



Université de Montréal

**LE TRAITEMENT RÉSERVÉ À LA CHARIA DANS L'ARBITRAGE  
INTERNATIONAL**

par  
Inès Giauffret

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales  
en vue de l'obtention de la maîtrise en droit option droit des affaires

Évalué par  
Harith Al Dabbagh, directeur de recherche

Août, 2018

©, Inès Giauffret, 2018

## Résumé

La mondialisation a conduit à un développement des échanges économiques entre pays à tradition juridique et culturelle opposées. Ces interactions nécessitent une compréhension et un respect des systèmes juridiques respectifs, les Etats désirant conserver l'ensemble de leurs intérêts qu'ils soient commerciaux ou non. Face à ces progrès économiques, l'arbitrage commercial international s'est présenté comme une solution permettant de soustraire les Etats à un système juridique étatique particulier et apporter un consensus dans la manière de régler des différends. Cependant, lorsqu'un conflit surgit entre Orient et Occident, la différence culturelle et la variable religieuse ont conduit les pays occidentaux à s'interroger sur la normativité des droits des pays arabo-musulmans. Malgré le fait que le domaine des affaires soit majoritairement sécularisé dans la plupart de ces Etats aujourd'hui, des contestations face à l'appréhension et l'application de la Charia, du droit musulman et du *Fiqh* sont présentes. La perception occidentale de ces droits les qualifiant de précaires ou inadaptés à régir le commerce international, a pu conduire à un certain isolement des systèmes juridiques. A travers cette étude il s'agira de comprendre ce qu'est réellement la Charia et le droit musulman, mais surtout leur contenu et impact dans le domaine des affaires afin de pouvoir justifier le rejet initial de ces systèmes dans l'arbitrage. Il sera ainsi retracé l'évolution de la réception de la Charia dans l'arbitrage commercial international et le traitement qui lui est réservé jusqu'à nos jours.

Mots clés : Normativité, Charia, droit musulman, arbitrage commercial international, droit des affaires, droit positif.

## **Abstract**

Globalization has led to the development of economic exchanges between countries with contrasting legal and cultural traditions. These interactions require an understanding and respect of the legal systems because all countries wish to retain their interests, whether it be commercial or not.

In the face of these economic advances, international commercial arbitration has emerged as a way to remove states from a particular state legal system and to bring consensus on how to settle disputes.

However, when a conflict emerges between East and West, the cultural differences and the religious variables lead the Western countries to question the normativity of Arab Muslim's rights. Despite the fact that the majority of these states are now secularized in the field of business today, there are challenges to the apprehension and application of Sharia'h, Islamic law and *Fiqh*. The Western perception of these rights as precarious or unsuitable for governing international trade may have led to some isolation of legislation. Through this study it will be necessary to understand what Sharia'h and Islamic law really are, but especially their content and impact in the field of business in order to justify the initial rejection of these systems in the arbitration system. Thus will be traced the evolution of the reception of Sharia'h in international commercial arbitration and the treatment that has been reserved for it until today.

Key-Words : Normativity, Sharia'h, Arab muslim's rights, international commercial arbitration, business law, positivity.

## TABLE DES MATIÈRES

Abréviations .....	vi
Remerciements .....	vii
<i>INTRODUCTION</i> .....	1
<u>PARTIE I : LA NORMATIVITÉ DE LA CHARIA</u> .....	6
CHAPITRE 1 : La nature de la Charia .....	8
1. Définition et terminologie du corpus musulman .....	8
2. Sources et caractéristiques du corpus musulman .....	13
3. Évolution du droit musulman et mouvement de sécularisation.....	19
4. Droit musulman des affaires .....	25
CHAPITRE II : Le contenu du corpus musulman .....	33
1. Adaptation du droit musulman des affaires .....	34
2. Développement d'un droit des praticiens .....	40
3. Les expédients et subterfuges juridiques .....	46
4. Le problème de détermination du corpus musulman .....	50
<u>PARTIE II : RECEPTION ET APPLICATION DE LA CHARIA DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL</u> .....	55
CHAPITRE I : Le refus d'application de la Charia dans l'arbitrage international.....	56
1. Le rejet « <i>in globo</i> » de la Charia par les sentences pétrolières.....	57
2. Évolution de la réception de la Charia dans un arbitrage international.....	61
3. De vives critiques aux méthodes d'exclusion de la Charia : « la crise de l'arbitrage international ».....	67
4. L'impact d'une culture fortement religieuse.....	75
CHAPITRE II : Une progressive reconnaissance de la Charia dans l'arbitrage international.....	80
1. Des motifs de rejet de la Charia devenus inopérants.....	80
2. Une évolution partagée par les tribunaux judiciaires.....	84
3. Des solutions au problème de manque de détermination du contenu de la Charia.....	88
4. Le choix de la Charia pour régir le litige.....	95
<i>CONCLUSION</i> .....	101
<i>BIBLIOGRAPHIE</i> .....	105

## Abréviations des principales revues

Annual survey of International & Comparative Law	<i>Ann. Surv. Int'l &amp; Comp.L.</i>
Arab Law Quaterly	<i>A.L.Q</i>
Archives de philosophie du droit	<i>Arch. philo. dr.</i>
Archives de sociologie des religions	<i>Arch. soc. dr.</i>
Arbitration international	<i>Arb. Int.</i>
Cornell law review	<i>Cornell L. Rev.</i>
Denver journal of international law and policy	<i>Den. L.J. Int'L P.</i>
Dispute resolution Journal	<i>Disp. Resol. J.</i>
Industrial Law journal	<i>ILJ</i>
International and comparative law quaterly	<i>I.C.L.Q</i>
International journal of human rights	<i>I.J.H.R</i>
International journal of Middle East Studies	<i>Int'l J. Mid. E. Stud.</i>
International Law reports	<i>I.L.R.</i>
Islamic Law and Society	<i>I.L.&amp;S.</i>
Islam Quaterly	<i>Islam. Quarterly.</i>
Journal du droit international	<i>Jour. dr. Int</i>
Journal international and comparative law	<i>J. Int'l &amp; Comp. L</i>
Journal of law and religion	<i>J.L. &amp; Religion</i>
Journal of economy sociology and history of Orient	<i>J. Eco.&amp; Soc.Hist.Orient.</i>
Journal of Islamic and comparative law	<i>J. Islam &amp; comp. L.</i>
Journal of Islamic studies	<i>Islam.stud.</i>
Kluwer Law international	<i>Kluwer</i>
La revue des Sciences de Gestion	<i>RSG</i>
Law & History review	<i>Law &amp; Hist. rev.</i>
Lloyd's law reports	<i>Lloyd's Rep</i>
Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review	<i>Loy.L.A.Int'l &amp;Comp.L.Rev.</i>
Macquarie Journal of Business Law	<i>MqBL</i>
Recueil des cours Académie de droit international de La Haye	<i>RCADI</i>
Revue critique de droit international privé	<i>rev. crit. D.I.P</i>
Revue de droit uniforme	<i>rev. dr. unif.</i>
Revue de droit de l'Université de Sherbrooke	<i>RDUS</i>
Revue de l'arbitrage	<i>rev. Arb</i>
Revue Erusma	<i>rev. erusma</i>
Revue internationale d'arbitrage	<i>Int. Arb. Rev</i>
Revue internationale de droit comparé	<i>RIDC</i>
Revue juridique Thémis	<i>Thémis</i>
Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal	<i>RJTUM</i>
Studies in islamic law and societies	<i>I.L.&amp;S.</i>
Texas International law journal	<i>Tex. Int'l L. J.</i>
The Buisness Lawyer	<i>Bus. Law.</i>
William Mitchell Law review	<i>William Mitchell Law. rev.</i>
Yearbook commercial arbitration	<i>Y.C.A</i>
Weekly Law Report	<i>W.L.R</i>
<i>Acerfi : Audit conformité et recherche en finance islamique</i>	

## **REMERCIEMENTS**

Mes remerciements sont adressés en premier lieu à mon directeur de recherche Mr Harith Al Dabbagh qui m'a accompagné tout au long de ce projet. Je le remercie pour sa grande disponibilité, ses conseils et sa confiance tout au long de cette année. Je suis extrêmement reconnaissante pour ses expertises judicieuses et son aide afin de trouver une voie professionnelle.

A Barbara et Emmanuelle, mes sœurs et amies pour leur soutien cette année.

A mes amis, ma famille et ma fraternité montréalaise pour leur appui et encouragements.

## INTRODUCTION

Le monde a connu une croissance importante des différends commerciaux transcendant les frontières en raison d'une économie de plus en plus mondialisée et en interaction constante. Les intérêts commerciaux des Etats ont toujours été au cœur de ces échanges, l'essentiel étant de satisfaire les opérateurs économiques en privilégiant la liberté et la sécurité des transactions. Cependant, dans des affaires d'envergure internationale, d'autres paramètres alimentent les conflits et désaccords commerciaux<sup>1</sup>.

