elle garantit la mise en œuvre des principes éthiques et religieux de la religion musulmane tout au long de la procédure arbitrale. Son importance technique n'est pas négligeable. Elle permet en effet d'organiser une justice arbitrale efficace, pratique, équitable, rapide et respectueuse de toutes les exigences du procès équitable. Tout cela aura une incidence positive considérable sur l'expansion globale et l'image de la finance islamique en tant que secteur d'activité basé sur des considérations religieuses et éthiques.

C'est pourquoi, nous invitons vivement les acteurs de la finance islamique à promulguer une charte éthique sur l'arbitrage des litiges de financement islamique inspirée de nos suggestions évoquées plus haut. Il faut également déployer des efforts en vue de la généralisation de cette charte au point qu'elle soit applicable à tous les litiges relatifs à la finance islamique soumis à l'arbitrage. Autrement dit, cette charte doit être respectée par tous les acteurs de l'arbitrage des litiges de financement islamique, qu'il s'agisse d'arbitrage *institutionnel* ou *ad hoc*. Sans doute, une telle généralisation sera bénéfique aussi bien pour les acteurs de l'arbitrage que pour l'industrie financière islamique dans son ensemble.

## Conclusion

L'étude sur l'arbitrage des litiges relatifs à la finance islamique revêt une importance toute particulière dans la mesure où elle essaye de répondre aux problématiques que pose le développement de la finance islamique dans le domaine de la résolution des litiges en cherchant des solutions efficaces et adaptées aux besoins et aux spécificités de cette finance. En effet, la finance islamique a vocation à se singulariser par rapport à la finance conventionnelle ou classique. Cette singularité se manifeste à plusieurs niveaux : au niveau des sources d'inspiration, cette activité repose sur des fondements religieux puisant essentiellement dans le Coran, la Sunna, l'ijma' et dans d'autres sources normatives du droit islamique. Il s'agit donc d'une finance religieuse et éthique ; elle s'inscrit dans une conception philosophique qui lui est propre. C'est en réalité cet ancrage dans la philosophie religieuse et éthique islamique qui donne à l'industrie financière islamique son essence, son sens, sa raison d'être et lui détermine ses finalités.

Ce fondement religieux de la finance islamique conduit à ce que toutes ses activités, ses produits, ses montages, ses mécanismes de fonctionnement, ses objectifs doivent être conformes aux règles et principes de la Charia. Dans cette optique, nous avons vu qu'elle doit se démarquer de tout ce qui est de nature à porter préjudice, moral ou matériel, à l'homme ou la société. A ce titre, elle interdit la Riba, la mayssar, l'injustice, l'enrichissement sans motif légitime, le fait de porter atteinte aux biens d'autrui, les mensonges, l'exploitation, la thésaurisation, etc. En revanche, elle ordonne la justice, l'équité, la solidarité, la bienfaisance, la véracité, et tout ce qui est bien pour l'homme et la société. Elle tente de réaliser les finalités de la Charia dans le domaine financier et économique, comme nous l'avons vu au cours de notre étude.

Au niveau contractuel, la finance islamique s'appuie sur des contrats de financement assez particuliers. Bien que trouvant leur source d'inspiration en droit musulman classique, ces contrats se sont aujourd'hui très largement adaptés pour répondre aux besoins de l'époque contemporaine en donnant naissance à des formes contractuelles complexes et techniquement singulières. Inspirés de la tradition juridique islamique, les contrats de financement islamique reposent sur plusieurs postulats parmi lesquels : la nécessité de l'existence des activités économiques réelles ; le principe du partage de la perte et du profit ; la réalisation d'un développement réel sur le plan économique et social ; la justice sociale, etc.

L'expansion quantitative et qualitative remarquable de la finance islamique et l'affirmation de sa singularité ont donné lieu à des litiges de nature particulière. Ceci nous a amené à réfléchir sur la meilleure voie permettant la prise en compte de la spécificité de la finance islamique et la réalisation de ses objectifs dans le domaine de la résolution de tels litiges. Une telle résolution doit être pratique, efficace et conforme aux exigences de la vie financière contemporaine.

Dans cette perspective, nous avons trouvé que la justice étatique n'est pas apte à prendre en considération la particularité de la finance islamique. En effet, le recours au juge étatique en vue de régler des litiges relatifs à la finance islamique a été source de nombreuses difficultés aux conséquences particulièrement dangereuses. Cela tient essentiellement au caractère séculier du juge étatique et du droit que ce dernier applique. Ces difficultés se manifestent à travers, d'une part, la requalification par le juge des contrats de financement islamique pour les rendre compatibles avec les droits étatiques en vigueur. En réalité, cette requalification a vidé les contrats de financement islamique de leur substance en les empêchant de réaliser leurs finalités. D'autre part, le recours au juge étatique a entraîné la neutralisation de la Charia en tant que droit applicable au contrat, ce qui constitue une conséquence très grave puisque la finance islamique dans son ensemble repose sur la Charia, y compris dans le domaine de la résolution des litiges.

A côté de ces problèmes fondamentaux tenant à la prise en compte de la particularité de la finance islamique, la justice étatique présente également de nombreux autres défauts qui la rendent très peu adaptée aux exigences des litiges relatifs à la finance, tels que la lenteur, la complexité de la procédure, son caractère autoritaire et imposé, la question de la compétence technique des juges, sa difficile adaptabilité aux transformations économiques et sociales, etc. Tout cela met en évidence que les litiges relatifs à la finance islamique ne peuvent pas être réglés de façon religieusement et techniquement satisfaisante par le juge étatique. De ce fait, le développement et l'expansion de la finance islamique se trouvent perturbés, ce qui entraîne des incidences négatives sur la confiance de la clientèle à ce secteur d'activité.

Face à ces handicaps et limites de la justice étatique, la solution a été recherchée dans l'univers des modes alternatifs de règlement des litiges. A cet égard, une distinction fondamentale a été opérée entre, d'une part, les modes amiables de règlement des litiges et l'arbitrage de l'autre. Quant aux modes amiables de règlement des litiges, ils présentent des avantages certains qui permettent de prendre en considération la singularité de la finance islamique. Cependant, cette prise en compte reste insuffisante dans la mesure où ces modes ne

présentent pas un mécanisme complet, homogène et cohérent de règlement des litiges relatifs à la finance islamique. Leur contribution à la construction d'un système juridique propre à la finance islamique est très limitée. C'est pourquoi, ils ne peuvent pas participer efficacement à la promotion de l'industrie financière islamique, notamment quant à l'élaboration d'une jurisprudence appelée à jouer un rôle fondamental dans le secteur de la finance islamique. De plus, ils souffrent d'un défaut majeur au niveau de la force de la solution proposée, puisque l'efficacité d'une telle solution dépend presque entièrement de la bonne volonté des parties. Si les parties refusent d'exécuter la solution proposée, cela aboutit à la perte du temps et de l'effort de manière inutile. Ceci n'est pas compatible avec les besoins de la finance islamique qui exige une solution rapide et obligatoire pour les parties. En outre, l'absence de caractères juridictionnels des modes amiables de règlement des litiges pose également des interrogations essentielles autour des garanties fondamentales du procès équitable. Or, ces garanties revêtent une importance primordiale dans le domaine de la résolution des litiges. Il s'agit d'un pilier fondamental de la justice, aussi bien dans le système islamique de règlement des litiges que dans les systèmes contemporains.

Dans ce contexte, l'étude a montré que la meilleure voie, pour prendre en considération la spécificité de la finance islamique, pour garantir l'application de la Charia dans la résolution des litiges relatifs à ce secteur d'activité, pour contribuer au développement et à la promotion de l'industrie financière islamique, réside dans le recours à l'arbitrage. En effet, ce mode alternatif de règlement des litiges s'adapte parfaitement avec les exigences des litiges relatifs à la finance islamique. Il bénéficie d'une très grande légitimité religieuse islamique. Il s'agit d'une technique de règlement des litiges fortement enracinée dans la culture juridique islamique. Reconnu par les principales sources normatives de la Charia, l'arbitrage a joué un rôle fondamental dans la régulation de la vie politique, économique et sociale des peuples musulmans. De plus, en droit musulman, le recours à l'arbitrage est préféré à celui du juge puisque ce mode contribue à la pacification des litiges en évitant le conflit entre les parties.

Fort de cette légitimité religieuse, l'arbitrage a également le grand avantage de s'appuyer sur les valeurs de la liberté et de la volonté. Autrement dit, sa philosophie repose sur la liberté contractuelle et le principe de l'autonomie de la volonté des parties. Il s'agit d'une justice conventionnelle. Pleinement conforme aux règles et principes de la Charia, la base volontaire de l'arbitrage facilite la prise en compte de la singularité de la finance islamique à travers : le choix des arbitres compétents en droit islamique ; le choix du droit applicable qui assure la mise en œuvre de la Charia. Force est de constater que la reconnaissance et l'exécution de la sentence

arbitrale est aujourd'hui relativement facile parce que les Etats se montrent de plus en plus ouverts à l'égard de l'arbitrage, ce qui est favorable à l'application de la Charia en tant que droit applicable.

En outre, il faut ajouter les autres avantages de l'arbitrage qui résident essentiellement dans l'affirmation de son caractère juridictionnel, la rapidité, la confidentialité, la compétence, la souplesse, son rôle dans le maintien des relations d'affaire entre les parties, la présentation de toutes les garanties fondamentales d'un procès équitable, etc. Ces attributs de l'arbitrage garantissent une solution juste, pratique, efficace et adaptée aux besoins et exigences de la finance islamique.

A la lumière de ces considérations, l'arbitrage apparaît fondamentalement comme la justice naturelle des litiges relatifs à la finance islamique, la voie qui mérite d'être privilégiée par toutes les institutions financières islamiques en vue d'assurer le règlement de leurs différends. En réalité, l'arbitrage est une protection religieuse, morale, juridique et technique de l'industrie financière islamique. C'est le seul mécanisme qui permet la prise en compte de ces dimensions lors de la résolution des litiges relatifs à la finance islamique.

Afin de renforcer le rôle de l'arbitrage en tant que mécanisme adapté de règlement des litiges relatifs à la finance islamique et pour faire de ce mécanisme un véritable instrument au service de l'édification d'un système juridique islamique cohérent, homogène et moderne, un projet de réforme du droit musulman de l'arbitrage a été présenté. Ce projet vise à développer ou à moderniser l'arbitrage dans toutes ses étapes : de la convention à l'exécution de la sentence. Tout cela est encadré par un projet de charte éthique de l'arbitrage en matière de finance islamique. En effet, une telle perspective s'inscrit parfaitement dans la logique du droit musulman et complète l'œuvre des jurisconsultes musulmans. A ce titre, l'étude a souligné que les savants musulmans classiques ont proposé des solutions conformes à leur contexte, à leur état de civilisation. Leur œuvre a été par la suite enrichie par la majella ottomane, puis par l'Académie de fiqh islamique, ensuite par la norme de l'arbitrage de l'AAOIFI. En dépit de l'importance de ces œuvres, une nouvelle réflexion sur l'arbitrage s'avère nécessaire, compte tenu de nouvelles données examinées dans le cadre de la présente étude, notamment l'évolution accélérée de la finance islamique et les insuffisances des systèmes juridiques et juridictionnels étatiques.

Dans ce contexte, on invite les acteurs de la finance islamique à mettre en œuvre les idées formulées dans le cadre de ce projet pour renforcer le rôle de l'arbitrage dans la résolution des

litiges relatifs à la finance islamique. Ce faisant, l'arbitrage peut devenir un pilier essentiel de l'industrie financière islamique, en participant efficacement à la promotion de cette activité. Avec une justice équitable, pratique, efficace, conforme à la Charia et adaptée, la finance islamique se trouve renforcée et consolidée.

Au final, l'essor actuel et futur de la finance islamique poserait des interrogations importantes relativement à l'avenir des mécanismes de la résolution des litiges en matière de finance islamique. Celles-ci s'articulent autour de deux questions majeures. La première concerne le point de savoir comment renforcer le rôle de la technologie moderne dans le règlement des litiges relatifs à la finance islamique. La seconde question est liée à la consécration de l'autonomie complète de l'arbitrage à travers sa professionnalisation : dans quelle mesure l'arbitrage peut-il devenir une profession réglementée où des professionnels l'exercent de façon régulière selon des exigences et des règlements préétablis ? Quelles sont les étapes qui permettent la réalisation d'un tel projet ? Quel sera le rôle des Etats dans ce processus de professionnalisation ? En effet, ces questions méritent de retenir attention et réflexion des chercheurs. Elles exigent la collaboration des opérateurs de la finance islamique dans les différents domaines.



# Bibliographie

## I- Noble Coran et *Hadiths* prophétiques

### ➤ Le Noble Coran

- Le Noble Coran, Sourate Al Bakara (La Vache), versets 2, 30, 110, 143, 198, 275, 276, 279 , 280, 282 et 283. Nouvelle traduction française du sens de ses versets par Mohammed Chiadmi, Editions Tawhid, Lyon, 2007.
- Le Noble Coran, Sourate Al Omran (La Famille d’Imran), versets 32, 59, 85, 130.
- Le Noble Coran, Sourate Al Nissa’ (Les Femmes), versets 1, 12, 13, 14, 29, 35, 36, 58, 59, 60, 65, 80, 83, 105, 141, 161.
- Le Noble Coran, Sourate al-Ma’ida (La Table), versets 2, 3, 8, 42, 44, 45, 47, 48, 90, 95, 106, 115.
- Le Noble Coran, Sourate Al-an’am (les bestiaux), versets 38, 108, 152.
- Le Noble Coran, Sourate al Araf, verset 199.
- Le Noble Coran, sourate Al Tawba (Le Repentir), versets 34, 35, 105.
- Le Noble Coran, Sourate Houd, verset 61.
- Le Noble Coran, Sourate Yusuf, verset 40.
- Le Noble Coran, Sourate Ibrahim, verset 1.
- Le Noble Coran, Sourate al-Nahl (Les Abeilles), verset 89.
- Le Noble Coran, sourate Al Isra’ (Le Voyage nocturne), verset 26.
- Le Noble Coran, Sourate Al Kahf (La Caverne), versets 19, 77, 94.
- Le Noble Coran, Sourate Al Anbiyaa (Les Prophètes), verset 107.

- Le Noble Coran, Sourate Al Mominon (Les Croyants), verset 8.
- Le Noble Coran, Sourate Al Nour (La lumière), verset 63.
- Le Noble Coran, Sourate al-Furqân (le Discernement), verset 33.
- Le Noble Coran, Sourate Al Kassas (Les Histoires), versets 26, 77.
- Le Noble Coran, Sourate Al Rome (Les Romains), verset 39.
- Le Noble Coran, Sourate Al Ahzab (Les coalisés), verset 36.
- Le Noble Coran, Sourate Fatir (Le Créateur), verset 39.
- Le Noble Coran, Sourate Al Zomar, versets 18, 55.
- Le Noble Coran, Sourate Sad, verset 24, 29.
- Le Noble Coran, Sourate al Choura, verset 10.
- Le Noble Coran, Sourate Al Jathia, verset 18.
- Le Noble Coran, Sourate Al Dhariate, verset 56.
- Le Noble Coran, sourate Al Najm (Etoile), versets 39, 40.
- Le Noble Coran, sourate Al Hashir (L'Exode), verset 7.
- Le Noble Coran, sourate Al Mumtahina (L'Epreuve), verset 8.
- Le Noble Coran, Sourate Al Saff (Les rangs), verset 2.
- Le Noble Coran, Sourate Al Jumua, verset 10.
- Le Noble Coran, Sourate Al Talak (Divorce), verset 6.
- Le Noble Coran, Sourate El Muzzammil, verset 20.

### ➤ **Les *Hadiths* prophétiques**

- Hadith authentifié par Al Albani dans le Sahih, 86
- Hadith rapporté par Abo Daoud dans les Sunnan, 4/5.
- Hadith rapporté par Abo Daoud, n°3383.

- Hadith rapporté par Abou Daoud dans ses Sunan, Hadith n°3596.
- Hadith rapporté par Abou Daoud, n°3383.
- Hadith Rapporté par Al Boukhari dans « Sahih », Kitab al Iman, Chapitre Alamat al Mounafiq, n°32.
- Hadith rapporté par Al Boukhari, 2/781, N°2125.
- Hadith rapporté par al Boukhari, 2531.
- Hadith Rapporté par al Boukhari, Fath al bari fi sharh sahih al boukhari, 53/5, n°2387
- Hadith Rapporté par Al Boukhari, n° 7222.
- Hadith rapporté par al Boukhari, n°2076.
- Hadith rapporté par Al Boukhari, n°2765.
- Hadith rapporté par Al Tarmadi, 6-9.
- Hadith rapporté par Al tarmazi, 2167.
- Hadith rapporté par al Tarmazi, n°1209
- Hadith rapporté par al Tarmazi, n°1315.
- Hadith Rapporté par Al-bayhaqui, *Alsounan al-qoubra*, hadith n° 20510.
- Hadith Rapporté par Al-Nassai dans al Sahih, hadith n° 4980, 3/1091
- Hadith rapporté par Boukhari, n°2079.
- Hadith rapporté par Ibn Daoud n°302.
- Hadith rapporté par Ibn Majah (2141), l'imam Ahmad 5/272.
- Hadith rapporté par Ibn Majah, n°2287.
- Hadith rapporté par Ibn Majah, Sunan Ibn Majah, 2443.
- Hadith rapporté par l'imam Ahmad dans son Moussnad, 326/5.
- Hadith rapporté par l'Imam Ahmad dans son Moussnad, Hadith n°8729.
- Hadith Rapporté par l'Imam Ahmad Ibn Hanbal dans sa Moussnad, n° 21837
- Hadith Rapporté par l'Imam Ahmad, 3/101.

- Hadith rapporté par l'Imam Ahmad, 3/402.
- Hadith rapporté par l'Imam Ahmad, Am Mousnad, n°1, 379.
- Hadith rapporté par l'Imam Ahmad, Am Mousnad, n°1, 379.
- Hadith rapporté par l'Imam Al Boukhari n°2302.
- Hadith rapporté par l'Imam Al Tarmazi, Jamai Al Imam al taramazi, 3/626.
- Hadith rapporté par l'Imam Mouslem dans son Sahih, 3/1336.
- Hadith rapporté par l'Imam Mousslim, Hadith n° 1525.
- Hadith Rapporté par Mouslim, *Sahih Mouslim* dans la partie Al-iman, hadith n.2623.
- Hadith rapporté par Mousslim, hadith n°1598.
- Hadith rapporté par Mousslim, n°1584.

## **II- Ouvrages**

### **▪ En langue arabe**

#### **➤ Ouvrages classiques**

- Abo Hamed Al Ghazali, *Al moustafa*, 392/2.
- Abou Alhassan Altrabelsi, *Moein Alhokam*, pp. 24-25.
- Al abani, *Al Jamii al Saghir*, 2/1097.
- Al Adawui, *Hachiat Al Adawui Ala Al Kharchi*, 5/180.
- Al Albani, *Sahih Al-jami'a*, n.7520.
- Al Amdi, *Alihkam fi assoul alahkam*, 4/111.
- Al Baihaki, *Al Sunan al koubra*, 5/311.

- Al Bouhouti, *Al Rawad al Mouraba'*, 2/56.
- Al Bouhouti, *Kachaf Al Kinaa*, 6/307.
- Al Chafi'i, *Al Oum*, 8/305.
- Al Chatibi, *Al Mofakat*, vol 1, p. 38.
- Al Chawkani, *Irchad al fouhoul*, 2/715.
- Al Chirazi, *Al Mouhzaab*, 12/375.
- Al Dardir, *Charh al saghir*, 3/261.
- Al Dardir, *Sharh Alkabir*, p. 153.
- Al Dassouqi, *Hachiat Al Dassouqi ala Al Charh al Kabir*, 3/160.
- Al Hakem, *Al Moustadrak ala assahihin*, 2/286.
- Al Hattab, *Moahib al jallil*, 6/112.
- Al Hattab, *Tahrir al kalam fi massa'il al iltizam*, 1984, p.154
- Al Jassas, *Ahkam Al Koran*, 3/181.
- Al Jozeri, *La doctrine des quatre écoles* (en arabe), tome 3, p. 35.
- Al Kaffal, *Hiliat al oulama fi ma'rifat madaheb al foukaha'*, 2/7.
- Al Karafi, *Al Forok*, 4/13, p. 204
- Al Khatib Al Sharbini, *Moughni al Mouhtaj*, tome 2, p. 310.
- Al Kornati, *Al kawanin al fiqhiyya*, p. 280.
- Al Kortubi, *Jama'I li ahkam al kouran*, 46/6, p. 47.
- Al Mardaoui, *Al inssaf*, 11/197.
- Al Marghinani, *El Hidayah. Charh Bidaiyat al Mouhtadi*, tome 7, p. 58.
- Al Mawardi, *Adab al kadi*, 2/377.
- Al Mawardi, *Adab alduniyya wa aldin*, p. 196.
- Al Moussoli, *al ikhtiyar*, 2/84.
- Al Nawawi, *Al Majmou'*, tome 14, p. 359.

- Al Nawawi, *Charh al mouhazab*, vol 14, p. 358.
- Al Nawawi, *Charh Sahih Mouslem*, 12/20.
- Al Nawawi, *Rawdat al talibine wa Oumdat al Moufytine*, Tome 11, p.121-123
- Al quorafi, *al-fourouk*, 4/114.
- Al Ramli, *Al mouhtaj aila sharh al minhaj*, 5/270.
- Al Ramli, *Nihayat al Mouhtaj*, 8/231.
- Al Razi, *Moukhtar al sihah*, 1986.
- Al Samar kandi, *Tohfat al foukaha'*, 3/370 et s
- Al Sarkhassi, *Al Mabsout*, 16/59.
- Al Sayouti, *Mataleb oula al naha fi sharh ghayet al mountaha*, 6/471.
- Al Shatibi, *Al moufakat*, 2/37.
- Al Shawkani, *Fath al kadir*, 6/242.
- Al Shirazi, *Al Mohazab*, 9/269.
- Al Sioti, *Mataleb ouli alnouha fi sharh ghayat al mountaha*, 6/471.
- Al taftazani, *Charh al-Talwîh 'alâ al-Tawdîh* 2/52.
- Al taraboulsi, *Moein al hokam*, 1/182.
- Al Zailai, *Tabyin al haqa'eq sharh kanz al daqa'eq*, 5/118.
- Al Zarghashi, *Sharh ala moukhtassar al kharki*, 7/238.
- Al Zouhri, *Atabaqat al qoubra*, 6/132.
- Al Zurqani, *Sharh al Mouta'*, p. 129.
- Alassqalani, *Fath albary*, 7/411.
- Alaz Ibn Abdel Salam, *Kawaid alahkam fi massaleh alanam*, 2/43.
- Alla' aldin Alhasfaqui, *Charho tanwir al-abssar hashiyat ibn abidine*, tome 2.
- Ez Al Din Khojah, *al kirad*, 1ère éd. 1993, p. 17.
- Ibn Abdin, *Rad Al Mouhtar*, 5/428.

- Ibn Abdin, *Rad al Mouhtar*, 5/430.
- Ibn Al Hmama, *Sharh Fath Alkadir*, 5/498.
- Ibn Al Qayim, *Al-Turuq al-hukmiya*, p.14.
- Ibn Al Qayim, *Alam al Moukiin*, 1/47 ;
- Ibn Al Qayim, *madarij al-salikine*, 2/1180.
- Ibn Arabi, *Ahkam al kouran*, 4/34.
- Ibn Baaz, *Majmoo' Fataawa*, 19/245.
- Ibn Farhoun, *tabssirat al-hokam*, 1/65.
- Ibn Farhoune, *L'instruction des arbitres dans les origines de la magistrature et la discipline des sentences arbitrales*, Tome 1.
- Ibn Farhoune, *Tabssirat alhokam*, 1/50.
- Ibn Hajar Alssqalani, *Alissaba fi tamieze al sahaba*, 1/95.
- Ibn Hamidine, *Al ouqoud al diriya fi tanqih al fatawi al hamidiya*, 2/321.
- Ibn Hazm, *Al Ahkam*, 6/55
- Ibn Hazm, *Al Mouhalla*, 9/429.
- Ibn Hicham, *La vie du Prophète*, tome 1, p. 203.
- Ibn Kathir, *Tafssir Al coran*, 1/98
- Ibn Majashon, *al Montka Sharh al-Motaa*, tome 5, p. 227.
- Ibn Mansour, *Al fatwa al Handiyya*, 3/468.
- Ibn Moufleh Al Maqdissi, *Al Fourou'*, 4/171.
- Ibn Nojeim, *Albahro Araik*, 2 /7, p. 27.
- Ibn Qayim Al Jaoziyya, *Alam Al Moukyin*, tome 1, p. 384.
- Ibn Qudamah, *Al Kafi*, 3/436.
- Ibn Qudamah, *Al Moughni*, vol.5, p. 135.
- Ibn Rouchd, *Bidayaat al moujtahid*, 2/160.

- Ibn Taimiyya, *Al Fatawa*, 35/355.
- Imam Malek, *Al moudaouana*, 3/270.
- Khassaf, *Al Sharh*, p. 482.
- Mohammad Kadri Pacha, *Mourshid al hairan*, 1891, Article 262.

### ➤ **Ouvrages contemporains**

- Abdallah Al Mounei, *Recueil de fatawas et recherches*, Tome 4, 1<sup>ère</sup> édition, 1999
- Abdel Almoutaleb Hamdan, *La moudarab comme elle est pratiquée dans les banques islamiques*, Alexandrie, 2007
- Abdel Hamid al Baali, *Après la dissolution du régime économique capitaliste*, Le Koweït, Association Al Islah al ijtimaai
- Abdel Hamid Al Baali, *Projet de codification des préceptes du Fiqh des transactions financières contemporaines*, Al Diwan Al Amiri, Le Koweït, 2011,
- Abdel Hamid Mitwali, *La charia islamique comme source de la Constitution*, 3<sup>ème</sup> édi. Moncha'at al-Ma'aref, Alexandrie, 1986.
- Abdel Kader Ouda, *La législation pénale musulmane*, 2/708.
- Abdel Nasser Abo Bassl, *La théorie du jugement judiciaire dans la Charia et le droit*, 2000.
- Abdel Rahman Al Sabouni, Khalifa Ba Bakr, Mahmoud Tantawi, *Introduction au Fiqh et histoire de la législation islamique*, 1982.
- Abdel Razak Alhiti, *Les banques islamiques entre la théorie et la pratique*, Dar Ossama, Aman, 1998.
- Abdel Razzaq Sanhoury, *Les sources du droit en fiqh islamique*, tome 3, Le Caire, 1997.

- Abdel Razzaq Sanhoury, *Traité de droit civil*, la preuve, Le Caire, 1968.
- Abdelaziz AL Qassar, Issam Al Anzi et Ali Alrached, *Les transactions financières islamiques contemporaines*, Majlis al Nachr al Ilmi, Le Koweït, 2011
- Abdelhamid Al Baali, *L'introduction aux banques islamiques*, Le Caire, 1983.
- Abdelhamid AlZiyada, *La convention d'arbitrage commercial : étude comparative entre la Charia et le droits égyptien et libyens*, dar Al-matbou'at Al-jami'ia.
- Abdelkarim Kandous, *L'ingénierie financière islamique : entre théorie et pratique*, 1<sup>ère</sup> éd. Mo'ssat al rissalah, 2008.
- Abdelkarim Nassir, *L'arbitrage chez les Arabes*, Dar alnahda alarabiyya, Le Caire, 2002.
- Abdelkarim Zaidane, *Alwajiz fi oussoul al fiqh*, Moa'ssat kortouba, 1976.
- Abdelkarim Zaidane, *Introduction à l'étude de la législation musulmane*, 1<sup>ère</sup> édi. Rissala nachiroun, 2006.
- Abdul Hamid Albaali, *Des piliers stratégiques des opérations financières islamiques*, Dar al rawi, Arabie Saoudite, 2000.
- Abi Obeid Al Kassem Ben Slam, *Le Livre des biens (Kitab al Amwal)*, authentifié par Mohammad Khalil Holass, Beyrouth, Dar al kotob al illmiyya, 1986.
- Abo Zahra, *Fondements du fiqh*, Dar alfikr, Le Caire, 1958.
- Ahmad Abo alwafa, *L'arbitrage libre et l'arbitrage forcé*, Al-ma'arif ,aliskandariya, 1988.
- Ahmad Afiomi, *Al Msbah al mounir*, tome 2, Al maktaba al ilmiya, Beyrouth.
- Ahmad Al Rayssouni, *La théorie des finalités chez l'imam Al Chatibi*, 2<sup>ème</sup> éd. Dara Al alamiyya, 1992.
- Ahmad Al Qari, *Revue des décisions de la Charia*, 1<sup>ère</sup> édition, p.607, étude et enquête du Pr. Abdelwahab Abou Souleyman et Pr. Mohamad Ibrahim Ahmad.

- Ahmar Rousslan, *La justice et la preuve dans le Fiqh islamique et le droit yéménite*, Dar Ennahda Al Arabiya, Le Caire, 1997.
- Al-Mousou'a Al Fikhiya, de ministère des affaires islamiques et de Wakf en Koweït, Tome 10.
- Algaziry abdulrahman, *La doctrine des quatre écoles sunnites*, beyrouth, dar ihya alturath al arabia, 1963.
- Ali Al Gordaghi, *Introduction à l'économie islamique. Etude comparative avec l'économie positive à la lumière du Coran, de la Sunna et des finalités de la Charia*, Tome 2, volume 1, 2<sup>ème</sup> éd., Beyrouth, Dar al bashaair, 2013.
- Ali Alghardaghi, *Recherches dans le fiqh des banques islamiques, étude juridique et économique*, tome 5, vol. 2, Dar al Bacha'ir, Beyrouth, 2013, pp. 632-633.
- Ali Alghardaghi, *Recherches dans le fiqh des banques islamiques, étude juridique et économique*, tome 6, vol. 2, Dar al Bacha'ir, Beyrouth, 2013
- Ali Alsalous, *L'économie islamique et les enjeux doctrinaux contemporains*, Dar al thakafa, Qatar, 1996.
- Ali Alsalous, *Les transactions financières contemporaines*, Maktabt Al Falah, Le Koweït, 1996.
- Ali Haidar, *dorar al hokam fi sharh majalt al ahkam*, tome 1, Dar al koutb alilmiyya, Beyrouth.
- Amer Al-Zibari, *Recherche sur les règles de la fatwa*, 1<sup>ère</sup> édition, Dar ibn Hazm, Beyrouth, 1995.
- Amira Machour, *L'investissement dans l'économie islamique*, Le Caire, 1991.
- Aouf Al Kfrawi, *Recherches dans l'économie islamique*, Mo'assat al thakafa al jamiyya, Alexandrie, 2000.
- Assad Mandil, *Les règles du contrat d'arbitrage et ses procédures*, Bagdad, 2011.

- Awad Abdelaziz, *L'administration ottomane dans la province syrienne 1864-1914*, Dar al Ma'arif, Le Caire, 1969, pp. 112.
- Azmi Abdel Fattah, *Droit de l'arbitrage koweïtien en comparaison avec la nouvelle loi française sur l'arbitrage de 2011*, 2<sup>ème</sup> édition, Dar Al Koutob, Le Koweït, 2012.
- Banque Fayssal islamique, *Fatawa du comité de la Charia*, 1982.
- Département de l'économie islamique, *Guide de l'économie islamique. Principes et pratique*, Université du Koweït.
- Eid Alkassas, *Les règles de l'exécution forcée*, Le Caire, 2001.
- Ez al din Ibn Zariba, *Les finalités de la Charia en matière économique*, 1<sup>ère</sup> éd. Dar Al Nfa'ss, Aman, 2010.
- Fares Abo Moamar, *L'impact du contrôle chariatique et son indépendance des transactions des banques islamiques*, Le banque islamique jordanienne, 1994, p. 34.
- Fatima Al'awa, *Le contrat d'arbitrage dans la Charia et la loi*, al-maktab alislami, Beyrouth, 2002.
- Faysal Abdelaziz Farah, *Le comité de la Charia : le cadre juridique*, Conférence Les innovations islamiques en matières de banques islamique, 1994.
- Hafida Al Hadad, *Les tendances contemporaines concernant la convention d'arbitrage*, Dar al fikr al jammiy, Alexandrie, 2001.
- Haidar Al Joum'a, *Les banques islamiques dans l'Etat du Koweït*, Le Koweït, 2005.
- Hamadi al Obeidi, *Al Chatibi et les finalités de la Charia*, 1<sup>ère</sup> éd. Beyrouth, Dar Kotaiba, 1992.
- Hamed Mirah, *Les nouveaux contrats de financement dans la finance islamique*, 1<sup>ère</sup> éd. Dar al maiman, Al Riyad, 2011.
- Hassan Amin, *La moudaraba chariatique et ses applications modernes*, 2<sup>ème</sup> éd. 1993.