En effet, les intérêts non commerciaux des Etats sont de plus en plus mis en jeu. Ces intérêts, qui expriment des valeurs non vouées au développement et à l'efficacité économique peuvent être issus de différences culturelles ou religieuses. Qu'il s'agisse de règles délimitant le champ de la commercialisation ou de normes tendant à lutter contre les dérives de cette dernière, chaque Etat tend aujourd'hui à la protection et à la conservation de l'ensemble de ses intérêts dans le domaine des affaires.<sup>2</sup>

La préservation et le respect des considérations de chaque Etat se complexifie lors de relations économiques entre pays à tradition juridique et culturelle différente. Les interactions entre entreprises occidentales et leurs homologues du Moyen-Orient sont une illustration de cette problématique<sup>3</sup>.

En effet, ces interactions englobent désormais des transactions et investissements commerciaux sophistiqués<sup>4</sup> impliquant une indispensable compréhension des systèmes respectifs, dont notamment les principes généraux de la Charia, cette dernière se présentant comme une source de la loi dans de nombreuses législations du Moyen Orient.

---

<sup>1</sup> Xavier BOUCOBZA, « La prise en compte des intérêts de l'Etat dans le commerce international », (2005) 3-2 *Rev. Arb.* 465

<sup>2</sup> *Id.*,

<sup>3</sup> Faisal KUTTY, « The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration », (2006) 6-1 *Loy.L.A.Int'l &Comp.L.Rev.* 63

<sup>4</sup> Jane L. VOLZ & Roger S. HAYDOCK, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser », (1996) 21-3 *William. Mitchell Law. Rev.* 867



Si l'on devait brièvement définir la Charia, on dirait qu'il s'agit « d'un corps de commandements d'Allah (Dieu) révélés par l'intermédiaire de son prophète Mahomet, qui conditionne la conduite et le comportement du musulman et plus généralement l'ordre socio-juridique de la communauté islamique<sup>5</sup> ».

Il est cependant nécessaire de prendre en considération la différence entre les Etats islamiques et les Etats où l'Islam est la religion d'Etat. Les Etats islamiques ont un ordre politico-juridique religieux dans son ensemble. Le droit est dérivé de la religion, et, des religieux sont à la tête du pouvoir. Dans les pays où l'Islam est la religion d'Etat, cette mention a valeur symbolique, disposant d'un effet déclaratif et non normatif en principe. Il n'y a donc pas d'impact direct sur l'organisation politique et l'ordre juridique<sup>6</sup>.

On comprend ainsi que les échanges économiques avec les Etats du Moyen Orient impliquent souvent un respect des valeurs morales et culturelles inconnues des systèmes occidentaux basés sur l'économie de marché. C'est en effet la prise en compte de l'aspect moral du droit musulman qui pose problème dans le commerce international aujourd'hui, ce droit disposant d'un caractère casuistique et moraliste en tant qu'ordre religieux.

C'est ainsi que l'arbitrage commercial international a pu se présenter comme une solution permettant à chaque opérateur de se soustraire aux juridictions étatiques afin de résoudre un conflit avec gage de partialité, de neutralité et d'indépendance<sup>7</sup>.

L'arbitrage est en effet progressivement devenu la justice naturelle du commerce international. Ce faisant, il se laisse voir comme l'un des moyens par lequel se réalise l'intégration d'un pays dans l'économie mondialisée. Réfractaires à la compétence des juridictions étatiques, les

---

<sup>5</sup> Mustapha AL-ZARKA, « La Charia est l'ensemble de commandements et de prescriptions dogmatiques que l'Islam doit appliquer en vue de réaliser ses objectifs pour réformer la société. », *al-Fiqh al-Islami fi Thawbihi al Jadid*, 7e éd, Beyrouth, Dar-Al-Fikr, p. 30 cité par Baudouin DUPRET dans *La Charia : des sources à la pratique, un concept pluriel*, coll. Cahiers Libres, Paris, La Découverte, 2014

<sup>6</sup> Harith AL DABBAGH, « Le printemps arabe et l'évolution des rapports Islam-Etat en Égypte et en Tunisie » (2013) 47 *RJTUM* 78-79

<sup>7</sup> Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Londres, Emmanuel Gaillard and John Savages éd., Kluwer Law International, 1999, p. 1-4

opérateurs du commerce international ont fait du recours à l'arbitrage l'une des conditions de la participation à l'économie mondiale<sup>8</sup>.

Ce mode juridictionnel de résolution des conflits est un mécanisme par lequel les parties à un litige confient à des personnes appelées « arbitres » le soin de résoudre un conflit en rendant une décision de justice appelée « sentence » qui s'impose aux parties<sup>9</sup>. La caractéristique primordiale de ce mode de résolution des conflits est la grande liberté, l'autonomie accordée aux parties que ce soit dans la conduite de la procédure ou dans la détermination du droit applicable au fond du litige<sup>10</sup>.

Toutefois, les considérations religieuses peuvent jouer un rôle crucial dans l'acceptation et le fonctionnement de l'arbitrage commercial international. La variable religieuse peut avoir une incidence sur de nombreux éléments tels que le droit applicable, le choix de la loi, la nomination d'arbitres ou encore l'attribution d'intérêts. Il est certain que le facteur religieux, et plus particulièrement la règle morale, peut induire des prohibitions majeures dans certains accords économiques.<sup>11</sup>

La pratique arbitrale a de ce fait montré une réserve au recours à ces droits jusqu'à être accusée « d'occidentalo-centrisme » voir de partialité<sup>12</sup>. L'hostilité à l'égard des systèmes de tradition musulmane fut alimentée par la perception et notion occidentale de la Charia ainsi que par l'incompréhension du fonctionnement de ces systèmes et de leur contenu dans le domaine des affaires. Cela a engendré la conception d'un système précaire, voir archaïque, inadapté à répondre aux exigences commerciales modernes<sup>13</sup>.

Il est donc primordial de comprendre l'état du droit positif de ces pays actuellement, particulièrement au niveau économique. En effet, le problème de reconnaissance de la

---

<sup>8</sup> Ali MEZGHANI, « Retour sur les pays arabes et l'arbitrage commercial international », dans Ahmed SADEK EL-KOSHERI FESTSCHRIFT, *From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, Nassib G. Ziadé éd., Kluwer Law International, 2015, p. 91

<sup>9</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Association Henri Capitant, P.U.F., 1992

<sup>10</sup> P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, préc., note 7, p. 1-4

<sup>11</sup> Ali MEZGHANI, « Le Droit Musulman et L'arbitrage » (2008) 2 *Rev. Arb.* 211

<sup>12</sup> *Id.*,

<sup>13</sup> Ali MEZGHANI, préc., note 8, p. 94-95

normativité de ces droits est un facteur conduisant parfois à un isolement et au rejet des systèmes juridiques arabo-musulmans<sup>14</sup>.

Pourtant, « *lorsque la matière est axiologiquement neutre les différenciations s'estompent* »<sup>15</sup>. Dans le domaine économique l'influence étrangère a facilement été acceptée. Le productivisme économique est en effet amoral et prend peu en considération le relativisme culturel. Les pays arabes n'ont pas échappé à cette évolution. Le droit des obligations est pour l'essentiel inspiré des droits occidentaux. Les techniques du droit commercial occidental sont largement adoptées. Les mêmes pays ont suivi le mouvement de dérégulation et de libération des échanges pour répondre aux besoins de l'économie mondialisée. Sur le fond, les codes et lois adoptés dans la majorité des pays arabes s'alignent sur l'état de droit de l'arbitrage commercial international. Ils participent ainsi au processus de rapprochement des systèmes juridiques, les législateurs ayant usé de la méthode comparative<sup>16</sup>.

Ainsi, dès lors que l'arbitrage est conçu comme l'un des procédés d'intégration à l'économie marchande et comme facilitateur de son développement, aucune objection d'ordre culturel ne peut lui être opposée<sup>17</sup>. Face à cela, les pays arabo-musulmans se sont parfois retrouvés dans l'impasse face à la puissance et à la réticence des pays Occidentaux.

Il paraît ainsi opportun de réfléchir à ce qu'est réellement la Charia et ce que cette dernière implique dans le domaine commercial afin de comprendre comment les relations d'affaires entre Orient et Occident peuvent se perpétuer et évoluer dans l'arbitrage commercial international.

Cette étude ne concernera donc pas les modalités de fonctionnement de l'arbitrage international et ses règles fondamentales, pas plus que la distinction entre les arbitrages réalisés en pays arabe et avec pays arabe, même si cette dernière sera abordée dans le cadre d'illustrations de notre

---

<sup>14</sup> *Id.*, p. 95-97

<sup>15</sup> *Id.*, p. 92

<sup>16</sup> Phénomène d'imitation ou de réception. *Id.*, Voir aussi H. AL DABBAGH, « Droit comparé et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité », (2015) 2 *Journal of Comparative Law in Africa* 26

<sup>17</sup> Ali MEZGHANI, préc., note 11, p. 211

étude. Nous nous concentrerons particulièrement sur le domaine du droit musulman des affaires, à savoir le *Fiqh mu'amalaat*, domaine relatif aux transactions pécuniaires.

Il s'agira donc de se demander quel est le traitement réservé à la Charia dans l'arbitrage international ? Dans quelle mesure la Charia s'applique-t-elle en tant que *corpus juris* dans un arbitrage international ?

L'objectif est plus précisément d'analyser l'impact des considérations morales dans le droit positif des pays arabo-musulmans au niveau des affaires afin de comprendre et justifier le traitement qui est réservé à la Charia, au *corpus juris* musulman, dans l'arbitrage international.

Cette étude abordera ainsi deux points majeurs permettant d'appréhender ce traitement de la Charia dans ce mode de résolution des conflits. Notre recherche démarrera par l'étude de la normativité de la Charia (I). A travers la compréhension de la nature et du contenu du corpus musulman, nous aborderons les caractéristiques majeures de ces systèmes dans le domaine économique. L'étude du contenu du corpus musulman nous permettra ensuite de comprendre que le droit musulman ne dispose pas réellement de la nature rigide et fondamentalement religieuse dans le domaine des affaires que les pays occidentaux lui attribuent.

Cette étude sera suivie d'une application plus pratique à travers une seconde partie sur la réception et l'application de la norme islamique dans l'arbitrage international (II). L'analyse de sentences arbitrales permettra de considérer la position des arbitres et des pays occidentaux lorsqu'ils entreprennent un arbitrage avec un pays du Moyen-Orient. Nous considérerons ainsi les difficultés auxquelles ont été, et sont toujours confrontés les acteurs économiques des pays arabo-musulmans face à l'incompréhension de leur législation dans le domaine du droit des affaires. Cela nous permettra de conclure à une évolution certaine au regard de la réception de la norme islamique dans l'arbitrage international. Toutefois, on observera le maintien d'une certaine réticence face à l'utilisation des systèmes orientaux, notamment face au manque de précisions de leur contenu.

## PARTIE I : LA NORMATIVITÉ DE LA CHARIA

Dans cette partie nous nous intéresserons au problème de la normativité de la Charia. L'étude de la nature (1) puis du contenu du corpus musulman (2) nous permettra ainsi d'avancer dans l'analyse plus générale du traitement réservé à la Charia dans l'arbitrage international.

Tout au long de notre réflexion seront étudiées plusieurs sentences et décisions judiciaires qui montrent la perception de la Charia par les juges et arbitres.

C'est l'analyse du *Beximco case*<sup>18</sup> qui permet de comprendre l'importance de l'étude de la normativité de la Charia. En effet, dans cette affaire le raisonnement des juges judiciaires était influencé par une vision erronée des principes de la Charia, constituant selon eux un corps de principes religieux controversés, opposés aux principes légaux. Il est surprenant de voir que la normativité de la Charia est encore remise en cause. Il nous semble dès lors primordial de se pencher sur la notion même de Charia comme corpus juridique à part entière. L'incertitude sur la nature de ses principes ne devrait pas empêcher ou s'opposer à leur application. L'influence sur l'opinion des juges en l'espèce se présente ainsi comme un problème face au règlement de litiges avec les pays arabo-musulmans, les juges niant l'existence même de la Charia<sup>19</sup>.

Il existe des nuances et controverses quant à la définition et au recours à la Charia, au droit musulman et au *Fiqh*. La Charia a pu être considérée comme seulement emprunte de principes religieux et moraux, ou encore comme un système juridique à proprement dit, à l'instar des systèmes occidentaux.

Le corpus musulman présentant une nature révélée, doctrinale et casuistique, démontre de prime abord des caractéristiques difficilement conciliables avec les exigences occidentales dans le domaine économique. Nous verrons que l'absence de consensus, d'uniformité et d'harmonisation au regard de ce corpus a conduit à une appréhension et compréhension nuancée de ce dernier.

---

<sup>18</sup> *Beximco Pharmaceuticals Ltd and others v. Shamil Bank of Bahrain* EC [2004] EWCA Civ 19. Voir Julio C. COLON, « Choice of Law and Islamic Finance Note », (2010) 46 *Tex. Int'l L. J.* 411-436

Voir détail de la décision, *infra* p. 84

<sup>19</sup> Marie BHATTI, *Islamic Law and International Commercial Arbitration*, 1<sup>e</sup> éd., Monash, Routledge, 2018

Dans le domaine des affaires et du commerce international, l'impact de la religion pose en effet problème. Le commerce était pourtant considéré par l'Islam comme une activité noble. Le prophète Mahomet étant un commerçant avant sa mission prophétique, il n'y avait pas vraiment de distinction entre droit commercial et non commercial ; les principes de la morale islamique s'appliquaient indifféremment à toute situation.<sup>20</sup> Ce sont des critères d'ordres moraux concernant la licéité de tel acte de commerce ou l'honnêteté de tel commerçant qui ont fondé la conception de l'activité commerciale au regard du droit musulman. Ce qui est condamné et condamnable c'est le commerce malhonnête<sup>21</sup>. Cette condamnation se retrouve dans la Coran « *ne vous mangez pas mutuellement vos biens par des moyens illicites, mais seulement par des opérations commerciales librement consenties de part et d'autre* ». <sup>22</sup>

Ce qui porte la pratique internationale à éviter les lois des pays arabo-musulmans, c'est la crainte de voir la Charia interférer à un stade ou à un autre dans le règlement des litiges lors de rapports commerciaux avec ces pays<sup>23</sup>. Le droit de la Charia apparaît comme doté d'une redoutable impérativité au vu de ses rapports avec la religion.<sup>24</sup>

Ainsi, après la compréhension de ce qu'est réellement la Charia et de ses répercussions sur les activités économiques, l'étude du contenu du corpus musulman dans le domaine du commerce international permettra de saisir les réalités auxquelles nous sommes confrontés aujourd'hui. Nous verrons ainsi que le domaine des affaires reste très faiblement imprégné de la dimension religieuse du fait des diverses évolutions qu'a pu subir le droit musulman.

A partir de la Charia, la doctrine a construit un ensemble complexe, sophistiqué et moderne de règles et préceptes dont l'organisation et la logique relèvent de registres aussi bien religieux, moral que juridique. Les juristes ont identifié et articulé les règles d'un système normatif cohérent capable de s'adapter, tout en conservant un esprit traditionnel, aux circonstances changeantes des sociétés musulmanes. <sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Hassan HUSSEIN, « Contracts in Islamic Law: The Principles of commutative justice and liberality », (2002) 13-3 *Islam. Stud.* 260

<sup>21</sup> Nayla COMAIR-OBEID, *Les Contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995, p. 2

<sup>22</sup> Coran Sourate IV verset 33 dans *Le Coran*, traduction et notes par Denise Masson, bibliothèque de la Pléiade, Persée, 1967

<sup>23</sup> Sélim JAHEL, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, coll. Sciences juridiques et politiques, Paris, Panthéon Assas, 2012, p. 216

<sup>24</sup> Joseph SCHACHT, *An introduction to Islamic law*, Oxford, Clarendo Press, 1964, p. 122

<sup>25</sup> Baudouin DUPRET, *La Charia : des sources à la pratique, un concept pluriel*, coll. Cahiers Libres, Paris, La

## CHAPITRE 1 : LA NATURE DE LA CHARIA

Au sein de cette partie nous nous concentrerons sur la nature de la Charia. Il conviendra ainsi de débiter par une étude terminologique permettant de comprendre les termes de Charia, de *Fiqh* et de droit musulman (1). Cela nous conduira à entreprendre l'analyse des sources et caractéristiques du corpus musulman (2) ainsi que son évolution (3) ; afin d'aboutir au droit musulman des affaires en particulier (4).

### 1. Définition et terminologie du corpus musulman

Il existe de nombreuses confusions entre les notions de Charia, de droit musulman et de *Fiqh*. Nous tenterons d'établir au préalable des précisions concernant l'utilisation de ces notions.

Le terme de Charia est utilisé de manière interchangeable avec l'expression « Droit islamique ». Il existe de nombreuses confusions du droit fondé sur le Coran et le *hadith*<sup>26</sup>, du droit codifié des Etats musulmans et du droit coutumier des communautés musulmanes, dans un ensemble de dispositions appelé Charia.<sup>27</sup>

La Charia se définit comme un « corps de commandements d'Allah (Dieu) révélés par l'intermédiaire de son prophète Mahomet, qui conditionne la conduite et le comportement du musulman et plus généralement l'ordre sociojuridique de la communauté islamique<sup>28</sup>. La Charia est un mot d'arabe. Il n'est pas doté d'un sens propre, clair, manifeste, universel. Seuls les usages qui en sont faits à travers le temps et l'espace disent ce qu'il est »<sup>29</sup>.