- Hassan Amin, *Les dépôts bancaires monétaires et leur investissement en islam*, Dar Al Chourok, Dejeddah, 1983.
- Houssein Shihada, *Les fondements comptables de l'Ijara et l'Ijara mountahiya bi tamlik dans les banques islamiques*, Le Caire, 2000.
- Ibn Mandour, *Lissan al-Arabe, L'institution égyptienne générale de publication*, le Caire.
- Ibrahim Al Ghali, *La portée de la décision de financement et d'investissement dans les banques islamiques*, Dar al Nafa'iss, Jordanie, 2012.
- Ibrahim Moustafa et d'autres, *Al Mouja'am al Wassit*, 1/520, mot « Sulh ».
- Ismail Al Astal, *L'arbitrage dans la charia*, maktabate Anahda AlArabia, 1998.
- Kamal Ibrahim, *L'arbitrage commercial international*, Le Caire, 1991.
- Kasseb Al Badran, *Le contrat d'Istisnaa en droit musulman. Etude comparée*, 1984.
- khaled Okashah, *Le rôle de l'arbitrage dans la résolution des litiges de contrats d'investissement*, Dar althaqafa, Amman, 2014.
- Kuwait Finance House, *Al fatwa al chariyya dans les affaires économiques*, Dar Al Kabss, Le Koweït, 1981.
- Madjid Mahmoud, *La théorie de l'abus dans l'utilisation du droit et la théorie des circonstances urgentes dans le Fiqh islamique*, Dar Al Thaqafa, Amman, sans date.
- Maher Aboud, *Les principes juridictionnels dans la Rassela du Calife Omar*, Dar al koutob al illmiya, Beyrouth, 2009.
- Mahmoud Al Khaldi, *La capacité de l'arbitre dans la justice islamique*, 2001.
- Mahmoud Babli, *Les banques islamiques, une nécessité impérative*, 1<sup>ère</sup> éd, Beyrouth, Al maktab al islami, 1989.
- Mahmoud Irchid, *Al Chamel dans les transactions et les opérations des banques islamiques*, Dar Al Nafa'is, 2001.

- Mahmoud Irchid, *Les transactions et les opérations financières islamiques*, Dar Al nafai's, Aman, 2001.
- Mahmoud kadri, *L'arbitrage et la Charia islamique*, Dar al-smi'yi, Riyad, 1/2009.
- Mahmoud Wafi, *La responsabilité procédurale de l'arbitre. Etude analytique dans le droit musulman et le droit moderne*, Dar al nahda, Le Caire, 2011.
- Makram Mohammad, *L'Ijara et l'Ijara al monathiyya bi al tamlik, étude pratique des banques islamiques*, Markaz Abhath Fiqh al mouamalat al maliyya, 2014.
- Manaa Al Katan, *Histoire de la législation islamique*, Moassast al rissala, 2001.
- Massoud Al Jahni, *L'arbitrage dans la Charia islamique et les régimes commun*, Dar al Iman, Médine, 1994.
- Mes'oud Al Jouhani, *L'arbitrage dans la Charia et les systèmes positifs : étude analytique*, Maktabat Dar al-bayan, Médine, 1994.
- Miostafa Alsakka, *L'Imam Malek Ibn Anas*, Le Caire, Dar al kitab al masri, 1991.
- Mohamad Abdala, *Al kwakeb al dariyya fi fiqh almalikiyya*, tome 3, Al maktaba al zhariyya.
- Mohamad Abo Zaeid, *Les dangers devant les investissements des institutions islamiques*, Etude présentée à une Conférence, Le rôle des institutions islamiques dans l'investissement et le développement, Université d'Al Charika, 2002.
- Mohamad Al Azizi, *Le jugement religieux des investissements et des services des banques islamiques*, Aman, 2004.
- Mohamad Al Katan, *Le contrôle chariatique dans les institutions financières islamiques*, 1<sup>ère</sup> éd. Dar al nahda, 2004.
- Mohamad Al Wadi et Samhane Houssein, *Les banques islamiques : la théorie et les applications pratiques*, Dar Al Mouthir lil Nachr, Amman, 2008.
- Mohamad Alajlouni, *Les banques islamiques*, Dar Al Massira, Aman, 2009.

- Mohamad Baker Al Sadr, *La banque sans intérêt en Islam*, 2<sup>ème</sup> éd. Dar Al Kitab, Beyrouth, 1973.
- Mohamad Chalabî, *Introduction au fiqh islamique*, 10<sup>ème</sup> éd. Dar al Jami'ya, 1985.
- Mohamad Raboui, *La banque centrale dans le système bancaire islamique*, La commission suprême pour l'application de la Charia, Aldiwan Al amiri, Le Koweït, 1993.
- Mohamed Al Baltaji, *Les banques islamiques : la théorie, les applications et les défis*, Librairie internationale Al Chourouk, Le Caire, 2012.
- Mohamed al Zouhaili, *La justice islamique à l'époque du Prophète*, 1997.
- Mohamed Al'Awa, *Le système politique de l'Etat islamique*, Dar al-chourouk, Le Caire, 1989.
- Mohamed Jamil, *L'arbitrage dans la Charia et le fiqh*, Dubaï, 2001.
- Mohammad Abdel Jawad, *Comment le monde s'est éloigné de la Charia et comment il peut y revenir ?*, in *Recherches dans la Charia et le droit*, tome 2, Le Caire, 1977.
- Mohammad Abdelbar, *La codification du Fiqh islamique*, 1986.
- Mohammad Al Awadi, *L'arbitrage dans les transactions bancaires*, Dar al Nahda, le Caire, 2010.
- Mohammad al Moubarak, *L'économie : principes et règles générales*, 2<sup>ème</sup> éd., Dar al Fakr, 1974.
- Mohammad Al Zouhaili, *La gradualité dans la législation et l'application dans la Charia islamique*, La commission consultative suprême pour l'application de la Charia, Diwan Al amiri, Le Koweït, 2000.
- Mohammad Alalfi, *Les tentatives de codification du Fiqh islamique*, 1994.
- Mohammad Chber, *Les transactions financières contemporaines*, Dar Al Nafa'is, 2007.

- Mohammad Siraj, *Le système bancaire islamique*, Le Caire, 1989.
- Monzer Khohf, *Les fondamentaux de la finances islamique*, Académie internationale de la recherche en droit musulman, Malaisie, 2011.
- Mouhammad Abo Zahra, *Le délit et la peine en Fiqh islamique*, 1998.
- Mustapha Al Zarqa, *Introduction au droit musulman*, Dar al Qalam, Damas, 1998.
- Mustapha Al Zarqa, *Le contrat d'Istisnaa et son importance dans les investissements islamiques contemporains*, Dar al maarifa, 1995.
- Nabil Omar et Ahmad Hendi, *L'exécution forcée*, Alexandrie, 2002.
- Nidal AL Baloui, *L'arbitrage dans la Charia islamique, vision moderne*, Dar Al Thaqafa, Amman, 2012.
- Qahtan Al Douri, *Le contrat de l'arbitrage dans le fiqh islamique et le droit positif*, Dar al-Fourkan, 2002.
- Salah Al sawi, *L'application de la Charia islamique et sa relation avec la religion*, 1<sup>ère</sup> éd., Dar Al Safa, 2013.
- Saleh Ali, *Les institutions financières islamiques et leur rôle dans le développement économique et sociale*, 3<sup>ème</sup> éd. Dar al nwadr, 2012.
- Saleh Salhi, *L'efficacité financière des instruments d'investissement et de financement islamique. Introduction comparative avec la finance conventionnelle*, Conférence sur la crise économique et financière mondiale, Université Farhat Abbas, Algérie, 2009.
- Sami Hamoud, *Développer les opérations financières en conformité avec la Charia islamique*, Al Chark, Aman, 1982.
- Sami Souelm, *Introduction aux fondements de la finance islamique*, 1<sup>ère</sup> éd. Markaz Nma, Beyrouth, 2013.
- Saoud AL Thoubayti, *Le contrat d'Istisnaa et ses effets sur la dynamisation du mouvement économique*, Dar ibn Hazam, Beyrouth, 1995.

- Sayid Ahmad Mahmoud, *Le système de l'arbitrage : étude comparée entre la Charia et le droit positif Koweïtien et égyptien*, 2004.
- Souna Abadi, *L'arbitrage dans l'industrie islamique*, Dar Al-nafa'iss, Amman, 2013.
- Taha Kazi, *L'arbitrage en droit romain*, Dar al nahda alarabiyya, Le Caire, 2002.
- Tahir Bin Achour, *Les finalités de la Charia*, 1<sup>ère</sup> éd. Editions scientifiques Al Basa'ir, 1998.
- Umer Chapra, *La vision islamique du développement à la lumière de Maqassid Al-Charia*, Institut islamique de recherches et de formation banque islamique de développement, Djeddah, sans date.
- Wahba Al Zoheili, *Le fiqh islamique et ses indices*, tome 4, Dar Al fikr, Damas, 1985.
- Wahba Al Zouheili, *Les transactions financières islamiques contemporaines*, Dar Al fikr, Damas, 2006.
- Yasser Al Nachmi, *Les transactions financières*, Dar al diyya', Le Koweït, 2007.
- Yazn Al Atiyyat, *La transformation des banques conventionnelles en institutions fonctionnant selon les préceptes de la Charia*, Dar al nafaais, Jordanie, 2009.
- Youssef al Karadwi, *Le rôle des valeurs et de la morale dans l'économie islamique*, Le Caire, Dar Wahba, 1995
- Youssef Al Karadwi, *Les facteurs de la souplesse de la largesse dans la Charia islamique*, La Commission consultative pour l'application de la Charia, Le Koweït, 1994.
- Youssef Al Shoubeli, *Cours des contrats de finance islamique*, Faculté d'économie, Arabie Saoudite, 2012.

## ▪ En langues étrangères

- Abd Al Wahhab Khallaf, *Les fondements du droit musulman*, Traduit de l'arabe par Claude Dabbak, Asmaa Godin et Mehrezia Labidi Maiza, Editions Al Qalam, Paris, 1997.
- Abdelrrahmane Lahlou, *Economie et finance en islam. Une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, Al Madaress, Casablanca, 2015.
- Abdelrrahmane Lahlou, *La banque islamique à la recherche de l'excellence*, Editions Khattabi, Casablanca, 1991.
- Abdul Hamid El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, Paris, 1988
- Al Chafi'i, *La Rissala, Fondement du droit musulman*, traduit de l'arabe par Lakhdar souami, Actes Sud, 1997.
- Antoine Pirovano, *Changement social et droit négocié, de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Économica, Paris, 1988.
- Banque islamique du développement, *La philosophie de la Charia islamique et la portée de sa contribution à la science juridique contemporaine*, 2ème édi. Série de conférence n°19, 2000.
- Benoit Le Bras et Joseph Dalmasso, *Arbitrage commercial international. Les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, Paris, 2016.
- Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Mutation des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Karthala, Paris, 1993.
- Bernard Durand, *Histoire comparative des institutions*, Les nouvelles éditions africaines, Dakar, 1983.
- Brian Kettell, *Introduction to islamic banking and finance*, John Wiley and Sons, coll. Wiley Finance Series, 2011.

- Bruno Oppetit, Préface de l'ouvrage de Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987.
- Chafik Chehata, *Droit musulman : applications au Proche-Orient*, Editions Dalloz, Paris, 1970.
- Chafik Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, Paris, 2005.
- Chaïm Perelmann, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2001.
- Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.
- Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn (sous la direction de), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Mission de recherche Droit et justice, Paris, 2003.
- Chihab Mohammed Himeur et Nedra Abdelmoumen, *La finance islamique face au droit français*, Paris, L'Harmattan, 2015.
- Christian Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 3<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1949.
- Christophe Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, Paris, 2000.
- Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013.
- Claire Debourg, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, LGDJ, Paris, 2011.
- Comité consultatif sur l'application des droits, Les modes extra-judiciaires de règlement des litiges comme instrument d'application des droits de propriété intellectuelle, 2014,  
[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/wipo\\_ace\\_9/wipo\\_ace\\_9\\_3.docx](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/wipo_ace_9/wipo_ace_9_3.docx).

- Conseil supérieur de la Magistrature, *Les Français et leur justice. Restaurer la confiance*, La documentation française, Paris, 2008.
- Dhafer Saidane, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Revue Banque, Paris, 2009.
- Didier Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, Paris, 2006.
- Dominique Vidal, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Lextenso éditions, Paris, 2012.
- Dutois Knoepfer et Lalive Mercier, Rép. D. Inter. Privé suisse, t. 1.
- Edmond Rabbath, *L'évolution politique de la Syrie sous mandat de 1920 à 1925*, Les presses modernes, Paris, 1928.
- Elyès Jouini et Olivier Pastré, *La finance islamique, une solution à la crise ?*, Economica, 2009 .
- Emanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Pub, 2008.
- Emile Tayan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Editions Brill, Leiden, 1960.
- Eric Camous, *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation. Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, LGDJ, Paris, 2002.
- Éric Loquin, *L'amicable composition en droit interne et international*, Paris, Litec, 1980,
- Fabienne Quillere-Majzoub, *La défense du droit à un procès équitable*, Brulant, Bruxelles, 1999.

- François Guéranger, *Finance islamique. Une illustration de la finance éthique*, Paris, Dunod, 2009.
- François Guéranger, *La Finance islamique : Une illustration de la finance éthique*, Editions Dunaud, 2009.
- François-Paul Blanc, *Le droit musulman*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2007.
- G. Cornu et J. Foyer, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitan, 8<sup>ème</sup> édition, Presses Universitaires de France, 2009.
- Geneviève Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, RB Edition, 2012.
- Gérard Cas et Didier Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, Paris, 1986.
- Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure civile*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996.
- Gilbert Hottois, *De la renaissance à la postmodernité, une histoire de la philosophie moderne et contemporaine*, Editions De Boeck, 1998.
- Glasson Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire et de compétence et de procédure civile*, t. 2, 3<sup>ème</sup> édition, 1925.
- George Young, *Corps de droit ottoman, recueil des codes, lois, règlements, ordonnances et actes les plus importants du droit intérieur, et d'études sur le droit coutumier de l'Empire ottoman*, The Clarendon press, Oxford, 1905.
- Hakimah Yaacob, *Alternative Dispute Resolution (ADR): expanding options in local and cross border islamic finance cases*, international shari'ah research academy for Islamic finance (ISRA), malaysia, 2012.
- Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1969.
- Henri de Wael, *Le droit musulman, nature et évolution*, CHEAM, 1989.
- Henri Motulsky, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 2010.
- Henri Motulsky, *Etudes et notes sur l'arbitrage, Ecrits*, tome 2, Dalloz, 1974.

- Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Editions Sirey, Paris, 1948.
- Henry Solus et Roger Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Sirey, 1991.
- Hervé Bleuchot, *Droit musulman*, tome 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
- Hugues Kenfack, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 2012.
- Ibn Khaldoun, *Discours sur l'histoire universelle*, traduction de Vincent Monteil, Editions Imprimerie Catholique, Beyrouth, vol. 1, 1968.
- Ignac Goldziher, *Le Dogme et la Loi de l'Islam : histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane*, traduit par Arin Felix, Geuthner, Paris, 1920.
- J. Gagnon, *Réussir par la négociation*, Montréal, Edit. Québecor, 1990.
- Jacqueline Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, nature juridique*, LGDJ, Paris, 1965.
- Jacques Charbonnier, *Islam : droit, finance et assurance*, Bruxelles, Editions Larcier, 2011.
- Jaques Beguin, Michel Menjucq, *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 2005.
- Jean Batiste Racine, Fabrice Siirainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2007.
- Jean Héron et Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris
- Jean Robert, *Arbitrage civil et commercial*, droit interne, Sirey, Paris, 1961.
- Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, 1<sup>ère</sup> édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2016.
- Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999.

- Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2002.
- Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002.
- Joseph Aloys Schumpeter, *Théorie de la monnaie et de la banque : l'essence de la monnaie*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, Editions Gallimard, Paris, 1992.
- Kaouther Jouaber-Snoussi, *La finance islamique*, Paris, La Découverte, 2012.
- Laure Bernheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- *Le manuel relatif au règlement des conflits*, disponible sur le site du Ministère de la Justice canadien. <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/03.html>
- Léontin Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, 3 Volumes, Economica, Paris, 1974.
- Loïc Cadiet et Eamanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 9<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, 2016.
- Loïc Cadiet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2017.
- Louis Milliot et François-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001
- Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1971.
- Lucienne Topor, *La médiation familiale*, Que sais-je ?, 1992.

- M. Ch. *Manuel des arbitres ou traité des principales connaissances nécessaires pour instruire et juger les affaires soumises aux décisions arbitrales*, Arthus-Bertrand, 1834.
- Mahmoud A. El Gamal : *Islamic Finance, Law, Economics and Practice*, Cambridge University Press, 2006.
- Marc Henri, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Paris, 2001.
- Marie-Anne Frison-Roche, *Généralité sur le principe du contradictoire*, LGDJ, Paris, 2014.
- Mathieu de Boisseson, *Le droit français de l'arbitrage*, Paris, 1983.
- Maurice Allais, *Les conditions monétaires d'une économie de marché*, Montchrestien, 1989.
- Michael J. Broyde, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels. Religious Arbitration in America and the West*, Oxford University Press, 2017.
- Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. 1, Gallimard, 1976.
- Mohamed Chérif Ferjani, *Le politique et le religieux dans le champ islamique*, Fayard, Paris, 2005.
- Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, 2002.
- Mohammad Umer Chapra, *Qu'est-ce-que l'économie islamique ?*, Institut islamique de recherches et de formation banque islamique de développement, Djeddah, 1996.
- Mohieddine Amzazi, *Essai sur le système pénal marocain*, <http://books.openedition.org/cjb/384>.
- Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance*, Chichester, John Wiley et Sons, coll. Wiley Finance, LTD, London, United Kingdom, 2007.
- Muhammad Chapra, *Vers un système monétaire juste*, Institut islamique de recherches et de formation. Banque islamique de développement, Djeddah, 1997.

- Nabile Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Editions Yvon Balais, 1998.
- Nathalie Najjar, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris, 2004.
- Nayla Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995.
- Norbert Elias, *La dynamique de l'Occident*, Calmann-Lévy, Paris, 1975.
- Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, 8<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, Paris, 2014.
- Ousmane Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010.
- Phillipe Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965.
- Phillippe Fouchard, Emanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996.
- Pierre Jolidon, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne, 1984.
- Pierre Legrand, *Le droit comparé*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999.
- Pirovano (sous la direction de), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988.
- René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.
- Répertoire pratique Dalloz, V<sup>o</sup> Expertise, n<sup>o</sup> 26 et 28.
- Samir Saleh, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East : A Study in Sharia and Statue Law, Egypte*, 2006.
- Serge Guinchard et Thierry Debard (sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, 2016-2017, 24<sup>ème</sup> édition, « Modes alternatifs de règlement des conflits ».
- Serge Guinchard, André Varinard et Thierry Debard, *Institutions juridictionnelles*, 13<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2015.

- Sylvain Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, Paris, 2004.
- Thomas Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001
- Vincent Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Lextenso Editions, Paris, 2010.
- Xavier Lagarde, *Droit processuel- droits fondamentaux du procès*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2011.
- Yadh Ben Achour, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, Tunis, 1980.
- Yves Derains, *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*, Clunet, 1993.
- Yves Guyon, *L'arbitrage*, Paris, Economica, 1995.
- Yves Strickler, *Procédure civile*, Paradigme, 5<sup>ème</sup> édition, 2014.
- Zamir Iqbal et Abbas Mirakhor, *An introduction to Islamic finance. Theory and Practice*, Singapour, Wiley Finance, 2007.

### **III- Thèses et mémoires**

#### **➤ En langue arabe**

- Abdallah Al Khoeiter, *La moudaraba dans la Charia islamique*, Mémoire, Université d'Al Riyad, 2006.
- Ahmad Belkheir, *Le contrat d'Istisnaa et ses applications contemporaines*, Mémoire de Master, Université AL Hadj Lakhdar, 2008.

- Ali abouRass, *L'expertise dans les litiges civils*, Mémoire de droit, Université de Tripoli, 2001.
- Assid Salah, *Le contrat de Sulh dans les transactions commerciales en Fiqh islamique*, Mémoire de Master, Université Al Najah, Palestine, 2006.
- Eliyas Abi Ahija, *Le développement des modes de financement à base participative dans les banques islamiques : le cas de la Jordanie*, Mémoire, Université d'Al Armouk, 2007.
- Jaouad Benabdallah, *Règlement pacifique des différends internationaux*, Mémoire DESA, Université de Mohamed 1<sup>er</sup>, Maroc, 2007.  
<http://www.memoireonline.com/07/09/2384/Reglement-pacifique-des-differends-internationaux.html>.
- Mohamed Abdedaïme, *La finance islamique au Maroc : quelles perspectives*, Mémoire de Master, Université de Tanger, 2011.
- Mohammad Youssef, *Le contrat d'Ijara mountahiyya bi tamlik et ses applications contemporaines en droit musulman*, Mémoire de master, Université Al Najah, Palestine, 2003.
- Rokaiyya Ismail, *La soumission de l'Etat à l'arbitrage et la théorie classique de la souveraineté*, Thèse de droit, Le Caire, 2001.
- Zrok Nawal, *Le contrôle sur les actes des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, Thèse de droit, Université de Steff 2 (Algérie), 2015.

➤ **En langues étrangères**

- Aasem Madkhali, *Le rôle de la supervision des banques islamiques, approche islamo-juridique*, Thèse de droit, Université Côte d'Azur, 2016.

- Abdelkader Bessedik, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Thèse de droit, Université Paris-Est Créteil, 2013.
- Al Chafi'i, *La Rissala, Fondement du droit musulman*, traduit de l'arabe par Lakhdar souami, Actes Sud, 1997.
- Ali Issa, *Islam et Droit constitutionnel en Egypte, en Syrie et au Maroc : étude comparée*, Thèse de droit, Université de Lorraine, 2015.
- Delphine Dumény et Emmanuel Versini, *L'essentiel de l'expertise judiciaire*, Lextenso éditions, Paris, 2014.
- Dina Abdel Moneim, *Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français*, Thèse de droit, Université de Montpellier 1, 2013.
- Eric Djuitchoko, *Le traitement du contentieux bancaire*, Thèse de droit, Université de Jean-Monnet, 2011.
- Franck Yougoné, *Arbitrage commercial international et développement. Etude du cas des Etats de l'OHADA et du Mercosur*, Thèse de droit, Université de Montesquieu - Bordeaux IV, 2013.
- Ibrahim Cekici, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2012.
- Layla El Hatimi, *Les substituts du prêt à intérêt dans les banques islamiques*, Thèse de droit, Université de Perpignan, 2007.
- Lionel Dreyfuss, *Le risque arbitral. Arbitrage et justice de l'Etat*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2015.
- M. Meisner, *Essai sur le concept de codification*, Mémoire de DEA, 1989.
- Magali Boucaron, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Thèse de droit, Université de Nice – Sophia Antipolis, 2011.

- Malek Abou Hamdan, *Produits dérivés et risques de marché et « gharar »: recherche d'une alternative islamique*, Thèse en Science de gestion, Université de Paris II, 2013
- Mballo Thiam, *De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France*, thèse doctorat, Université de Toulon, 2013.
- Michaël Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse de droit, Université de La Rochelle, 2011.
- Mohamed Khaled, *Les « Ouçuls » (étude du droit musulman classique) (Etude des trois sources à titre principal : le Qoran, La Sunna, l'Igmâ')*, Thèse de droit, Université de Paris, 1957.
- Mohammad Aljarallah, *Arbitrating international Islamic finance disputes*, Thèse de droit, University of California, 2010.
- Mohammed Alkandari, *Les banques islamiques en droit koweïtien. Etude juridique à la lumière de la Charia*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2015.
- Nawwar Wannous, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes*, Thèse de droit, Université de Bourgogne, 2013.
- Nicolas Nord, *L'ordre public et les lois de police en droit international privé*, Thèse de droit, Université de Strasbourg, 2003.
- Omar El Kadi, *L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif français et égyptien*, Thèse, Paris, 1984.
- Rachid Souleimani, *La finance islamique : évolution et perspectives*, Mémoire, Université Hassan II, Casablanca, 2010.
- Ronan Messenger, *La prise en considération de la Shari'a dans l'arbitrage commercial international*, Mémoire, Université de Paris 1, 2008.
- Sanhoury, *Le Califat*, Thèse de droit, Université de Lyon, 1926.

- Sobah Abdulsalam, *Convention d'arbitrage et constitution du tribunal arbitral dans les législations des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe*, Thèse de droit, Université de Bourogne, 1997.

## **IV- Articles et contributions à des conférences et colloques**

### **➤ En langue arabe**

- Ahmad Jouti, « Les dispositifs de standardisation des pratiques financières islamiques », [http://www.lescahiersdelislam.fr/Les-dispositifs-de-standardisation-des-pratiques-financieres-islamiques\\_a515.html](http://www.lescahiersdelislam.fr/Les-dispositifs-de-standardisation-des-pratiques-financieres-islamiques_a515.html).
- Abdel Bari Micha'al, « Le contrat de la *moucharaka* », *Revue de l'économie islamique*, n°196, pp. 48-49.
- Abdel Kader et Rassma Kaleb, « Le Centre de Kuala Lumpur pour l'arbitrage et de l'industrie financière islamique », <http://2015.omandaily.om/?p=68330>
- Abdel Sattar Abo Ghodah, « Le travail bancaire islamique » (en arabe), *Revue de l'économie islamique*, n°208, p. 32.
- Abdelmouhssen Alsoeik, « Mala yatoum alwajeb ila bihi fahwa wajib », <http://www.alukah.net/web/sowayegh/0/19191/>
- Abdelsattar Khouildi, « Commentaire sur le rapport de la Commission sur la finance islamique concernant la loi applicable », *Revue de l'arbitrage*, n° 6, 2010, p 54.
- Abdelsattar Khouildi, « Etudes comparatives des lois bancaires relatives aux institutions financières islamiques », *Conférence des Comités de la Charia des institutions financières islamiques*, Bahreïn, 2007, p.4.

- Abdelsattar Khouildi, « L'arbitrage dans la norme de la Charia numéro 32 », étude présentée lors de la 16<sup>ème</sup> conférence annuelle intitulée l'arbitrage commercial international, Université des Emirats Arabes Unis, Faculté de Droit, 28-30/4, 2008.
- Abdelsattar Khouildi, « La Finance Islamique moderne : Approche juridique et financière, séminaire de formation en Finance islamique Islamique », Casablanca, 21-22 octobre 2014.
- Abdelsattar Khouildi, « Le centre islamique international de la conciliation et de l'arbitrage de Dubaï », in Les banques islamiques entre la réalité et l'espérance, Conférence organisée par l'administration des affaires islamiques à Dubai, du 31 mai au 3 juin 2009, p. 13-14.
- Abdelsattar Khouildi, « Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage. Une vision islamique contemporaine pour la résolution des litiges en matière de finance islamique », Revue mondiale de l'arbitrage, n° 11, 2011, pp. 112-113.
- Abdelsattar Khouildi, « Le Leasing (Ijara wa Iqtina) », in, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire No. 37, Djeddah, Arabie Saoudite, 1996, p. 131.
- Abdelsattar Khouildi, « Modèles des précédents jurisprudentiels et arbitraux relatifs aux litiges financiers dans l'industrie bancaire », Conférence n°38 Al Baraka sur l'économie islamique, Djeddah, 3 et 4 juin 2017, p. 274.
- Abdelssattar Khouildi, « Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage. Une vision islamique contemporaine pour la résolution des litiges en matière de finance islamique », Etude présentée à la conférence des banques islamiques entre la réalité et la perspective, Le Comité des affaires islamiques à Dubaï, du 31 mai au 3 juin 2009.

- Abderrahmane RIhane, « La règlement des litiges de financement islamique par l'arbitrage », Cross Border Pratices et Litigations, 15-16 June, 2010, p.11.
- Ahmad Bouzie' Al Yassin, « Le comité de la *fatwa* : un pilier fundamental, Majlat al nour », Kuwait Finance House, N°149, 1997, p. 25.
- Ahmad Jouti, « Les dispositifs de standardisation des pratiques financières islamiques ». [http://www.lescahiersdelislam.fr/Les-dispositifs-de-standardisation-des-pratiques-financieres-islamiques\\_a515.html](http://www.lescahiersdelislam.fr/Les-dispositifs-de-standardisation-des-pratiques-financieres-islamiques_a515.html)
- Ahmad Tahiri, « La Standardisation et l'harmonisation des pratiques financières islamiques », in Deuxième rassemblement international de l'industrie financière islamique, Les outils de rationalisation de l'industrie financière islamique, des 8 et 9 décembre 2013, p. 5.
- Ajil Al Nachmi, « L'arbitrage et la justice internationale dans la Charia », Revue scientifique de conseil européen pour la recherche et la *fatwa*, n° 3, 2003, p. 79.
- Ajil Al Nashmi, «Le développement de la structure du contrôle de conformité et ses mécanismes », Conférence des comités de la Charia des institutions financières islamiques, Bahreïn, 2002, p. 6.
- Ali Al Qaradaghi, « *Aqd al Istisnaa bayn al istbaa wal istiqlal wa bayn al louzoum wal jawaz* », Revue de la faculté de droit et de la *Charia*, Université du Qatar, n°11, 1993, p.384.
- Ali Alqaradaghi, « L'arbitrage dans les banques islamiques : les obstacles et les propositions », 2013. P.465.
- Aloui et Daly, « Système bancaire islamique entre réalité financière et fondements idéologiques », in *Finances et stratégies de développement*, colloque de Sousse des 19-20 mars 2010.

- Amine Mokhefi, « Les banques islamiques : fondements théoriques », *Majlat al wahat*, N°12, 2011, p. 6.
- Anko Rabia AL Adaouia, « Les problèmes juridiques et judiciaires dans l’application des institutions financières islamiques » (en arabe), Etude présentée au Groupe Al Baraka, Djeddah, 2006, p.71.
- Boualem Bendjilali, « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation », in Institut islamique de recherches et de formation. Banque islamique de développement, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire de Djeddah, N°37, 1996, p. 33.
- Fakhri Mabrouk, « Aspects de la justice populaire dans les civilisations antiques », *Revue des sciences économiques et juridiques*, Université Ain Shams, n° 1, sixième année, janvier 1974.
- Hamza Fouda, « Est-ce que la Charia a besoin d’une nouvelle codification ? », *Journal Al Bilad*, 23 décembre 1985.
- Hassan Chahatah, «Le financement islamique tel que pratiqué par les banques islamiques », [www.darelmashroa.com](http://www.darelmashroa.com) .
- Houssein Hamed, « Les institutions financières islamiques entre le recours aux juridictions anglaises ou la mise en place des lois spéciales », *Al Charek al awssat*, n° 11186, 2009.
- Islah Bakhat, « La banque islamique renforcée dans la plus grande banque suisse », 14 Mars, 2006.
- Khaled Ahmad, « Les problématiques et les obstacles à l’application de la Charia dans l’arbitrage devant les centres islamiques d’arbitrage », *L’économie islamique*, n° 439, 2017, <http://www.aliqtisadalislami.net>.

- Khoja, *Résumé des recherches sur le Tawarruq*, Nadwat al Baraka, n°22, Bahreïn, 19-20 juin 2000.
- Le journal Al Jarida, « Les banques islamiques attirent la banque commerciale koweïtienne », le Koweït, le 8 avril 2014.
- Lshahb Al Sadek et Bourich Ahmad, « Analyse des causes de la réussite de l'expérience malaisienne dans le développement de l'industrie financière islamique », Revue algérienne des études comptables et financières, n°1, 2015, p. 92.
- Mahieddine Alameddine, « Le travail bancaire du point de vue islamique », Etude présentée au Centre de l'arbitrage commercial des Etats du Conseil de coopération du Golfe arabe, Bahreïn, 2000.
- Mahmoud Abdel Bari, « Le contrôle chariatique dans les banques islamiques », Revue de l'économie islamique, N°188, décembre 1996, p. 44.
- Mohamad Chabir, « Al Tawarruq al fiqhi et ses applications bancaires contemporaines en Fiqh islamique », L'Académie de *Fiqh* islamique, 19 ème session, Al Shariqa, p.28.
- Mohamed AL Miniaoui, « Principe d'arbitrage », Revue de l'assemblée du *Fiqh* islamique, n°9, p.1951.
- Mohammad Al Achkar, « *salam* wa Istisnaa wa madaa imkaniyyat istifadat al bonouk al islamiyya minhumma », Actes de conférence d'Aman, Les nouveautés du Fiqh, 1994.
- Mohammad Al Awa, « Commentaire sur le rapport de la Commission sur la finance islamique concernant la loi applicable », Revue de l'arbitrage, n° 6, 2010.
- Mohammad AlMenawi, « L'arbitrage en Fiqh islamique », Majlat Majmaa al fiqh islamique, n° 9, vol 4, p. 1735.