La Chari'a ne signifie pas « droit » au sens technique du terme, mais bonne orientation, juste guidance destinée, si ses prescriptions sont observées, à conduire le croyant au paradis.<sup>30</sup>

---

Découverte, 2014, p. 97

<sup>26</sup> Le Coran a été développé et commenté à travers des récits dénommés « *hadith* ».

<sup>27</sup> Baudouin DUPRET, *La Charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique*, coll. Recherches, Paris, La Découverte, 2012, p. 13

<sup>28</sup> M. AL-ZARKA, préc., note 5

<sup>29</sup> B. DUPRET, préc., note 25, p. 12

<sup>30</sup> Jean Paul CHARNEY, *Esprit du droit musulman*, coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2008, p. 1

En arabe le mot « Charia » renvoie à l'idée de voie, de route, d'accès. Il signifie « chemin d'accès à la connaissance », « Enseignement divin » ou « Loi de Dieu ». <sup>31</sup>

Lorsque l'on se réfère au terme Charia dans un contexte légal et connu de la loi islamique, une définition a été choisie :

«The corpus of rules and principles that are derived from the Qur'an and Sunnah and aimed at regulating the spiritual as well as temporal conduct of Muslims in their relationship with God, with each other and with non-Muslims. Amongst the main characteristics of Islamic Law are its divine source, comprehensive nature and flexibility.»<sup>32</sup>

La Charia est donc une loi religieuse et sacrée, une loi personnelle. La loi divine s'applique indifféremment à tout rapport de droit se déroulant ou produisant des effets en terre d'Islam, ainsi qu'à tout musulman quel que soit sa nationalité. <sup>33</sup>

Plusieurs catégories existent au sein de la Charia et régulent tous les types de relations humaines qu'elles soient de nature juridique ou non. Ce système implique une nature juridique avec un caractère précis et très règlementaire<sup>34</sup>. Le mot *Charia* désigne ce que Dieu a légiféré aux musulmans par des règles émanant de la religion et qui sont relatives aux dogmes religieux, à la pratique culturelle, à la conduite morale et aux actes engageant les personnes entre elles.<sup>35</sup>

La Charia déborde donc le domaine du droit au sens occidental du terme pour s'étendre à l'ensemble des obligations du croyant.<sup>36</sup> L'ensemble des actions humaines est théoriquement classé en 5 catégories : obligatoires, recommandées, licites, blâmables ou prohibées, le juriste musulman jugeant de la validité des actions humaines en fonction de valeurs pour pouvoir fonder son jugement. <sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> B. DUPRET, préc., note 25, p. 29

<sup>32</sup> Mahdi ZAHRAA, « Characteristic Features of Islamic Law: Perceptions and Misconceptions », (2000) 15-2 *A.L.Q.* 169

<sup>33</sup> Nathalie NAJJAR, *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, Paris, LGDJ & Lextenso, 2016, p. 12

<sup>34</sup> J. SCHACHT, préc., note 24, p. 205

<sup>35</sup> Cheikh Mohamed NOKKARI, « Les sources du droit musulman dans les écoles jurisprudentielles », dans *Les sources du droit, Aspects Contemporains*, Centre d'études des droits du monde arabe, Beyrouth, Société de législation comparée, 2007, p. 187

<sup>36</sup> Henri DE WAËL, *Le droit musulman : nature et évolution*, 2 éd., Paris, Notes Africaines, Asiatiques et Caraïbes, 1993, p. 56

<sup>37</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 17



La Charia n'est pas un système de droit au sens ordinaire du terme, fonctionnant comme un système occidental avec des règles séculières. Bien plus qu'un système de droit la Charia est une somme de valeurs et de normes qui conditionne la conduite et le comportement du croyant et commande l'ordre socio-juridique de la communauté.<sup>38</sup>

La nature et la structure de la Charia en font un mélange unique de lois positives, doctrines légales et concepts légaux qui en font ensemble une science légale. La relation entre la nature divine de la Charia, son aspect historique et évolution, en font un ensemble différent de la jurisprudence occidentale. La Charia est donc difficilement perçue comme un ensemble de lois<sup>39</sup>.

A l'origine, la Charia n'est pas un ensemble complet de lois codifiées et systématiques, mais plutôt une « substance reconvertie en préceptes et en principes dont toutes les autres lois produites par un juriste islamique sont en conformité avec certaines valeurs et certains objectifs »<sup>40</sup>.

Cependant, la Charia ne recoupe pas exactement et intégralement la notion de droit musulman. L'expression « Droit musulman » porte à confusion. Il s'agit en fait d'une notion occidentale qui réfère aux catégories juridiques des grands systèmes de l'Occident<sup>41</sup>. Ce qu'on appelle « Droit musulman » trouve ses origines dans la Révélation divine et dans des méthodes spécifiques d'interprétation et de diffusion de la Charia.<sup>42</sup>

Le droit musulman est donc une création des théologiens, des juristes, sur la base du Coran et de la Sunna<sup>43</sup>. L'étude du droit musulman est ainsi particulière du fait que la loi est partie intégrante de la religion<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> Sélim JAHÉL, « Charia et contrats internationaux », dans *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 289

<sup>39</sup> Mohamed H. REDA, *Islamic Commercial Law: Contemporariness, Normativeness and Competence*, coll. Brill's Arab and Islamic Laws Series, Brill-Nijhoff, 2018, p. 65

<sup>40</sup> Noel James COULSON, *A history of Islamic law*, Edinburg, Edinburg University Press, 1978, p. 5-7

<sup>41</sup> J.-P. CHARNAY, préc., note 30, p. 6

<sup>42</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 13

<sup>43</sup> Voir Chapitre 1 (2) sur les sources du corpus musulman

<sup>44</sup> C.-M. NOKKARI, préc., note 35, p. 188

Le commentaire de R. Arnaldez donne une première compréhension sur ce travail accompli par les théologiens de droit musulman :

«[...] Mais il faut bien comprendre que dans leur cas (juristes et canonistes musulmans) c'est qu'il ne s'agissait pas de commenter sans fin des textes coraniques juridiques mais de tirer de textes non juridiques par la magie d'un habile commentateur, tout un droit qu'ils ne contiennent pas, même en puissance, pour répondre aux besoins nouveaux d'une société beaucoup plus complexe que la société ne fut, à ses débuts, la Communauté du prophète, Ummat al Nabi. »<sup>45</sup>

Dès lors, on peut comprendre que le droit musulman est une notion occidentale ayant permis non seulement d'adapter les sociétés musulmanes aux évolutions mondiales, mais également d'apporter une perspective de droit comparé permettant de pouvoir appréhender et caractériser le fonctionnement des systèmes juridiques arabo-musulmans.

Cependant nous avons vu que la notion de Charia ne suffit pas à désigner le droit musulman. Il est impératif de comprendre que lorsque l'on parle de droit musulman on ne réfère pas réellement à la Charia.

Afin d'appréhender et d'adapter les textes sacrés de la Charia aux évolutions, les ulémas en science religieuse, les docteurs en droit musulman, vont s'efforcer de rechercher la raison, le sens et le but des textes révélés afin d'en dégager les racines (ousouls). Cette recherche les a conduits à en étendre l'esprit et en appliquer parfois la lettre à tous les problèmes de la vie courante qui se posent aux croyants. On a pu voir de nombreuses solutions couvrant tous les domaines présentées comme étant déduites des sources premières de la Révélation, donc liées à elles, et ayant de ce fait valeur normative. Un ordre juridique de caractère islamique a ainsi été constitué. Il s'agit la d'une œuvre humaine, le *Fiqh*. Le *Fiqh* islamique désigne la science par laquelle on extrait les dispositions juridiques de leurs sources principales et détaillées<sup>46</sup>.

Le *Fiqh* se différencie de la Charia car réfère plus aux méthodes de compréhension et dérivées de la loi islamique :

---

<sup>45</sup> Roger ARNALDEZ, « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques », (1993) 38 *Arch. philo. dr.* 85

<sup>46</sup> C.-M. NOKKARI, préc., note 35, p. 188

« In the strict legal sense Sharīah refers to the corpus of the revealed law as contained in the Quran and in the authentic Traditions (Sunnah) of the Prophet Muhammad. It is therefore more appropriate to refer to *Fiqh* as Islamic jurisprudence, meaning the legal interpretation and application of the Sharīah.»<sup>47</sup>

Le terme *Fiqh* réfère ainsi à la jurisprudence islamique : « corps de règles et principes qui sont développés par le raisonnement de chaque juriste musulman visant à s'approcher le plus près possible des idéaux les plus élevés des aspirations de la doctrine islamique »<sup>48</sup>.