- Mohammad Chapra, « Qu'est-ce que l'économie Islamique ? », Institut islamique de recherches et de formation banque islamique de développement, Série de Conférences d'Eminents Erudits No. 10, 1996, p.29.
- Mohammad Toujgani, « Les fondements légaux de l'activité économique en Islam », Colloque de l'ASMECI sur les pratiques bancaires islamiques et son impact sur le développement au Maghreb, Mohammedia, juin 1989.
- Mohieddine Amzazi, *Essai sur le système pénal marocain*, <http://books.openedition.org/cjb/384>.
- Mounzer Qahaf et Imad Barakat, « Le Tawarruq bancaire et son application contemporaine », recherche présentée à l'attention du Congrès des institutions financières islamiques «maalem al waqii wa afaq al mousstaqbal », Université des Emirats Arabes Unis, 2005, p. 5.
- Nabil Boufleh et Abdallah Harssi, « La finance islamique comme méthode pour faire face aux défis de la crise financière mondiale », Conférence internationale sur la crise du système financier et l'alternative de la finance islamique, Université d'Abdel Alkader des sciences islamiques, 2009.
- Raafat Al Mikatai, Commentaire du rapport présenté à la Commission de la Finance Islamique Paris Europlace, 21 septembre 2009, *Majlat al tahkim*, n° 6, 2010, p. 72
- Revue de l'Académie du Fiqh islamique, 4/1411. *Moucharaka* dégressive.
- Saadaddine Alkabi, « La vente de *mourabaha* et ses applications contemporaines », *Revue de la recherche scientifique*, Liban, p. 70.
- Said Bouharawa, « Les perspectives d'avenir des produits financiers », Cinquième conférence mondiale des savants de la Charia sur la finance islamique, Avenir de la finance islamique : les perspectives de demain, Kuala Lumpur, 26-27 octobre.

- Said Ibtisam, « Les exigences juridiques du travail bancaire islamique en Algérie. Etude analytique comparative de certaines expériences internationales », Deuxième réunion internationale sur l'industrie financière islamique, 8 et 9 décembre 2013, p. 7.
- Saif Alnatheif, « Studies on Activating IICRA Role and the Strategy of its Public Relation Office », international IICARA study submitted on May 27, 2007, p. 4.
- Sami Ibrahim AL Souaylem, « Al *Tawarruq* et le *Tawarruq* institutionnel » al mounazam », Revue de l'Académie du Fiqh islamique, numéro 21/2012.
- Sami Souelm, « Le devoir absent », <http://www.suwailem.net/NewsDetails/THE-OBLIGATORY-MISSING-20>.
- Selim Habib, « Le droit applicable au fond du litige et qui s'impose à l'arbitre : les règles choisies par les parties et les usages du commerce », RLAAI, 2001, n° 18, p. 24 et s.
- Youssef Ibrahim Youssef, « La liberté économique en islam », Périodique de la faculté de la Charia et des études islamiques, Université de Qatar, N°8, 1990.
- Youssef Karadwi, « Le rôle de la Zakat dans le règlement des problèmes économiques », in *L'économie islamique*, Université du Roi Abdel Aziz, 1400 H Mohamad Shbir, *Les règles fondamentales et les principes de Fiqh*, Dar Al fourkan, Aman, 2000.

### ➤ **En langues étrangères**

- « Les institutions d'arbitrage en France », Actes du colloque organisé par le Comité français de l'arbitrage, Paris, 19 janvier, 1990, Revue de l'arbitrage, 1990.

- « Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées », conférence multilatérale : conciliation, médiation et arbitrage, Lisbonne (Portugal), 31 mai-2 juin 1999, Edition Conseil de l'Europe, 2000.
- A. Lefebvre-Teillard, « L'arbitrage en droit canonique », *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 5 et s.
- Abdelssattar Khouildi, « L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne », *Etudes en Economie Islamique*, Vol. 8, n° 1, 2016, p. 53.
- Ahmed Alouani, « Finance islamique : evaluation depuis 1970 a nos jours », *International Journal of Innovation and Applied Studies*, Vol. 10 No. 2 Feb. 2015, p. 727.
- Alain Pekar Lemrereur, « Structuration et rôle du processus dans les compétences de médiation : le cas du notaire médiateur », *Droit et patrimoine*, no 77, décembre 1999, p. 62.
- Alain Plantey, « De la négociation diplomatique à l'arbitrage commercial international », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, Paris, Dalloz, 2007, p. 373-381.
- Alain Plantey, « L'arbitrage dans le commerce international », *AFDI*, 1990, p. 307.
- Aldohni, « The Challenge of Islamic Banking Disputes in the English Courts : The Applied Law », *Journal of International Banking and Financial* 2009, p. 350.
- Ali Mezghani, « Le droit musulman et l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, N°2, 2008, p. 223.
- Almas Khan, « The Interaction between Shariah and International Law in Arbitration », *Chicago Journal of Law*, 6 Chi J. Int'l L. 791, 2006, p. 801.
- Anas El-Melki, « Le Principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques islamiques : Illustration modélisée des contrats de financement participatif

- Moudharaba Et Moucharaka* », Global Journal of Management and Business Research, Vol. 11, novembre 2011, p. 1.
- André Martens, « La finance islamique : fondements, théorie et réalité », L'Actualité économique, vo. 77, n°4, décembre 2001, p. 479.
  - Anfel Boudjelal, « repenser le contrôle chariatique des opérations bancaires et financières islamiques », Les cahiers de la finance islamique, N° 7, 2014, p. 35.
  - Antoine Jeammaud, « Conflit, Différend, Litige », Droits, n° 34, Les mots de la justice, Presses Universitaires de France, 2002, p. 17.
  - Antonias Dimoltisa, « L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut », Cahier de l'arbitrage, vol. V, 2011, p. 68.
  - B. De Loynes De Fumichon, « L'arbitrage à Rome », Revue de l'arbitrage, 2003
  - B. Gorchs, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », Revue de l'arbitrage, 2008, p. 33.
  - B. Hanotiau, « Quelques réflexions à propos de l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », in Liber amicorum Lucien Simont, Bruylant, 2002, p. 301.
  - Béatrice Blohorn-Brenneur, Justice Etatique et médiation, <http://www.beatricebrenneur.com/wp-content/uploads/2013/03/Justice-Etatique-et-médiation.pdf>.
  - Béatrice Castellane, « Justice et Religion en Arbitrage », in Dieu et mon droit, Religion, Société et Etat- Quelques problèmes d'aujourd'hui, Colloque annuel AJFB, 27 septembre 2013, <http://www.cabinet-castellane-avocats.fr/pdf/2013-09-27-ajfb-justice-religion.pdf>, p. 2.
  - Beaufils Vincent, « Le Pape ou Le Coran », [https://www.challenges.fr/magazine/le-pape-ou-le-coran\\_343112](https://www.challenges.fr/magazine/le-pape-ou-le-coran_343112).

- Bernard Brunet, « Les modes alternatifs de règlement des litiges, quelques propos sur la réforme de la justice et du droit », G. P. 21-22 décembre 1997, doctrine, p.2.
- Bertrand De Belval, «Petite réflexion sur le développement des modes de règlement alternatifs des conflits par rapport au Droit », Gazette du Palais, n° 129, p.12.
- Bertrand Lemmencier, « L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée », Justices, n° 1, 1995, p. 135 et s.
- Bruno Deffains, « V° Economie de la justice », in *Dictionnaire de la justice*, (sous la direction du Loïc Cadiet), Presses Universitaires de France, Paris, 2004.
- Bruno Oppetit, « Arbitrage, médiation et conciliation », Revue Arbitrage, 1984, p. 318.
- Bruno Oppetit, «Sur le concept d'arbitrage », in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes Berthold Goldman, Litec, 1982, p. 229.
- Bruno Oppetit, Essai sur la codification, PUF, 1998.
- Catherine Kessedjian, « Principes de la contradiction et arbitrage », Revue de l'arbitrage, 1995, p. 381.
- Céline Slobodansky, « Quand la médiation vient au secours des chefs d'entreprise », LPA, 2013, N° 246, p.3.
- Charles Jarrosson, «Les concessions réciproques dans la transaction», Recueil Dalloz 1997, 32e Cahier Chronique, p. 267.
- Charles Jarrosson et Jacques Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », Revue de l'arbitrage, n° 1, 2011, pp. 5-80.
- Charles Jarrosson, « L'acceptabilité de la sentence », Revue de l'arbitrage, 2012, p. 793
- Charles Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », Revue de l'arbitrage, 1989, p. 573.

- Charles Jarrosson, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, août-septembre, 2007, p. 27.
- Charles Jarrosson, « La médiation et la conciliation : essai de présentation, *Rev. Droit et patrimoine*, décembre 1999, n<sup>o</sup> 77, p. 41.
- Charles Jarrosson, « Le compromis, convention d'arbitrage d'avenir ? », in *Mélanges B. Audit, LGDJ-Lextenso*, 2014, p. 465.
- Charles Jarrosson, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *Revue générale de droit public*, 1999, p. 764.
- Charles Jarrosson, « Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaire de la loi du 8 février 1995 », *Revue de l'arbitrage*, n<sup>o</sup>2, 1995, p. 219.
- Charles Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC*, N<sup>o</sup> 2- 1997, p. 325.
- Charles Jarrosson, « Réflexions sur l'impérium », in *Etudes offertes à P. Bellet, Litec*, 1991, p. 245.
- Charles Parick, « Islamic Finance : Panacea for the Global Financial System », *Purdue University, Etats-Unis*, octobre 2009.
- Claude Reymond, « Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée. Réflexions sur quelques arrêts récents », *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 3.
- Daniel Hascher, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrale », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2000-2002, p. 20.
- Danielle Cohen, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Revue de l'arbitrage*, 2011, p. 611.
- David Delfolie, « Le développement de la finance islamique en Malaisie : l'histoire d'un volontarisme d'État », *Revue de la régulation [En ligne]*, 13 | 1er semestre /

Spring 2013, mis en ligne le 31 mai 2013, consulté le 05 janvier 2017. URL : <http://regulation.revues.org/10067>, para 22.

- Diener, « Ethique et droit des affaires », 1993, chr., p. 18.
- Dominique Hascher, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Trav. Com. Fr. DIP*, 2000-2002, p. 17.
- Dominique Hascher, « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », Brill, Boston, 2008, p. 129.
- Dorvaux, Leveel, Benmaad, « La médiation pénale : bilan d'application et perspectives d'évolution : Etude pratique dans le ressort de Toulon et de Draguignan pour les années 1996 à 1999 », in, J.-B. Racine, *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, op. cit., p. 273.
- Emanuel Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.F.R. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 387.
- Emanuel Jolivet, « L'intérêt de recourir à une institution d'arbitrage. L'exemple de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI », in *Liber Amicorum in honour of R. Briner*, ICC, 2005, p. 413.
- Emile Tyan, « La condition juridique du kadi ou juge musulman », in *Introduction à l'étude du droit comparé*, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, Tome 1, 1<sup>ère</sup> Partie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1938, p. 131.
- Emmanuel Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 761.
- Eric Camous, « Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité? », *Gazette du Palais*, n°303, 2003, p. 5.
- Eric Loquin, « Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *Jurisclasseur Proc. Civ*, Fasc. 1034, 2010, n° 107.

- Eric Loquin, « L'arbitrage – définition – nature juridique », Jurisclasseur procédure civile, fascicule 1005, n° 45 et s.
- Eric Loquin, « L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence », Revue de l'arbitrage, 1976, p. 223.
- Eric Loquin, « La nature privée de l'arbitrage explique que le tribunal arbitral n'est pas assujetti au principe de publicité », in *Arbitrage. Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients*, Jurisclasseur Pro. Civ, Fasc. 1005, 1997, n° 100.
- Estelle Girardo-Rouhette, « La mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits : une mission aux contours incertains », in J.-B. Racine, *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, op. cit., p. 36 .
- Ezzedine Ghlamallah, Allemagne : KT Bank, première banque islamique d'Europe continentale, ouvre ses portes, 15 juillet 2015.  
[http://www.saphirnews.com/Allemagne-KT-Bank-premiere-banque-islamique-d-Europe-continentale-ouvre-ses-portes\\_a21026.html](http://www.saphirnews.com/Allemagne-KT-Bank-premiere-banque-islamique-d-Europe-continentale-ouvre-ses-portes_a21026.html).
- Fabrice Siirainen, « Quelques réflexions sur les MARC (modes alternatifs de résolution des conflits) en ligne dans le commerce électronique », in, J.-B. Racine, *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits*, pluralisme du droit, L'Hermès, 2002, p. 131.
- Fadhel Moussa, « La codification du droit musulman », <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/moussa.htm>.
- Fadi Nammour, « De l'applicabilité de la charia islamiya dans l'arbitrage international », Les cahiers de la finance islamique, n° 5, 2013, p.100.

- Faisal Kutty, « The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 28 *Loy. LA. Intl'L and Comp. L. Rev.* 565, 2006, p. 567.
- Fatima Zahra Alioui, « La finance islamique, des fondements au système », *Management Intercultural*, Vol. XVII, N°1, 2015, p. 7.
- Florence Thibaut, « La finance islamique est éthique et participative », *mobile. News.paperjam.lu*, 14 avril, 2016.
- François Xavier Licari, « L'arbitrage Rabbinique, entre Droit Talmudique et Droit des Nations », *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 58.
- François Xavier TESTU, « L'expertise : présentation générale », in, *L'expertise, Thèmes et commentaires*, M. Anne, F. Roche et D. Mazeaud (dir.), Paris, DALLOZ, 1995, p. 3.
- François-Xavier Licari, « L'arbitrage rabbinique entre droit talmudique et droit des nations », *Revue de l'arbitrage*, 2013, pp. 58-59.
- Françoise Dekeuwer-Défossez, « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », p. 177.
- Frédéric-Edouard Klein, « Du caractère autonome de la clause compromissoire notamment en matière d'arbitrage international », *Rev. Crit. DIP*, 1961, p. 499.
- Geneviève Causse-Broquet, « L'audit dans les pays en développement », *Cahiers internationaux de la compatibilité*, n° 6, 1992.
- George Bolard, « L'arbitraire du juge », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à P. Draï, Dalloz, Paris, 2000, p. 225.
- Georges Affaki, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif », in *La finance islamique à la française : un moteur*

- pour l'économie, une alternative éthique, J.-P. Laramée (dir.), Secure Finance, 2008, p. 163.
- Georges Affaki, « La Chari'a en dehors des terres d'Islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », *Revue internationale de droit comparé*, n°3, 2014, p. 760.
  - Georges Cornu, « Le décret du 12 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme », *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 585.
  - Georges Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *RIDC*, N° 2-1997, p. 313.
  - Georges Wiederkehr, « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », in *Mélanges J. Normand, L'éthique*, 2003, p. 507.
  - Gérard Cohen-Jonathan, « L'égalité des armes selon la cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 28 novembre 2002, p. 21.
  - Gerard Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », *Mélanges B. Goldman*, p. 47.
  - Gerold Herrmann, « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends », *Revue Arbitrage*, 1985, p.352.
  - Grigore Geamanu, « Théorie et pratique des négociations en droit international », *RCADI*, 1980- I, p. 401.
  - Guido Tedeschi, « Le centenaire de la Mejele », *Revue internationale de droit comparé*, n°21, 1969, pp. 125-133.
  - Guy Canivet, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, p. 243.
  - H. Martin-Sisteron, « Financements éthiques », *Revue Lamy droit du financement*, 2013, para. 5472.

- Hakim Latrache- Stéphane Oddos « Le *Tawarruq*, un mal nécessaire ? », Les Cahiers de la Finance Islamique-, n°2, décembre 2010, p. 57 et s.
- <http://www.beatricebrenneur.com/wp-content/uploads/2013/03/Justice-Etatique-et-m%C3%A9diation.pdf>.
- I E Elmahi, « La banque islamique au Soudan », Techniques financières et développement, n°90, mars 2008, p. 82.
- Isabelle Riassetto, « Le contenu du guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », Journal des Tribunaux Luxembourg, Avril 2013.
- Isabelle Riassetto, « Les fonds islamiques », Revue de droit bancaire et financier, n° 2, 2011.
- Isabelle Riassetto, « Le « faith-based », un concept en droit des affaires », in G. Fargat et E. Le Doelley (sous la direction de), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Librairie générale de droit et de jurisprudence- Lextenso, 2010, n° 27 et s.
- Jacques Chevalier, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Editions Economica, Paris, 2006, p. 281 et s.
- Jacques Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », RDP, 1987, n° 2, p. 281.
- Jacques Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? », in Jean Clam et Gilles Martin (sous la direction de), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 25.
- Jacques el-Hakim, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », RIDC, N° 2- 1997, p. 347.
- Jacques El-Hakim. « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », Revue internationale de droit comparé. Vol. 49 N°2, Avril-juin 1997.

- Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », RRJ, Droit prospectif, PUAM, 1993-2, p. 574.
- Jean Carbonnier, « La morale est encore moins sûre que le droit », in Droit et Passion du droit sous la Vème République, Edition Flammarion, 2006.
- Jean Charbonnier, « Regards sur la codification de la procédure civile », in Colloque sur les 20 ans du NCPC, décembre 1997, La documentation française, Paris, 1998, p. 117.
- Jean Van Compernelle, « Médiation et contentieux familial », in Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution, p. 49.
- Jean-Baptiste Racine, « La sentence d'incompétence », Revue de l'arbitrage, 2010, p. 729
- Jean-Claude Goldsmith, « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) », Rev. dr. aff. int., 1996, p. 222, n° 1.
- Jean-François Poudret, « Critères d'internationalité de l'arbitrage et droit européen », in L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique, Pedone, 2000.
- Jean-Jacques Clère, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution », Revue de l'arbitrage, 1981.
- Jean-Louis Delvolvé, « Devoirs et responsabilité de l'avocat exerçant la fonction d'arbitre », Revue de l'arbitrage, 1984, p. 435.
- Jean-Louis Delvolvé, « Essai sur la motivation des sentences arbitrales », Revue de l'arbitrage, 1989, p. 149.
- Jean-Marc Sauvé, Revue française de droit administratif, n°4, 2011.
- Jean-Pierre Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Tr. C. Fr. Droit Inter. Privé, 1991-1992, p. 75 et s.

- Jean-Pierre Ancel, « La clause d'arbitrage : validité et efficacité », *Revue libanaise de l'arbitrage*, n° 48, 2008, p. 16.
- Jean-Pierre Gridel, « Regards sur le juge aux affaires familiales », Litec, Paris, 2001, p. 4.
- Jean-Pierre Bonafe-Schmitt, « La part et le rôle joués par les modes informels de règlements des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (étude comparative France-USA) », *Revue Droit et Société*, 1987, n° 6, p. 267.
- Jean-Paul Bras, « Des métamorphoses de la charia », in Baudouin Dupret (sous la direction de), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, Editions La Découverte, Paris, 2012, p. 284.
- Jean-Robert Henri, « *Droit musulman et structure d'Etat moderne en Algérie: l'héritage colonial* », in Ernest Gellner et Jean-Claude Vatin (sous la direction de), *Islam et politique au Maghreb*, CNRS, Paris, 1981, p. 306.
- Jerzy Jakubowski, « Reflexions on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation », in *The Art of Arbitration*, Mélanges P. Sanders, Deventer, Kluwer, 1982, p. 176.
- Julie Velissaropoulos-Karakostas, « L'arbitrage dans la Grèce antique. Epoque archaïque et classique », *Revue de l'arbitrage*, 2000.
- Julio Colon, « Choice of Law and Islamic Finance », *Texas International Law Journal*, 2011, p. 424.
- K. Mbaye, « Le règlement des litiges hors des tribunaux », in *Conciliateurs, la conciliation, une étude comparative*, Colloque de l'Association internationale des sciences juridiques, Pau, juillet 1981, *Economica*, Paris, 1983, p. 20-21.
- La banque islamique, « Le champ d'investissement le plus sécurisé pour la finance mondiale », <http://alsayrfah.com/report2.html>.

- Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », Rev. arb., 2001, p. 433.
- Laurent Aynès, « L'obligation de loyauté », in *L'obligation*, Dalloz, Paris, 2000.
- Léon Buskens et Baudouin Dupret, « L'invention du droit musulman. Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique », article disponible sur le site : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00835164>, p. 16.
- Lmahfoud Saadouni et Tener genc, « la *mourabaha* : principes, pratiques, controverses », Les Cahiers de la Finance Islamique, N° Spécial, 2015, p. 9.
- Loïc Cadiet, « Compte rendu de l'ouvrage de C. Samson et J. McBride (sous la direction de), Solutions de rechange au règlement des conflits – Alternative Dispute Resolution, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1993, in Revue internationale de droit comparé, n°4, 1994, p. 1213.
- Loïc Cadiet, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in, *La médiation*, Société de législation comparée, Dalloz, 2009, p. 14.
- Loïc Cadiet, « Efficience versus équité ? », Mélanges Jean Van Compernelle, Editions Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 25 et s.
- Loïc Cadiet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in Etudes offertes à J. Normand, Justice et droits fondamentaux, Litec, 2003, p. 109.
- Loïc Cadiet, « justice - Les institutions ». In Universalis éducation [en ligne]. Encyclopædia Universalis, consulté le 11 février 2017. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/justice-les-institutions/>.
- Loïc Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », Justices, 1998, p. 99.

- Loïc Cadiet, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », in *L'américanisation du droit*, APD, t. 45, 2001, p. 89.
- Loïc Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 14.
- Loïc Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges Gérard Farjat, Frison-Roche, Paris, 2000, p. 23.
- Loïc Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Mélanges J. Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 177.
- Louis Boyer, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Recueil Sirey, Paris, 1947.
- Louis Buchman et Eric Loquin, « Préférez l'arbitrage », *Gazette du Palais*, n°260, 2008, p. 9.
- M. A. Helfand, « Arbitration's Counter-Narrative : The Religious Arbitration Paradigm », *The Yale Law Journal*, 2015, p. 124.
- Marie Delmas Marty, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des gardes-fou ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 211.
- Méлина Douchy-Oudot, « Le droit naturel et les droits de l'homme dans la recherche du Juste », in *Justices et droit du procès*, Mélanges S. Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, p. 239.
- Michel Storck et Ibrahim Cekici, « Les sukuk : aspects de droit français et de droit musulman », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2011, p. 38 et s.
- Michel Storck et Ibrahim Cekici, « Questions-réponses de l'AMF sur l'élaboration des prospectus sukuk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de

- l'admission sur un marché réglementé », Bulletin Joly Bourse, n° 1, janvier 2011, p. 43 et s.
- Michel Storck, « Conditions d'agrément d'un OPCVM islamique et conditions d'admission à la négociation des obligations islamiques (sukuk) sur un marché réglementé français », Revue trimestrielle de droit commercial, Chronique Droit des marchés financiers, Octobre-Décembre, 2008, p. 808-810.
  - Michele Compolieti, « Sur le défaut de motifs comme cause d'annulation des sentences arbitrales CIRDI », Cahier de l'arbitrage, 2010, p. 1007.
  - Mohamed Ouldsass, « Les Comités de la Charia : historique, constitution et pouvoir », [http://www.acerfi.org/users/fichiers/Article Mohamed BAchir Le SB\[2010\].pdf](http://www.acerfi.org/users/fichiers/Article_Mohamed_BAchir_Le_SB[2010].pdf).
  - Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », RIDE, n°3, 2001, p. 251 et s.
  - Mohamed Younes, « Le contrat en législation islamique. Ses fondements et ses conditions », In Banque islamique de développement, Les sciences de la Charia pour les économistes, Actes de séminaire, Jiddah, 2001, p. 172.
  - Mohameden Sidi Mohamed, « La *Mourabaha* comme mode d'intervention dans les banques islamiques », in Introduction aux techniques islamiques de financement, Actes de séminaires, N°37, 1996, p. 124.
  - Mohammad Bahjat, « Vers des standards du contrôle de la Charia dans les banques islamiques », Revue de l'économie islamique, vol 3, N°3, 1994, p. 15.
  - Mohammad Hamidullah, « Le monde musulman devant l'économie moderne », Cahiers de l'Institut de science économique appliquée, n°120, décembre 1961, p. 35.

- Mohsen Ismail, « Les normes juridiques en islam : le ‘urf comme source de législation », in Franck Fregosi (sous la direction de), *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et monde arabe*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 53 et s.
- Mostafa Chimi, « L’occident voit l’islam comme sauveur dans la crise financière mondiale contemporaine », <http://chemindubonheur.eklablog.com/l-occident-voit-l-islam-comme-sauveur-dans-la-crise-financiere-mondial-a107908656>
- Natalie Fricero, « Le fabuleux destin de l’autorité de la chose jugée », in *Principes de justice*, Mélanges en l’honneur de Jean-François Burgelin, Dalloz, Paris, 2008, n° 1.
- Olivier Cachard, « Le contrôle de la nullité ou de l’inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Revue de l’arbitrage*, 2006, p. 893.
- Philippe Fouchard, « Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française », *Revue de l’arbitrage*, 1996, p. 325 et s.
- Philippe Fouchard, « Les instances permanentes de l’arbitrage devant le juge étatique (A propos d’une jurisprudence récente) », *Revue de l’arbitrage*, 1987, p. 256.
- Philippe Fouchard, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », 2001, p. 110.
- Philippe Fouchard, « La convention du Président du tribunal de grande instance à l’arbitrage », *Revue de l’arbitrage*, 1985, p. 5.
- Philippe Pinsolle, « Le financement de l’arbitrage par les tiers », *Revue Arbitrage*, 2001, p. 385.
- Phillippe Fouchard, « Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française », *Revue de l’arbitrage*, 1996, p. 327.
- Phillippe Fouchard, « Quand un arbitrage est-il international ? », *Revue de l’arbitrage*, 1970

- Pierre Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 64, 1986, p. 11.
- Pierre Cornet, « Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage », Revue de l'arbitrage, 1980, p. 586.
- Pierre Lalive, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc », in Etudes P. Bellet, Litec, 1991, p. 301.
- Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », RCADI, 1989, t. 217, p. 319.
- Pierre Mayer, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de Civil Law et de Common Law », Revue de l'arbitrage, 1995, p. 168.
- Pierre Mayer, « Les lois de police », in Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, hors-série, 1988, Journée Du Cinquantenaire, pp. 105-120.
- Pierre Verkhovskoy, « Particularisme de l'arbitrage en République Populaire de Chine », DPCI, no 2, tome 5, juin 1979, p. 271.
- Pieter Sanders, « L'autonomie de la clause compromissoire », in *Liber Americum F. Eisemann*, ICC pub, 1978, p. 31.
- René Chapus, « Rapport de synthèse », in CNRS et IFSA, Trentième anniversaire des tribunaux administratifs, éditions du CNRS, 1986, p. 341.
- René David, « Arbitrage et droit comparé », Revue internationale de droit comparé, n°1, volume 11, janvier-mars, 1959.
- Rhys Clift, « La médiation au Royaume-Uni », CJFE/CFCE- N° 5/2000, p. 1039.
- Robin Brant, « Is Islamic Finance the answer ? », Rapport journalistique BBC, Mai 2009

- Roger Wicker, « Iranian Housing Bank Eschews Profit, Mostly, as It Offers Interest-Free Loans », The Wall Street Journal, January 29, 1980.
- Roland Laskine, « Wall Street, mûr pour adopter les principes de la Charia ? », <http://blog.lefigaro.fr/laskine/2008/09/wall-street-mur-pour-adopter-l.html>.
- Roxana Albastroiu, « Les concepts de code et de codification », [http://cis01.central.ucv.ro/revista\\_scol/site\\_ro/2012/lexicologie/albastroiu.pdf](http://cis01.central.ucv.ro/revista_scol/site_ro/2012/lexicologie/albastroiu.pdf).
- Salah, « Jordan : The experience of the Jordan Islamic Bank, in Rodeny Wilson, Islamic finance Market, London, Routledge, 1990, p. 103.
- Sélim Jahel, « Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie Saoudite », <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/cpayer/jahel.pdf>.
- Sélim Jahel, « Le concept de médiation dans l'Islam », Revue internationale de droit comparé, N° 1, 2017, p. 101 et s.
- Serge Guinchard, « Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile », Répertoire Dalloz Procédure civile, mars 2003, n° 352.
- Serge Guinchard, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996), Revue de l'arbitrage, 1997, p. 185.
- Serge Guinchard, « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 », Droit 1999, Chronologie, p. 65.
- Silvestre TAndeau de Marsac, « La médiation internationale », disponible sur le site : [www.ccf franco-arabe.org](http://www.ccf franco-arabe.org).
- Sylvain Bollée, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », Revue arbitrage, 2005, p. 917.
- Sylvain Bollée, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », Revue de l'arbitrage, 2015, p. 695.

- Taher Mahmoud, « Al istihsan : ses types et sa valeur », *Pakistan Journal of Islamic Research*, vol 10, 2012, p. 177.
- Thibaud Contamine, « Malaisie, un pays moteur mais qui ne relâche pas ses efforts », *Banque Stratégie*, 2007, N°253, p. 21.
- Thibaut Massart, « la médiation au service d'internet », *Petites Affiches* du 26 août 2002, p. 31.
- Thierry Coville, « Le système financier islamique en Iran : de la rhétorique à la pratique », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, n°17, janvier-février, 1994, pp. 287-292.
- Thomas Clay, « Fusion et confusion des sources », *RDC*, n° 10, 2007, p. 1449.
- Thomas Clay, « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *JDI*, 2012, p. 443 et s.
- Trésor Direction générale, « La Malaisie, Hub Mondial de la Finance islamique », <http://fr.financialislam.com/uploads/3/8/5/3/3853592/397384.pdf>.
- Victor Berger-Vachon, « Le ribâ », in *Normes et valeurs dans l'islam contemporain*, Payot, 1966.
- Walid Ben Hamida, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », *Revue internationale de droit comparé*, N°4, 2015, pp. 930-931.
- Walide Ben Hamida, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », colloque *Arbitrage et religion*, Faculté de droit de Strasbourg, le 7 juillet 2016, en cours de publication, aimablement communiqué, p. 3.
- Walid Ben Hamida, « La finance islamique internationale : quel rôle pour la CNUDCI ? », [http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Congress/86-BEN\\_HAMIDA - la Finance islamique et la CNUDCI.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/86-BEN_HAMIDA_-_la_Finance_islamique_et_la_CNUDCI.pdf), n° 20.

- Willem Buiters, « Islamic Finance Principles to Restore Policy Effectiveness », FT, July 22, 2009.
- Willem Buiters, « Should you be able to sell what you do not own? », the Financial Times, March, 16th, 2009.
- Xavier Boucobza, « Le contrat et l'espace », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 2000, p. 97.
- Xavier Lagarde, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », Rev. arb., 2000- N° 3, p. 378.
- Xavier Oudin, « Les banques islamiques en Asie du sud-est », in Pierre Traimond (sous la direction de), *Finance et développement en pays d'Islam*, EDICEF, Paris, 1995, p. 175.
- Yadh Ben Achour, « Droit et changement social : l'exemple tunisien », Revue de droit public, n°1, 1989, p. 142.
- Yadh Ben Achour, « Islam et Constitution », Revue tunisienne de droit, 1974, p. 93.
- Yadh Ben Achour, « Islam et laïcité. Propos sur la recomposition d'un système de normativité », Pouvoirs, n°62, 1992, p. 16.
- Yves Derains, « Sources et domaine d'application du droit français de l'arbitrage international », in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Feduci, 1984, p. 1 et s.
- Yves Strickler, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », Revue de l'arbitrage, 2011, p. 191.