Bien qu'une science, le *Fiqh* réfère à plus qu'une connaissance, il exige plutôt intelligence et jugement indépendant, afin de se prononcer sur un point de droit en l'absence de lois claires du Coran et de la Sunna<sup>49</sup>.

Le *Fiqh* à travers sa méthodologie est désigné pour permettre d'évoluer et de s'adapter, toutefois sans sortir du cadre général et originel dicté par Dieu. L'évolution étant en ligne avec le cadre dicté par le seigneur et non par les gens eux-mêmes.<sup>50</sup> Le *Fiqh* se présente comme une méthode ayant permis la compréhension et l'analyse de la Charia qui apparait parfois comme imprécise et imperceptible.

Cette distinction entre Charia et *Fiqh* est donc nécessaire pour comprendre la relation entre les aspects juridiques et religieux<sup>51</sup>. La Charia réfère plus aux sources scripturaires que nous analyserons ultérieurement. Le *Fiqh* permet ainsi une interprétation et adaptation des sociétés musulmanes aux conditions et besoins actuels. L'étude du *Fiqh* écarte ainsi de ses matières les principes relatifs aux dogmes théologiques et le domaine des valeurs morales<sup>52</sup>.

La constitution d'un ordre juridique de caractère islamique sera l'œuvre du *Fiqh*. Ainsi on peut en conclure que lorsque l'on parle de droit musulman, il s'agit essentiellement du *Fiqh* et non de la Charia. La loi islamique c'est donc ce qui est donné à travers le *Fiqh*. C'est en effet à ce

---

<sup>47</sup> M.-A. BADERIN, « Establishing Areas of Common Ground between Islamic Law and International Human Rights », (2001) 5-2 *I.J.H.R.* 75

<sup>48</sup> M. ZAHRAA, préc., note 32, p.174

<sup>49</sup> Dr. Fathi WALI, *Introduction to Islamic Law*, vol. n°1, Bull. Cairo Univ, 1989, p. 43 cité par M.-H. REDA, préc., note 39, p. 10

<sup>50</sup> M.-H. REDA, préc., note 39, p. 30

<sup>51</sup> M.-A. BADERIN, préc., note 47, p. 75. Voir aussi en ligne :

<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/714003711?needAccess=true> <consulté le 25 janvier 2018>

<sup>52</sup> C.-M. NOKKARI, préc., note 35, p. 187-188

dernier que les juristes se réfèrent afin d'obtenir des dispositions claires et établies conformément à l'esprit de la Charia.

## 2. Sources et caractéristiques du corpus musulman

Comme nous avons pu le constater précédemment le terme de Charia est ambivalent. Le droit musulman référant majoritairement au *Fiqh*, œuvre humaine.

La littérature sur la loi islamique s'est fixée à partir du XIIe siècle dans le *Fiqh* qui pourrait être traduit comme « doctrine »<sup>53</sup>. Ce dernier constitue un ordre juridique de caractère islamique sous forme d'une construction essentiellement doctrinale et de caractère théologique, l'intervention du pouvoir politique se limitant à assurer l'application des dispositions après que cette élaboration ait été réalisée<sup>54</sup>.

Le *Fiqh* dispose d'une autonomie totale, tant par ses origines que par son développement. Il ne se présente pas comme la mise en œuvre de règles abstraites et de principes théoriques dégagés par les auteurs des *usuls al fiqh*.<sup>55</sup> Il s'agit d'une science abstraite au demeurant plus proche de la théologie que du droit. La connaissance de la loi islamique, c'est-à-dire de sa doctrine, est une science des fondements de la connaissance qui fut développée afin d'en articuler les sources et d'en réguler la méthodologie. Ses sources démontrent le caractère pluriel et diversifié du *Fiqh*.

Les sources du droit se divisent en deux catégories, à savoir les sources principales et celles secondaires. Selon des modalités variables<sup>56</sup>, on peut considérer que le livre sacré (*Coran*), la Tradition prophétique (*Sunna*) et le consensus des musulmans ou de leurs savants (*Ijmaa'*) sont les sources principales. Cependant pour certains savants, le raisonnement analogique (*Qiyas*) se présente comme une quatrième source principale.

---

<sup>53</sup> B. DUPRET, préc., note 25, p. 14

<sup>54</sup> H. DE WAËL, préc., note 36, p. 17

<sup>55</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, vol. n°1, Paris, Mouton & Co, The Hague, 1965, p. 8

<sup>56</sup> Variabilité selon les écoles

Ces sources principales sont premières et fondamentales, elles possèdent un caractère suprême et une autorité. Ces sources divines, scripturaires, sont présumées irréfragables contrairement aux sources rationnelles, exceptées celles disposant d'une grande crédibilité. Le cadre juridique principal est donc formé par ces dernières.

Source première de la Charia, le Coran est selon les musulmans l'expression des paroles d'Allah révélées à l'humanité par l'intermédiaire de l'ange Gabriel à son prophète Mahomet, de 612 à 632 après Jésus Christ, à la Mecque puis à la Médine. Ces révélations furent retenues et rédigées par ses compagnons et rassemblées postérieurement à son décès dans le Livre sacré qu'est le Coran<sup>57</sup>. Il faut cependant comprendre que le Coran n'est pas un code et que les versets à incidence juridique ne forment qu'une infime partie du livre<sup>58</sup>.

La Sunna est la Tradition de Mahomet, ses gestes, ses dires<sup>59</sup>. La Sunna peut être appelée la « coutume juridique normative »<sup>60</sup>. La constitution de la Sunna est l'aboutissement d'un processus fixé dès le début du VIIe siècle. La Tradition prophétique est en réalité la principale source de règles et de normes en contexte musulman. Elle permet non seulement de compléter le texte coranique, mais permet aussi aux coutumes locales d'être perçues par l'enseignement islamique.

Concernant le *Qiyas* et l'*Ijmaa*, il s'agit d'opinions déduites par consensus (*Ijmaa*) ou par analogie<sup>61</sup> (*Qiyas*), sur la base d'indices logiques nouveaux, revêtant une valeur particulière lorsqu'elles proviennent de personnes qui ont connu personnellement le prophète, donc présumées mieux appréhender le sens des révélations divines<sup>62</sup>.

Le *Qiyas* et l'*Ijmaa* sont les principales méthodes suivies par le *Fiqh* et les juristes

---

<sup>57</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 13

<sup>58</sup> André POUPART, *Adaptation et immutabilité du droit musulman – L'expérience Marocaine*, coll. Histoire et perspectives méditerranéennes, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 7

<sup>59</sup> Emmanuel TERRAY, *Christian Décobert, Le mendiant et le combattant. L'institution de l'Islam*, coll. "Anthropologie", Paris, Le Seuil, 1991, p. 47

<sup>60</sup> J. SCHACHT, préc., note 24, p. 8

<sup>61</sup> Méthode qui consiste à appliquer à une situation nouvelle un principe établi (illa) du Coran, de la Sunna ou de l'*ijmaa* en raison de la connexité qui sous-tend le fait nouveau de l'ancien.

<sup>62</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 14

islamiques pour diffuser et interpréter le Coran et la Sunna<sup>63</sup>. « Parvenir à des conclusions et décisions juridiques en mesurant l'effet juridique d'un certain cas sur un cas de principe est appelé Qiyas ». Bien que la Charia est une loi divine, les juristes musulmans disent que leur évaluation de la loi divine était largement une construction intellectuelle de l'homme par la méthodologie d'un raisonnement légal<sup>64</sup>. « *Qiyas* signifie littéralement mesure de signification, et, légalement signifie analogie »<sup>65</sup>. Cette méthode est utilisée quand les juristes sont incapables de trouver une règle juridique dans toutes les autres sources disponibles, ils doivent dès lors recourir à la méthode analogique et à des règles déjà déterminées<sup>66</sup>. L'analogie a généralement lieu lorsque le juriste doit examiner le raisonnement sur une disposition importante, ou sur une partie de la Charia<sup>67</sup>.