## V- Jurisprudence

- Conseil constitutionnel, décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, Rec. P. 71, consid. 44-46.
- Conseil constitutionnel, décision du 13 août 1993, *Justices*, janv. 1995, p. 201.
- CEDH, 20 févr. 1996, JCP G. 1997, I, 4000, n° 19.
- CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer c/Pays-Bas*, série A. n° 274 ; CEDH, 24 octobre 1989, *H. c/France*, série A. n° 162-A.
- CE, 11 oct. 1979, D. 1979, p. 606 ; C. Const., 13 nov. 1985 : rec. cons. const. p. 116.
- Cass. Dubaï, civ, n° 265/2009 du 15/10/2009, *Revue de l'arbitrage internationale*, n° 9, 2011, p. 335.
- Cass. Koweït, n° 151/1995 du 18/3/1996, *Revue de l'arbitrage internationale*, 24<sup>ème</sup>, n° 1, 2009, p. 95.
- Cass. 1 ch. Civ. 9 novembre 1993, *Clunet* 1994, p. 690 et s.
- Cass. 18 mai 1971, n° 69-10.489. *Impex c/P.A.Z* : JDI 1972, p. 124 et s.
- Cass. 20 décembre 1993, n° 91-16.828, *Khoms El Mergeb c/Dalico Contractor* : *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663.
- Cass. 4 juillet 1972, n° 70-14.163, *Hecht c/Sté Buisman's* ; JDI 1972, p. 843 et s.
- Cass. 1<sup>er</sup> civ, 18 mai 1971, n° 69-10-489, *Impex c/ P.A.Z* : JDI 1972, p. 62.
- Cass. civ 1, 11 mai 1999.
- Cass. civ 1. 7 janvier 1992, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 708.
- Cass. civ 1<sup>er</sup>, 10 octobre 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 129.
- Cass. civ 1<sup>er</sup>, 13 mars 2013, *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 735.
- Cass. n° 254 de 2002 du 19/5/2005, *Revue de l'arbitrage internationale*, 24<sup>ème</sup>, n° 4, 2009, p. 2006.

- Cass. 1<sup>ère</sup> Civ, 20 décembre 1993, JDI 1994, p. 432.
- Cass. 1<sup>er</sup> civ. 28 juin 1989, Eurodif c. République Islamique d’Iran, Revue de l’arbitrage, 1989, p. 653.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mai 1963, n° 58-12.874, Ets Raymond Gosset c/Sté Carapelli : Bull. civ. 1963, I, 1963, n° 264, p. 208.
- Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 févr. 2005, inédit, pourvoi n° 03-10442.
- Cass. 2<sup>ème</sup>, 1 avril 1987, n° 86-10539.
- Cass. Civ 1, 30 mars 2004, RTD com. 2004, p. 443.
- Cass. Civ 1, 5 janvier 1999, Revue de l’arbitrage, 1999, p. 260.
- Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 29 juin 2011, Revue de l’arbitrage, 2011, p. 678.
- Cass. Civ 2, 12 décembre 1990, Revue de l’arbitrage, 1991, p. 317.
- Cass. Civ 2<sup>ème</sup>, 10 novembre 1998, Bull. civ. II, n° 266.
- Cass. Civ, 10 juillet 1990, Revue de l’arbitrage 1990, p. 851.
- Cass. 20 février 2007, Revue de l’arbitrage 2007, p. 775.
- Cass. 8 avril 2009, Rev. Cri. DIP 2009, p. 771.
- Cass. 8 novembre 2005, Revue de l’arbitrage 2006, p. 925.
- Cass. Civ. 1, 18 novembre 1986, JDI 1987, p. 125.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 13 avril 1972, JCP 1972, II, 17189.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 1999, D. 1999, jurisprudence, p. 498.
- Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 20 février 1974, Revue de l’arbitrage, 1975, p. 238.
- Cass. Civ. 8 janvier 1913, Legembre c/Burke : DP 1920, I, p. 53.
- Cass. Com, 2 février 2016, Procédures, avril 2016, p. 133.
- Cass. Com, 23 janvier 2007, Revue de l’arbitrage, 2007, p. 769.
- Cass. Tunisienne, n° 75130 du 21 février 2000, cité in A. Ouerfelli, note sous CA Tunis, n° 40438 du 10 décembre 2013, Majallat al-Tahkim, n° 22, 2014, p. 511.

- CA Caire, 7<sup>ème</sup> circ. Commerciale, recours n° 65 de la 124<sup>ème</sup> année judiciaire. Et 71 de la 125<sup>ème</sup> année judiciaire du 6 janvier 2009, *Majallat al-Tahkim*, n° 4, 2009, p. 471.
- CA de Paris, 1 décembre 1995, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 529.
- CA de Paris, 10 mars 1988, *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 269.
- CA de Paris, 10 mars 2005, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 456.
- CA de Paris, 10 mars 2015, *revue de l'arbitrage*, 2015, p. 623.
- CA de Paris, 10 novembre 1989, *RTD.com.* 1992, p. 589.
- CA de Paris, 11 décembre 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 286.
- CA de Paris, 11 mai 2006, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 101.
- CA de Paris, 12 février 2009, *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 186.
- CA de Paris, 12 juin 2003, *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 887.
- CA de Paris, 12 oct. 1995, *Revue de l'arbitrage* 1999
- CA de Paris, 14 juin 2007, *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 644.
- CA de Paris, 15 mai 2008, *Revue de l'arbitrage*, 2010, p. 105.
- CA de Paris, 16 janvier 2003, *JDI*, 2004, p. 161.
- CA de Paris, 16 novembre 1993, *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 477.
- CA de Paris, 17 février 2005, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 709.
- CA de Paris, 18 janvier 2007, *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 134.
- CA de Paris, 2 juillet 1992, inédit, n° répert gén. N° 91-23114 et 23115.
- CA de Paris, 2 juillet 1992, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 411.
- CA de Paris, 2 juin 1989, *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 87.
- CA de Paris, 2 juin 2013, *Revue de l'arbitrage*, 2014, p. 130.
- CA de Paris, 2 octobre 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 439.
- CA de Paris, 21 avril 2005, *JCP G* 2005, I, 179, n° 5.

- CA de Paris, 21 février 2002, Revue de l'arbitrage, 2002, p. 955.
- CA de Paris, 22 janvier 2004, Revue de l'arbitrage, 2004, p. 647.
- CA de Paris, 22 mai 1991, Revue de l'arbitrage, 1996, p. 476.
- CA de Paris, 23 juin 2005, Revue de l'arbitrage, 2005, p. 799.
- CA de Paris, 24 février 1984, Revue de l'arbitrage, 1985, p. 175.
- CA de Paris, 24 octobre 1991, Revue de l'arbitrage, 1992, p. 464.
- CA de Paris, 25 mai 1990, Revue de l'arbitrage, 1990, p. 892.
- CA de Paris, 25 novembre 1999, Revue de l'arbitrage, 2001, p. 165.
- CA de Paris, 28 juin 1991, Revue de l'arbitrage, 1992, p. 568.
- CA de Colmar, 29 novembre 1968, Sté Impex c/ Sté P.A.Z et a, JCP G, 1970, II, 16264.
- CA de Paris, 17 décembre 1991, affaire Gatoil, Revue de l'arbitrage, 1993, p. 281.
- CA de Paris, 20 avril 1988, Revue de l'arbitrage, 1988, p. 570.
- CA de Paris, 7 février 1991, Revue de l'arbitrage, 1992, p. 630.
- CA de Paris, 7 juin 1984, Revue de l'arbitrage, 1984, p. 504.
- CA de Paris, affaire Dow Chemical, Revue de l'arbitrage, 1984, p. 98.
- CA de Paris, affaire Quijano Agüero, Revue de l'arbitrage, 1973, p. 158.
- CA de Versailles, 17 janvier 1979 (S.C.C. des Gâtines c/Groupe Drout), Gazette de Palais, 1980. 1. 146.
- CA de Paris, 28 novembre 2002, Revue de l'arbitrage, 2003, p. 445.
- CA de Paris, 28 octobre 2010, Revue de l'arbitrage, 2011, p. 691
- CA de Paris, 29 janvier 2004, JCP G 2004, I, p. 179.
- CA de Paris, 3 décembre 2009, Revue de l'arbitrage, 2010, p. 105.
- CA de Paris, 3 juin 1997, Revue de l'arbitrage, 1997, p. 608.
- CA de Paris, 5 juillet, 1990, Revue de l'arbitrage, 1991, p. 359.

- CA de Paris, 6 février 1997, *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 556.
- CA de Paris, 6 mai 2003, *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 920.
- CA de Paris, 7 octobre 2004, *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 982.
- CA de Paris, 9 avril 1992, *D.* 1992, IR 173.
- CA de Paris, 9 juin 1983, *Revue de l'arbitrage*, 1983, p. 497.
- CA de Paris, 9 septembre 2010, *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 970.
- CA de Paris, 9 septembre 2014, *Revue de l'arbitrage*, 2014, p. 1021.
- CA de Paris, 21 février 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 586.
- CA de Paris, 6<sup>e</sup> ch ; du 22 mai 2015, n° 13/13797, SA Thinet International Société Saudi
- TGI de Paris, réf, 13 janvier 1986, *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 63.
- TGI de Paris, réf. 15 janvier 1988, *Revue de l'arbitrage*, 1988, p. 316.
- TGI Paris, 13 juin 1999, *Revue de l'arbitrage*, 1996, p. 476.
- TGI, 1<sup>er</sup> avril 1993, *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 455.
- Cour d'appel britannique du 22 juin 2010, [2010] CLC 1057, [2010] *CILL* 2929, [2010] *Bus LR* 1683, [2010] ICR 1435, [2011] 1 *All ER* (Comm) 33, [2010] EWCA Civ 712, [2010] 2 *Lloyd's Rep* 534, [2010] IRLR 797, [2011] 1 *All ER* 50, [2010] 1 CLC 1057 <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/712.html>>.
- Cour suprême britannique du 26 juin 2009, [2010] 1 *All ER* 302, [2009] EWHC 1364 (Comm), [2009] 2 *All ER* (Comm) 778, [2009] 1 CLC 962 <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/1364.html>>.
- Cour suprême britannique, arrêt du 27 juillet 2011, [2011] WLR 1872, [2011] 1 WLR 1872, [2011] IRLR 827, [2011] 32 EG 54, [2011] *ArbLR* 28, [2011] UKSC 40, [2011] *BusLR* 1182, [2011] ICR 1004, [2011] *CILL* 3076, <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/40.html>>.

- English Court of Appeal decision, *Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain* EC, 2004, APP. L.R. 01.28.  
<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/19.html>.
- *Halpern v. Halpern*, 2007 ECWA (Civ.) 291, §37, 2008, Q.B. 195, §37, <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/291.html>>.
- *Investment Company Of The Gulf (Bahamas) Limited v Symphony Gems N.V and Others*. Sur cette question voir, U.F. Moghul et A.A. Ahmed, « Contractual Forms in Islamic Finance Law Inv. Co. Of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V and Ors : A First Impression of Islamic Finance », *Fordham International Law Journal*, vol. 27, Issue 1 2003 Article 7, p. 150.
- *Jabri v. Qaddura*, 108 S.W. 3d 404 (Texas), avril 2003, <<https://www.courtlistener.com/opinion/1396607/jabri-v-qaddura/>>.
- *Petroleum Development (Trucial Coasts) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* (1951) 18 ILR 144, *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd* ; (1953) 20 ILR 534.
- *Sanghi Polyester Ltd (India) v. The International Investors KCSC (Kuwait)*, 28 janvier 2000, *Lloyd's Law Reports* 2000, Vol.1 p.480
- TGI de Paris, 30 octobre 1986, *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 377 ; TGI de Paris, 28 janvier 1987, *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 380.
- *The Investment Dar Company KSCC v Blom Developments Bank SAL* [2009] EWHC 3545 (Ch), disponible sur ce site : <[http://leam.westlawbusiness.com/PDFs/Investment\\_Dar\\_Co\\_KSCC\\_v\\_Blom\\_Developments.pdf](http://leam.westlawbusiness.com/PDFs/Investment_Dar_Co_KSCC_v_Blom_Developments.pdf)>.
- Tribunal de première instance de Dubaï du 24 mars 2010, La requalification de l'Ijara arrivant à terme en contrat de vente à échéance.
- Tribunal fédéral suisse, 11 mai 1992, *Bull. ASA*, 1992, p. 392.

- Tribunal Fédéral Suisse, 30 septembre 1999, *Allgemeine Elsässische Bankgesellschaft, Société Générale Alsacienne de Banque SOGENAL (Suisse) S.A. c/ Al Bank Al Saudi Al Fransi* (recours en réforme), disponible sur le site <<http://www.bger.ch/fr/>>.
- Tribunal supérieur de justice du Brésil, 24 avril 1990, *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 137.

## **VI- Résolutions et Rapports**

- Commission sur la finance islamique, *Rapport du travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, 21 septembre 2009, p. 16.
- Académie Internationale de Fiqh, résolution n° 91(8/9), 9<sup>ème</sup> conférence à Abu Dhabi aux Emirats Arabes Unis du 1<sup>er</sup> au 6 avril 1995.
- Académie Internationale de Fiqh, résolution n° 67/3/7, *Revue de l'Académie de Fiqh islamique*, 7<sup>ème</sup> session, tome 2, n°7, 1992, p. 777.
- Elyès Jouini et Olivier Pastré, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Rapport remis à Paris Europlace, novembre 2008, p. 88-90.
- Islamic Financial Services Board, Rapport annuel du 16 mai 2017, [http://www.ifsb.org/ar\\_press\\_view.php?id=389&submit=more](http://www.ifsb.org/ar_press_view.php?id=389&submit=more).
- Résolutions de la deuxième conférence du Comité des recherches scientifiques d'Al Azhar, mois Moharam 1385 de l'hégire, Mai 1965.
- Rapport d'information du Sénat fait au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la finance islamiques, 2 octobre 2008, n° 329, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 mai 2008, p. 7.

- Rapport de l'Union des Banques Arabes, <http://www.uabonline.org/ar/research/financial/1578159116081585157515781575160415781605/7698/0>.
- Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques, G. Affaki (dir.), I. Fadlallah, D. Hascher, A. Pézard, F.-X. Train, 21 sept. 2009, p. 16.
- Rapport télévisé sur le développement de la finance islamique, <https://m.youtube.com/watch?v=-GsdxJJ3mo8>.
- Rapport du Congrès international de l'arbitrage organisé par le comité français de l'arbitrage à Paris en 1961, publiés à la Revue de l'arbitrage de 1961, p. 48 et s.
- Sénat, *Le nouvel « âge d'or » des fonds souverains au Moyen-Orient*, Rapport d'information de MM. Jean Arthuis, Philippe Marini, Aymeric de Montesquiou, Philippe Adnot, Michel Moreigne et Philippe Dallier, fait au nom de la commission des finances, n° 33, 17 octobre 2007.
- Standard & Poor's (S&P), Rapport du 21 juillet 2017 : <http://www.albayan.ae/economy/capital-markets/2017-06-21-1.2984113?ot=ot.AMPPageLayout>
- Turning towards Mecca : Islamic banks join in the race of Africa, Septembre 26, 2007, Economist, Vol. 387, Issue 8579, May 10, 2008.
- Accounting and Auditing Organisation for Islamic Finance Institutions, Norme N° 32 relative à l'arbitrage.