Aux sources principales s'ajoutent plusieurs sources secondaires comme *l'istihsan* qui est la préférence juridique, *l'istislah* ou le recours aux intérêts non réglés, le *urf* ou la coutume et *l'ijtihad* qui est un effort de réflexion déductive du juriste musulman<sup>68</sup>. Ces autres sources basées sur la raison humaine sont secondaires et en cas de conflit avec les normes primaires ces dernières prévalent<sup>69</sup>. Au vu de ces sources, on perçoit le dogme d'une origine divine de la loi avec le *Coran* et la *Sunna*, complétés par le consensus général de la communauté, dont on déduit des règles secondaires par le raisonnement *Qiyas*. Dans la conception et la pratique islamique antérieure, l'autorité ne se reconnaissait pas le pouvoir de légiférer formellement. En effet, il n'existe en droit musulman qu'une seule source ou il est possible de puiser la règle légale à savoir la doctrine. Il n'y a pas en Islam d'autorité investie du pouvoir de créer la norme juridique ou simplement établir une modification d'une règle déjà en vigueur.<sup>70</sup>

Ces constatations ont conduit à douter de la capacité du *Fiqh* à constituer un corps de droit à

---

<sup>63</sup> *Id.*,

<sup>64</sup> Umar F. MOGHUL, « Approximating Certainty in Ratiocination: How to ascertain the 'Illah (effective cause) in a legal system and how to determine the ratio decidendi in the anglo-american common law », (1999) 4 *J. Islam & comp. L.* 125-200

<sup>65</sup> M.-H. REDA, préc., note 39, p. 11

<sup>66</sup> H. HASSAN, « The Spirit of Islamic Law », (2001) 12-3 *Islam. Stud.* 327

<sup>67</sup> Dr. F. WALI, préc., note 49, p. 47

<sup>68</sup> E. TERRAY, préc., note 59, p. 20-25

<sup>69</sup> *Id.*,

<sup>70</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 55, p. 20

part entière.<sup>71</sup> Malgré ses sources, ce dernier a pourtant été conçu comme un ensemble juridique d'obligations et de droits qui sont sanctionnés, ce qui est le propre d'une norme légale. L'origine et l'influence des préceptes religieux ne s'oppose pas au fait de pouvoir être considéré comme un système juridique, dès lors qu'il y a sanction par une autorité séculière<sup>72</sup>.

Il importe de considérer que le *Fiqh* se divise en deux parties. Tout d'abord le « *Fiqh al Ibadat* » qui s'occupe des questions liées à la purification, les prières, au jeûne et au pèlerinage (le culte). Ensuite, le « *Fiqh Al Mu'amalaat* » qui régit les affaires collectives y compris, mais sans s'y limiter, la législation, le commerce, le mariage et l'héritage<sup>73</sup>. C'est cette partie du *Fiqh* qui nous intéresse plus particulièrement. La nature du *mu'amalaat* permet à la raison humaine d'adapter ou de modifier selon les besoins, alors que les *ibadat*, avec leur origine divine, ne laissent aucune place à l'intervention humaine<sup>74</sup>.

Ainsi, mis à part le *Fiqh Ibadat* qui s'éloigne formellement de l'esprit occidental, la construction du corpus musulman au niveau du droit des affaires a été indépendante des données scripturaires. Les sources principales étudiées se présentent comme sibyllines, n'offrant que très peu de solutions immédiates. Sur plus de 6000 versets coraniques, seuls 500 ont une incidence juridique et 228 portent sur des questions strictement juridiques. Un important effort a dû être accompli pour dégager des principes généraux et règles spécifiques susceptibles de favoriser la bonne gestion de l'empire<sup>75</sup>.

Le droit commercial de la Charia est donc gouverné et réglementé par la jurisprudence de la finance islamique qui fait partie du *Fiqh al Mu'amalaat*<sup>76</sup>. Les règles essentielles gouvernant ce dernier sont basées sur le *Maqasid*. Dans la perspective des juristes, cela réfère à ses intentions dont il s'efforce de réaliser en vertu de ce qu'il inclut dans une loi ; c'est ce qu'on peut appeler l'intention et l'esprit de la loi, ce qui dans le même temps réfère à une idéologie.<sup>77</sup> Le terme

---

<sup>71</sup> *Id.*, p. 47

<sup>72</sup> *Id.*,

<sup>73</sup> Dr. F. WALI, préc., note 49, p. 43. Voir aussi Tariq RAMADA, *Western Muslims and the future of Islam*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 44-57

<sup>74</sup> E. TERRAY, préc., note 59, p. 20-25

<sup>75</sup> A. POUPART, préc., note 58, p. 9-10

<sup>76</sup> *Id.*, p. 13

<sup>77</sup> M.-H. REDA, préc., note 39, p. 88-89

*Maqasid* réfère donc aux objectifs fondamentaux de la Charia.

L'objectif principal de la Charia est d'établir et préserver les intérêts publics et privés dans les transactions commerciales et financières et les lois modernes de l'homme, au moins en théorie, ce qui est résumé dans le terme *Maslaha*. Originaire du terme *Salah*<sup>78</sup>, cela renvoie à « an effect of Istislah, which in simple terms refers to a cause or source of something good or beneficial. It is known to be the principle of public interest public welfare or social good »<sup>79</sup>.

Pour les juristes, principalement de l'école hanéfite<sup>80</sup>, la mise à jour ou création d'une nouvelle loi doit toujours préserver le *Maslaha* car en effet, si l'intérêt public n'est pas préservé dans une transaction commerciale ou financière, cela peut engendrer une restriction qui peut être imposée par le droit commercial de la Charia.<sup>81</sup>

Le droit commercial de la Charia dans sa forme codifiée moderne peut être perçu comme un corps de règles qui gouverne les transactions commerciales en conformité avec les enseignements de la Charia. Le droit commercial de la Charia achève et maintient donc une double fonction. Il met en place un ensemble de règles dans le sens où cela régule le comportement des gens et sécurise leurs droits individuels d'une part, et implique le respect des obligations éthiques et juridiques envers sa communauté d'autre part. Les objectifs ultimes de la Charia sont essentiellement :

« To preserve the social order of the community and insure its healthy progress by promoting the well-being and righteousness (salah) of that which prevails in it, namely, the human species. The well-being and virtue of human beings consist of the soundness of their intellect, the righteousness of their deeds as well as the goodness of the things of the world where they live that are put at their disposal.»<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Muḥammad al-Ṭāhir IBN 'ĀSHŪR, *Ibn Ashur: treatise on Maqāsid al-Shari'ah*, Translated from the Arabic and Annotated by Mohamed El-Tahir El-Mesawi, London, The international Institute of Islamic Thought, 2006, p. 96

<sup>79</sup> *Id.*, Voir aussi Felicitas OPWIS, « Maṣlaḥa in Contemporary Islamic Legal Theory », (2005) 12-2 *I.L. & S.* 182  
Deina ABDELKADER, « Modernity, the principles of public welfare (Maslaha) and the end of goals of Shari'a (Maqasid) in muslim legal thought », (2003) *Islam and Christian-Muslim Relations* 163-174

Felicitas OPWIS, *Maṣlaḥa and the purpose of the law: Islamic discourse on legal change from the 4th/10th to 8th/14th century*, Georgetown, Leiden: Brill, 2010, p. 1

<sup>80</sup> École islamique

<sup>81</sup> M.-H. REDA, préc., note 39, p. 90

<sup>82</sup> M. al-Ṭāhir IBN 'ĀSHUR, préc., note 78, p. 270-276



La Charia fournit ses disciples avec des hautes valeurs morales et d'égalité, ainsi les transactions commerciales sont attendues de ne pas être conduites différemment<sup>83</sup>. La loi faisant partie intégrante de la religion on comprend que les pays musulmans attendent un respect des valeurs morales présentes dans leurs législations. Cependant, cela conduit à une contradiction avec les systèmes occidentaux, ces derniers n'étant pas dotés des valeurs prônées par la Charia dans l'arbitrage international. Aux règles de droit s'ajoutent donc des règles morales et religieuses, mais l'angle de la légalité qui a été abordé pour de nombreux domaines du droit musulman montre que le *Fiqh* se présente comme un véritable corps de droit<sup>84</sup>.

La précédente démonstration met en lumière que, même dans les matières auxquelles le Coran apporte un important fondement révélé, le droit établi par les juristes ainsi le droit positif est loin de constituer un simple développement des textes coraniques. Certes, le Coran renferme les assises de toutes les autres parties de la législation et spécialement les bases du droit positif<sup>85</sup>. Cependant, très peu d'institutions juridiques ont dans le Coran un véritable fondement légal. Le droit des obligations, le droit des biens, du statut foncier sont autant de domaines développés en dehors du cadre coranique<sup>86</sup>. L'étude de procédés comme l'opinion personnelle, l'analogie, *l'Istihsan* et *l'Istislah* sont autant de paramètres démontrant une certaine forme d'indépendance face aux paramètres religieux dans le domaine des affaires.

---

<sup>83</sup> M.-H. REDA, préc., note 39, p. 88

<sup>84</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 55, p. 48

<sup>85</sup> Mohammed BEDJAOUÏ, « Etats majeurs ou Etats stagiaires », dans *Académie de Droit International de la Haye. Recueil des Cours 1970-II*, t. n° 130, Leiden : Brill, 1970, p. 505. Voir aussi Ahmed RECHID, *L'Islam et le droit des gens*, Leiden Boston : Brill, 1937, p. 384

<sup>86</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 55, p. 31-32

### 3. Evolution du droit musulman et mouvement de sécularisation

La Charia a été appliquée à l'époque des premiers califes, des Omeyyades, des Abbassides et des Ottomans, comme à celle où le monde musulman s'est divisé en Etats. Cette situation perdura jusqu'au début du XIXe siècle où le droit européen a commencé à concurrencer la Charia.<sup>87</sup> Le modèle théocratique islamique s'est affirmé et développé grâce à son propre dynamisme interne mais aussi au moyen d'apports extérieurs par la conquête de pays étrangers en s'appropriant certains éléments, mais aussi, par la traduction en arabe des grandes œuvres de l'héritage grec<sup>88</sup>.

Il convient de mentionner que l'élaboration du droit musulman n'a pas commencé dès l'apparition de l'Islam<sup>89</sup>. Au temps des premiers califes<sup>90</sup>, la technique juridique n'intéressait pas réellement tant qu'il n'y avait pas de contradiction avec les impératifs de l'Islam. Les coutumes anciennes et l'arbitrage traditionnel continuaient à prévaloir en Arabie, tandis que les règles précédemment en vigueur, et en particulier celles d'origine romaine et perse, persistaient dans les provinces conquises. L'époque Oméyyade<sup>91</sup> n'apporta pas vraiment de modifications, si ce n'est le début d'une réglementation étatique, et celle de juges désignés par les autorités elles-mêmes, les cadis.<sup>92</sup>

Si l'on se concentre sur une perspective historique afin de retracer la construction et l'évolution du corpus musulman, c'est vers la fin du IIIe siècle de l'Hégire<sup>93</sup>, VIIIe siècle de notre ère, que tout l'ordre temporel en Islam, dont le droit, a fini par basculer sous l'empire de la Charia.<sup>94</sup>

---

<sup>87</sup> Sufi ABU TALEB, *La Shari'a islamique et le droit positif dans les pays arabes : histoire et prospective*, Le Caire, CEDEJ, 1994, p. 137-156

<sup>88</sup> A. POUPART, préc., note 58, p. 52-53

<sup>89</sup> La connaissance des origines du droit musulman a été profondément renouvelée par les travaux de Joseph Schacht (Introduction au droit musulman) qui a en particulier avancé la thèse selon laquelle celui-ci ne s'était pas constitué en Arabie au Ier siècle de l'Hégire, mais bien à partir de l'Iraq et du IIe siècle.

<sup>90</sup> C'est à dire pendant une bonne partie du premier siècle de l'Hégire

<sup>91</sup> De 661 à 750, les Omeyyades règnent sur un empire immense, le califat omeyyade de Damas. Période assez courte, elle souffrit d'une politique de discréditation menée par les successeurs Omeyyades, les Abbassides.

<sup>92</sup> H. DE WAËL, préc., note 36, p. 17

<sup>93</sup> Point de départ de l'ère musulmane

<sup>94</sup> Joseph SCHACHT a décrit remarquablement le processus d'islamisation du droit : « par une fiction sans égale dans l'histoire de la pensée humaine, [précise t-il] toutes les constructions élaborées par les écoles du Fiqh furent projetées en arrière et nanties de l'autorité du prophète et de ses compagnons », dans *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, traduit de l'anglais par Jeanne et Félix Arin, coll. Institut des Hautes-Etudes Marocaines, Paris, Librairie Orientale et Américaine, 1983, p. 99

C'est essentiellement après l'avènement des Abbassides, âge d'or de l'ère musulmane, que le développement du droit musulman marqua un tournant important. Durant cette époque d'apogée du droit musulman, les théologiens se sont donnés eux-mêmes un corpus juris détaillé et complet à partir de la Révélation<sup>95</sup>.

Différentes écoles jurisprudentielles ont participé dès le IIe siècle de l'hégire à l'élaboration du droit musulman comme nous le connaissons aujourd'hui. Chaque école a élaboré une méthodologie qui lui est propre pour extraire le droit musulman de ses sources fondamentales et originales<sup>96</sup>. Ces écoles se présentent comme les principales structures au sein desquelles s'est poursuivi un effort d'extraction des principes juridiques du Coran et de la Sunna permettant d'élaborer un droit commun pour les populations. Cet effort est connu sous le nom d'*Ijtihad*<sup>97</sup>.

Les sources scripturaires, notamment les versets du Coran, ayant fait l'objet d'interprétations diverses par ces écoles juridiques fondées par les théologiens, il apparut nécessaire de dégager des principes qui régiraient la conduite de tous les musulmans. Cet effort exceptionnel, qui se diversifie entre différentes écoles, évolua en permanence entre la nécessité d'approfondir l'effort de compréhension (*Ijtihad*) et l'impératif de cohésion (*taqlid*)<sup>98</sup>.

C'est ainsi que le droit musulman a évolué dans un rapport dialectique entre le principe de continuité, de stabilité (*taglid*) qui prend la forme d'un consensus (*Ijmaa*), remis en question par l'effort permanent de compréhension du message coranique (*Ijtihad*)<sup>99</sup>. Le corpus musulman ne pouvait se développer de façon adéquate qu'en maintenant un juste équilibre entre continuité et effort de compréhension.

Toutefois au fil du temps, ce corpus élaboré aux IIe et IIIe siècle de l'Hégire ne répondait plus aux besoins nouveaux<sup>100</sup>. L'inadaptation de cette élaboration s'explique du fait qu'après toute

---

<sup>95</sup> Chafik CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans les codifications du droit égyptien », (1965) 17-4 *RIDC* 840

<sup>96</sup> C.-M. NOKKARI, préc., note 35, p. 188

<sup>97</sup> A. POUPART, préc., note 58, p. 10-11

<sup>98</sup> *Id.*, p. 12-13

<sup>99</sup> *Id.*,

<sup>100</sup> Jean Marc MOUSSERON, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », (1968) 20-1 *RIDC*

une période de *taqlid* ou conformisme<sup>101</sup> qui ne tolérait aucune transgression et rejetait toute innovation, il n'a plus été possible d'apporter la moindre modification aux systèmes juridiques tels qu'ils avaient été conçus par les fondateurs des différentes écoles et leurs disciples<sup>102</sup>. Le *Fiqh*, le droit musulman se figea et aucune jurisprudence novatrice n'était tolérée.<sup>103</sup>

Le développement du droit musulman, par cet effort d'extraction des principes s'est donc arrêté au XIIe siècle de notre ère avec « la fermeture de la porte de *Ijtihad* ». Marqué par le caractère religieux de la règle de droit, les juristes musulmans étaient réticents à poser des principes qui, par leur généralité, pourraient paraître rivaliser avec les ordres révélés.<sup>104</sup>

L'un des problèmes au regard de l'appréhension de la Charia aujourd'hui serait donc cette fermeture qui a bousculé l'évolution du droit musulman et entraîné un divorce progressif entre la règle de droit dans son immutabilité et la société en transformation toujours plus rapide<sup>105</sup>. Ce sera surtout par la coutume, les subterfuges juridiques (ruses) et en marge de la légalité que se poursuivra l'évolution juridique<sup>106</sup>.

A partir du XIVe siècle avec l'expansion de l'Empire Ottoman, cette réforme commença à s'accomplir.<sup>107</sup> Les mouvements de colonisation, l'extension du territoire contrôlé par les musulmans et les changements sociétaux conduiront à devoir adapter et interpréter la législation initiale au regard de l'évolution de la communauté et du contexte ambiant.<sup>108</sup>

Développé par les juristes des écoles orthodoxes suivant les procédés exposés précédemment, et au vu de l'absence de consensus entre eux, le droit musulman ne connaît pas d'équivalent au

---

37-50

<sup>101</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte », (1955) 7-7 *RIDC* 17

<sup>102</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 116

<sup>103</sup> J.-M. MOUSSERON, préc., note 100, p. 50

<sup>104</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 55, p. 55

<sup>105</sup> A. POUPART, préc., note 58, p. 16

<sup>106</sup> *Id.*,

<sup>107</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 116

<sup>108</sup> Franck FREGOSI, *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 33

*corpus juris civilis* de Justinien ou au code civil français. Le droit musulman s'est développé hors de l'Etat.<sup>109</sup>

Ainsi, de 1534 jusqu'à la fin de la première guerre mondiale les pays faisant partie de l'Empire Ottoman utilisaient le droit musulman tel que conçu par l'école hanafite en matière de transactions pécuniaires. Le commerce terrestre et maritime était régi par les coutumes, dont les règles étaient consacrées par des recueils de jugements, alors que le statut personnel et les successions étaient régis par des règles propres à chacune des communautés religieuses reconnues<sup>110</sup>.

La Charia a de ce fait perdu son emprise sur les pays qui dépendaient de l'empire Ottoman, sauf en matière de statut personnel. Dans le domaine économique, les Etats arabes ont relégué les principes islamiques pour importer des institutions, des banques et des sociétés commerciales de type européen<sup>111</sup>.