## VII- Sites Internet

- Islamic Financial Services Board, <http://www.ifsb.org/index.php>.
- Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLARCA), I-Arbitration Rules, [www.klrca.org.my](http://www.klrca.org.my).
- Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI), <http://aaoifi.com/?lang=en>.
- Centre Islamique International pour la Conciliation et l'Arbitrage (IICRA), [http://www.iicra.com/iicra/about\\_detail.php?id=2&?lang=0&language=English](http://www.iicra.com/iicra/about_detail.php?id=2&?lang=0&language=English).
- Banque mondiale, [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)
- CNUDCI, [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

# Table des matières

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>1</b>
<b>Sommaire .....</b>	<b>3</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>7</b>
<b>Première Partie. La prise en compte insuffisante de la spécificité de la finance islamique par les modes de règlements des litiges en dehors de l'arbitrage .....</b>	<b>37</b>
<b>Titre 1. L'identification de la spécificité de la finance islamique.....</b>	<b>39</b>
Chapitre 1- Une finance fondée sur une philosophie religieuse particulière .....	39
Section 1- Les fondements de la finance islamique .....	40
§1- Les sources du droit musulman des affaires.....	40
A)- Les sources primaires .....	42
1)- Le Coran .....	42
2)- La Sunna .....	45
B)- Les sources secondaires.....	49
1)- Les sources supplémentaires les plus importantes.....	49
a)- L'ijma' (consensus).....	50
b)- Al Qiyas (raisonnement analogique) .....	51
2)- Les sources complémentaires les moins importantes .....	55
a)-L'istihsan (choix préférentiel).....	55
b)- Al Masalih Al mursala .....	56
c)- Le 'urf (coutume ou usage) .....	57
d)- Sadd al-dhara'i' (Fermeture des voies à l'interdit).....	59
§2- Le contrat comme fondement de la finance islamique.....	61
A)- La conception islamique du contrat.....	61
B)- Analyse spécifique du contrat de finance islamique.....	64

Section 2- Manifestations de la singularité de la finance islamique .....	69
§1- Les principes de la finance islamique .....	70
A)- Les principes positifs .....	70
1)- L'éthique dans les rapports commerciaux .....	70
2)- Le partage des pertes et profits (PPP).....	73
3)- L'adossment à un actif réel .....	75
B)- Les principes négatifs .....	76
1)- La prohibition de <i>Riba</i> (prêt à intérêt) .....	76
2)- L'interdiction de <i>gharar</i> ou de risque excessif ou aléa .....	79
3)- L'interdiction de la thésaurisation .....	81
4)- L'interdiction des activités et produits illicites (haram).....	82
§2- L'apparition d'une doctrine économique et sociale islamique.....	82
A)- Les piliers de la philosophie économique et sociale islamique.....	82
B)- Les finalités de la Charia .....	85
§3. Objectifs de la finance islamique.....	88
A)- Objectifs généraux.....	89
B)- Les objectifs spéciaux.....	90
1)- Les objectifs économiques.....	91
2)- Les objectifs non-économiques .....	92
§4. Efficacité de la finance islamique.....	94
§5. Le contrôle de conformité à la Charia .....	96
A)- Configuration et forme du contrôle .....	96
B)- Rôle et mission de l'organe de contrôle .....	99
Chapitre 2. Une finance basée sur des mécanismes islamiques singuliers .....	102
Section 1. Les modes de financement participatif.....	103
§1. La <i>mouadaraba</i> .....	103
A)- Le cadre juridique général de la <i>mouadaraba</i> .....	103
1)- Définition de la <i>mouadaraba</i> .....	104
2)- La légitimité de la <i>mouadaraba</i> .....	106
3)- Les conditions de validité .....	108
a)- Les parties contractantes .....	108
b)- Le capital.....	109

c)- Les bénéfiques .....	110
d)- Le travail .....	111
B)- La place de la <i>mouadaraba</i> dans la finance islamique .....	111
1)- L'évolution de la <i>mouadaraba</i> .....	111
2)- La pratique de la <i>mouadaraba</i> dans les institutions financières islamiques. ....	113
§2. La <i>moucharaka</i> .....	117
A)- Le cadre juridique général de la <i>moucharaka</i> .....	117
1)- Définition et types de la <i>moucharaka</i> .....	118
2)- La légitimité de la <i>moucharaka</i> .....	120
3)- Les conditions de validité de la <i>moucharaka</i> .....	121
(a)- Les associés.....	121
(b)- Le capital .....	122
(c)- Le partage des profits et pertes .....	123
B)- La place de la <i>moucharaka</i> dans la pratique financière islamique contemporaine .....	124
1)- La <i>moucharaka</i> thabita .....	124
2)- La <i>moucharaka</i> moutanghissa ou dégressive .....	125
Section 2. Les opérations fondées sur la vente.....	130
§1. La <i>mourabaha</i> .....	130
A)- Concept de <i>mourabaha</i> et sa licéité .....	131
B)- Conditions de la <i>mourabaha</i> .....	133
C)- La place de la <i>mourabaha</i> dans les institutions financières islamiques .....	134
§2. Le <i>Salam</i> .....	139
A)- Le cadre juridique général de la <i>salam</i> .....	140
1)- Définition et légitimité de la <i>salam</i> .....	140
2)- Les conditions de validité du <i>salam</i> .....	142
B)- La pratique du <i>salam</i> dans les institutions financières islamiques modernes	144
§3. L' <i>Istisnaa</i> .....	148
A)- Le cadre juridique général de l' <i>Istisnaa</i> .....	148
1)- Définition de l' <i>Istisnaa</i> .....	148
2)- Légitimité de l' <i>Istisnaa</i> .....	150
3)- Les conditions du contrat d' <i>Istisnaa</i> .....	151
B)- La place de l' <i>Istisnaa</i> dans les institutions financières islamiques modernes	154
§ 4. Al <i>Tawarruq</i> .....	158

A)- Le cadre juridique général .....	159
1)- Définition du <i>Tawarruq</i> .....	159
2)- La légitimité.....	160
3)- Les conditions de validité .....	164
B)- La pratique du <i>Tawarruq</i> dans les institutions financières islamiques modernes .....	165
Section 3. Les mécanismes fondés sur la location : le contrat d' <i>Ijara</i> .....	167
§ 1. Le cadre juridique général de l' <i>Ijara</i> .....	167
A)- Définition et légitimité du contrat d' <i>Ijara</i> .....	167
B)- Conditions de validité .....	169
§2. La pratique contemporaine du contrat d' <i>Ijara</i> .....	171
A)- Rôle de l' <i>Ijara</i> .....	171
B)- L' <i>Ijara</i> mountahiyya bi al tamlik comme nouveau mode de financement....	173

**Titre 2 : Le rôle limité de la justice étatique et du règlement amiable dans la prise en compte de la singularité de la finance islamique ..... 179**

Chapitre 1. Les limites du cadre étatique .....	180
Section1. L'environnement normatif étatique de la finance islamique.....	181
§ 1. Les systèmes juridiques islamisés .....	181
A)- Le Pakistan .....	182
B)- L'Iran .....	183
C)- Le Soudan .....	184
§2. Les systèmes mixtes .....	185
A)- Le Koweït .....	185
B)- La Malaisie .....	187
§3. Les systèmes de droit séculier .....	190
Section 2. Les difficultés posées par l'encadrement juridique étatique de la finance islamique .....	195
§1. Problèmes et difficultés non inhérents au règlement des litiges.....	195
§2. La problématique de la justice étatique face à la finance islamique .....	199
A)- Explication du problème .....	199
1)- Une légitimité discutable : un droit et un juge étatiques séculiers .....	200

2)- Une efficacité contestable : les dysfonctionnements de la justice étatique	207
B)- Manifestations pratiques du problème.....	215
1)- La juridiction anglaise .....	217
a)- Le choix exclusif du droit anglais .....	217
b)- Le choix de la Charia comme droit applicable au contrat.....	220
2)- Les juridictions de certains pays musulmans .....	225

Chapitre 2. L'efficacité limitée des modes alternatifs amiables de règlement des litiges relatifs à la finance islamique.....	234
---	-----

Section 1. Aux sources du développement des modes alternatifs de règlement des litiges .....	236
§1. Vers une nouvelle conception de la justice .....	236
A)- L'émergence d'une nouvelle analyse de la justice .....	237
1)- L'analyse économique de la justice .....	237
2)- L'analyse philosophique.....	238
3)- L'effectivité des droits du justiciable .....	240
B)- Un concept de justice élargi : vers une justice plus proche des parties .....	241
1)- Une proximité matérielle et formelle.....	243
2)- Une proximité sociale .....	245
a)-Le rapprochement relationnel opéré par les modes alternatifs de règlement des litiges .....	246
b)- Le rapprochement normatif opéré par les modes alternatifs de règlement des litiges .....	247
§2. Les modes alternatifs comme réponse à la crise de l'Etat et de sa justice.....	250
Section 2. Typologie des modes alternatifs de règlement des conflits.....	252
§1)- La négociation.....	252
§2)- La transaction.....	256
§3)- Médiation et conciliation .....	261
§4)- L'expertise .....	267
Section 3. Le rôle des modes amiables de règlement des litiges.....	272
§1)- Un rôle bénéfique.....	272
§2)- Un rôle limité .....	276

**Seconde Partie. La prise en compte suffisante de la particularité de la finance islamique par l'arbitrage ..... 284**

**Titre 1. Facteurs de la préférence accordée à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges relatifs à la finance islamique..... 286**

Chapitre 1. L'enracinement de l'arbitrage dans la culture juridique islamique : vers une légitimité islamique incontestable..... 287

Section 1. L'arbitrage comme mécanisme de règlement des litiges en droit musulman classique ..... 289

§1. Le cadre conceptuel ..... 290

A)- Définition de l'arbitrage et distinction des notions voisines ..... 290

1)- Définition de l'arbitrage ..... 290

2)- La distinction de l'arbitrage des notions voisines ..... 293

a- L'arbitrage et la justice étatique..... 293

b- L'arbitrage et la *fatwa*..... 295

c- L'arbitrage et l'expertise ..... 296

d- L'arbitrage et le *sulh* ..... 297

B)- Légitimité de l'arbitrage ..... 299

1)- Les sources divines ..... 299

a)- Le Coran..... 300

b)- La Sunna ..... 302

2)- Les sources humaines ou évolutives..... 303

a)- La pratique des compagnons ..... 303

b)- Les autres sources évolutives (*Ijma'* et *Qiyas*) ..... 306

C)- L'arbitrage dans les quatre écoles doctrinales du Fiqh islamique ..... 307

1)- L'école Hanafite ..... 309

2)- L'école Malékite ..... 310

3)- L'école Chaféite ..... 311

4)- L'école Hanbalite ..... 312

§2. Le régime juridique de l'arbitrage en droit musulman classique ..... 313

A)- La convention d'arbitrage..... 313

1)- La forme de la convention d'arbitrage..... 313

a)- Le compromis.....	314
b)- La clause compromissoire.....	315
2)- Conditions de validité de la convention d'arbitrage.....	318
a)- Le consentement.....	318
b)- La capacité .....	320
c)- L'objet ou les matières de l'arbitrage.....	321
B)- L'arbitre .....	323
C)- Le déroulement de l'instance arbitrale .....	325
D)- La sentence arbitrale et son exécution.....	328
Section 2. La rénovation limitée de l'arbitrage en droit musulman contemporain : la Mejelle et l'Académie du Fiqh islamique .....	333
§1- L'arbitrage dans la Mejelle ottomane.....	334
§2. L'arbitrage dans l'œuvre de l'Académie internationale de Fiqh islamique .....	341
 Chapitre 2. Une efficacité renforcée de l'arbitrage notamment en matière de finance islamique .....	349
 Section 1. L'arbitrage au service de l'application de la Charia.....	349
§1. La nécessité d'application de la Charia .....	350
A)- Les sources religieuses exigeant la mise en œuvre de la Charia .....	350
B)- L'obligation de l'application de la Charia comme conséquence logique de sa normativité .....	356
§2. Une prise en compte de la Charia facilitée par l'arbitrage .....	361
A)- La possibilité accordée aux parties de choisir la Charia comme droit applicable à l'arbitrage .....	362
1)- L'arbitrage, une justice fondée sur la liberté et l'autonomie des parties ....	363
2)- La consécration formelle de la liberté des parties dans l'organisation de l'arbitrage .....	365
B)- La prise en compte de la Charia par l'arbitre : analyse de quelques cas pratiques .....	368
C)- La prise en considération de la Charia à travers l'accueil de l'arbitrage par le juge étatique .....	381
1)- La réception de la Charia en tant que droit applicable à l'arbitrage par le juge étatique .....	381

2)- Une ouverture vers la Charia à travers la reconnaissance et l'exécution de la sentence par le juge étatique.....	388
Section 2- L'arbitrage, une justice au service d'une solution efficace.....	395
§1. Une justice mieux rendue .....	396
§2. Une justice mieux administrée .....	402
<b>Titre 2. Les perspectives de l'évolution de l'arbitrage appliqué à la finance islamique</b> .....	<b>407</b>
Chapitre 1. Les principes du droit moderne de l'arbitrage comme source de modernisation de l'arbitrage islamique et la nécessité de leur consécration dans la résolution des litiges relatifs à la finance islamique .....	409
Section 1. Principes et effets de la convention d'arbitrage .....	410
§1. L'affirmation de l'autonomie de la convention d'arbitrage .....	414
A)- Origine et évolution de l'autonomie.....	414
B)- Le contenu du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage .....	420
1)- L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal.....	421
2)- L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique .....	426
§2. Effets de la convention d'arbitrage.....	429
A)- Les effets positifs de la convention d'arbitrage.....	429
1)- Obligation pour les parties à un contrat de financement islamique de soumettre aux arbitres les litiges visés par la convention d'arbitrage.....	430
2)- La compétence du tribunal arbitral pour trancher les litiges visés par la convention d'arbitrage.....	432
B)- Les effets négatifs de la convention d'arbitrage .....	434
1)- Principe et régime de l'incompétence des juridictions étatiques.....	435
2)- Limites du principe de l'incompétence des juridictions étatiques.....	437
§3. La vérification de la compétence arbitrale : le principe de compétence-compétence .....	441
A)- L'affirmation du principe .....	442
B)- Contenu du principe de compétence-compétence .....	446
1)- L'effet négatif du principe de compétence-compétence.....	446
a)- La règle.....	446

b)- Les limites .....	449
2)- L'effet positif du principe de compétence-compétence.....	451
a)- Signification et justification de l'effet positif de la compétence- compétence .....	451
b)- Régime de l'effet positif de la compétence-compétence .....	453
Section 2. Les principes inhérents à la juridictionnalisation de l'arbitrage .....	456
§1. Le tribunal arbitral .....	457
A)- Devoirs de l'arbitre en tant que juge : indépendance et impartialité.....	459
1)- Affirmation de l'exigence.....	459
2)- Le sens et la portée du devoir d'indépendance et d'impartialité .....	462
B)- Les modalités de contrôle du devoir d'indépendance et d'impartialité.....	469
1)- Le moyen préventif : l'obligation de révélation .....	469
2)- Les mécanismes curatifs .....	474
a)- La récusation de l'arbitre .....	474
b)- La contestation de la sentence.....	475
c)- La responsabilité de l'arbitre.....	477
§2. Une dimension juridictionnelle affirmée de l'instance arbitrale .....	479
A)- Le principe de la contradiction .....	480
1)- La cardinalité du principe de contradiction .....	480
2)- Le contenu du principe de contradiction .....	483
B)- Le principe d'égalité des parties .....	485
1)- Fondement du principe d'égalité des parties .....	486
2)- Le contenu du principe d'égalité des parties .....	488
§3. La sentence arbitrale comme illustration de la nature juridictionnelle de l'arbitrage.....	491
A)- La motivation de la sentence .....	492
B)- L'autorité de la chose jugée.....	495
 Chapitre 2. Institutionnalisation de l'arbitrage islamique et perspectives de modernisation .....	 500
 Section 1. Les manifestations du développement de l'arbitrage en matière de finance islamique .....	 501
§1. L' AAOIFI comme illustration du développement .....	502

A)- Aperçu général de l'AAOIFI.....	502
B)- La norme relative à l'arbitrage .....	507
1)- Le caractère réaliste et contemporain de la norme .....	509
a)- L'évitement de la contradiction entre les règles modernes et les règles islamiques .....	509
b)- La reconnaissance du rôle supplétif de la loi dans le cadre de la Charia	514
2)- L'attachement au Fiqh classique .....	516
3)- Les zones de silence dans la norme .....	519
§2. Les Centres islamiques pour l'arbitrage comme instrument et illustration du développement de l'arbitrage en matière de finance islamique .....	521
A)- Le Centre islamique international pour la réconciliation et l'arbitrage (IICRA) .....	522
1)- L'état actuel du Centre.....	523
a)- Création du Centre .....	524
b)- Rôle et contribution du Centre .....	527
2)- L'avenir de l'IICRA .....	530
a)- Les défis rencontrés.....	530
b)- Vers un rôle plus efficace de l'IICRA .....	532
B)- Le Centre régional de Kuala Lumpur pour l'arbitrage (KLRC).....	537
Section 2. Le champ de la modernisation : vers un régime juridique de l'arbitrage cohérent et efficace.....	542
§ 1- Le renouvellement de la conception islamique de la convention d'arbitrage ..	543
A)- La nécessité de la convention : vers la généralisation de la convention d'arbitrage dans les contrats de financement islamique.....	543
B)- L'amélioration de la qualité de la convention d'arbitrage.....	548
§2 . La rénovation du statut de l'arbitre.....	552
A)- Vers une vision contemporaine des conditions de l'arbitre.....	553
B)- Un projet pour un arbitre qualifié en matière de finance islamique .....	560
§3. La problématique du droit applicable .....	564
A)- L'intérêt de la codification dans le domaine de la finance islamique .....	565
B)- Les mécanismes proposés pour la codification de la Charia en matière de finance islamique .....	572
§4. Le renforcement de la valeur de la sentence arbitrale .....	579

A)- Vers une sentence exécutée rapidement et sans intervention du juge étatique .....	580
B)- La mise en place d'une jurisprudence arbitrale favorable au développement de la finance islamique .....	589
§5. Projet d'une charte éthique de l'arbitrage en matière de finance islamique.....	593
<b>Conclusion.....</b>	<b>600</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>669</b>