Ce développement n'a pas consisté en une évolution du système juridique musulman antérieur. Cette modernisation s'est réalisée par l'intégration d'institutions, de dispositions nouvelles empruntées à des systèmes étrangers ce qui nous permet de parler d'un phénomène de réception et de sécularisation du droit.<sup>112</sup> Les développements se sont réalisés dans le cadre du droit positif national, souvent inspiré du droit civil français ou de la common law anglaise<sup>113</sup>. Une séparation va alors s'installer entre un droit moderne emprunté à l'Occident et le droit traditionnel issu de la Charia.

Sous réserve de quelques exceptions, le mouvement de modernisation a marqué une rupture radicale avec le passé, par l'adoption massive des systèmes juridiques occidentaux et particulièrement du système français, qui sont ainsi venus se substituer, tant dans leurs conceptions de base que dans leurs dispositions particulières, à l'ancien état des choses<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> A. POUPART, préc., note 58, p. 12-13

<sup>110</sup> H. AL DABBAGH, « La réception du modèle juridique français par le code civil Irakien », (2005) 57-2 *RIDC* 265

<sup>111</sup> S. ABU TALEB, préc., note 87, p. 137-156

<sup>112</sup> Emile TYAN, « Les rapports entre droit musulman et droit européen occidental en matière de droit civil », (1961) 26-2 *Al-Andalus* 325

<sup>113</sup> A. POUPART, préc., note 58, p. 164

<sup>114</sup> E. TYAN, préc., note 112, p. 325

Cette réception du droit occidental n'a pas consisté en une réception purement matérielle de ces textes et principes. Elle a été accentuée par l'effet de son mode d'application pratique. De ce fait, la jurisprudence et la doctrine des Etats du Proche Orient sont restées en harmonie avec celles des pays dont ils ont emprunté les textes. Certains auteurs affirment que ces textes doivent être détachés de leur origine, s'adapter à leur nouveau milieu, être interprétés et appliqués suivant les conditions de ces territoires<sup>115</sup>. Le travail doctrinal et jurisprudentiel de ces pays a donc très largement inspiré les magistrats et juristes des Etats arabes. On peut ainsi dire que les conditions de milieu de ces pays ne sont pas, en ce qui concerne les affaires, réellement différentes de celles des milieux auxquels les emprunts législatifs ont été faits.<sup>116</sup>

L'intervention occidentale dans les pays arabo- musulmans a engendré une transformation des normes en droit et surtout en droit codifié. Des savants et administrateurs coloniaux, des gouvernants musulmans ont cherché dans le *Fiqh* ce qui pouvait s'harmoniser dans une « perspective napoléonienne »<sup>117</sup>. La conception des lois indigènes suivait alors les évolutions de l'Europe continentale. C'est aux chercheurs qu'il incombait la responsabilité de décider si une pratique coutumière devait être élevée au rang de droit ou non.<sup>118</sup>

Au niveau de la pratique, le droit musulman a affronté l'invasion du droit étatique d'origine occidentale, au niveau constitutionnel, administratif, civil, judiciaire, de nouveaux modèles furent adoptés ou imposés aux différents pays musulmans. Ces modèles ont introduit dans le monde du musulman deux changements majeurs par rapport aux conceptions juridiques classiques. La première est que le droit allait devenir le produit de la volonté de l'Etat. La seconde est que cette volonté allait investir le domaine du social. Dans le droit ancien, cela n'était pas possible, la société et le droit étaient tenus à l'écart de l'Etat<sup>119</sup>.

Concernant le droit civil, ce dernier ne fut pas réellement modifié au regard de l'état des choses antérieur. Le mouvement de modernisation se limita à moderniser la présentation matérielle des dispositions du droit musulman extraites des anciennes compilations en les formulant par

---

<sup>115</sup> Abd al- Razzaq SANHOURY, *Traité de droit civil*, en arabe, t. n° 1, Le Caire, 1952, p. 52 cité par E. TYAN, préc., note 112, p. 325

<sup>116</sup> E. TYAN, préc., note 112, p. 325

<sup>117</sup> A. POUPART, préc., note 58, p. 15

<sup>118</sup> B. DUPRET, préc., note 25, p. 117

<sup>119</sup> F. FREGOSI, préc., note 108, p. 107

articles. C'est comme cela qu'est apparu la première codification le *mayallat al ahkam al adliyya*<sup>120</sup> ou *Medjellé Ottoman*. Cela était toutefois loin de constituer un véritable code civil. D'une part il ne contenait pas la théorie générale des obligations, mais simplement la réglementation des contrats les plus usuels, et quelques principes concernant la responsabilité délictuelle ainsi que le droit de propriété. D'autre part, il laissait en dehors de son domaine les deux importantes catégories du statut personnel (sauf les causes d'incapacité) et des successions.<sup>121</sup>

A l'époque actuelle on se trouve donc en présence d'un *corpus juris* formé par des emprunts massifs à des systèmes juridiques étrangers qui ne se présentent pas comme des éléments qui doivent entrer dans la composition d'un droit musulman « rénové », mais comme devant se substituer tels quels, à l'ancien système dans les matières qui en sont l'objet.<sup>122</sup> Ce mouvement de réforme se différencie fondamentalement de la forme d'action législative antérieure.

C'est donc depuis le milieu du XIXe siècle que l'autorité se présente et agit ouvertement comme source formelle de création du droit, d'un droit nouveau. Ce mode actuel d'intervention des Etats est essentiellement différent de la forme d'action législative des temps anciens où l'autorité ne se reconnaissait pas le pouvoir de légiférer formellement.<sup>123</sup> On peut donc dire que le droit musulman se « sclérosait » et s'appliquait dans des domaines de plus en plus limités pour être plus tard, réduit au statut personnel<sup>124</sup>. Le *Fiqh* n'a donc pas été appliqué dans son intégralité, certains domaines y ont échappé pour être régis par la coutume ou la réglementation séculière. Le champ d'application du *Fiqh* s'est ainsi rétréci au fil du temps.

La construction musulmane dans le domaine des affaires a donc eu une influence plus ou moins relative sur l'élaboration des codes civils des obligations et des contrats selon les pays. L'inspiration occidentale a conduit à une nécessaire conciliation entre les exigences de

---

<sup>120</sup> Recueil promulgué entre 1870 et 1877, il ne constitua pas réellement un code civil. Cependant il s'agit de la première codification officielle dans l'histoire de l'Islam faite des principes directement tirés de la Charia. Son caractère casuistique ne lui permettait pas de pouvoir être utilisé comme texte de référence pour l'application de nouveaux codes ottomans inspirés des droits occidentaux.

<sup>121</sup> E. TYAN, préc., note 109, p. 324

<sup>122</sup> *Id.*,

<sup>123</sup> *Id.*, p. 326-328

<sup>124</sup> A. POUPART, préc., note 58, p. 164

modernité et le respect des dispositions traditionnelles ayant toujours impact au niveau économique aujourd'hui.

#### 4. Le droit musulman des affaires

Nous avons pu constater que le système musulman est marqué par la prééminence de la règle morale, ce qui pose ainsi le problème d'une conciliation avec les techniques du droit des affaires ou prime la recherche du profit. Il conviendra donc d'analyser le droit musulman des affaires traditionnel et l'impact de la règle morale sur l'autonomie de la volonté telle qu'elle est conçue et pratiquée dans le système contractuel musulman<sup>125</sup>.

Si l'on se concentre sur le droit traditionnel des contrats d'affaires, ce sont les théologiens-juristes (*Fuqaha*)<sup>126</sup> qui ont élaboré le droit des contrats au IIe et IIIe siècle de l'Hégire. Ils ont utilisé les matériaux trouvés dans les pays conquis (droit byzantin, sassanide, traditions et coutumes locales) et replacé le tout dans le cadre général de la Charia<sup>127</sup>. Ils ont amplifié la portée des prohibitions coraniques. En cherchant à élargir le domaine d'application de ces prescriptions, ils s'efforçaient de déjouer les ruses qu'inventaient les praticiens<sup>128</sup>.

En effet, chaque règle ou opinion était précédée d'un préambule énonçant le rapport entre son contenu et les principes énoncés dans les sources premières de la Charia<sup>129</sup>. Dans les traités du *Fiqh* on retrouve les règles de formation d'un contrat et de ses effets précédés d'un préambule où sont énumérés les fondements religieux révélés qui légitiment ces règles et effets<sup>130</sup>. Les *Fuqaha* se sont efforcés de rattacher les conditions et effets des contrats à la Charia mais également, afin d'éviter toute déviation dans l'interprétation des règles ainsi passées, ils ont multiplié les conditions et les prescriptions impératives concernant l'objet de l'obligation ou encore l'usure<sup>131</sup>, dans le but de préserver un juste équilibre entre les prestations réciproques des parties au regard du souci de justice et d'équité.

---

<sup>125</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 1

<sup>126</sup> Les *Fuqaha* sont les jurisconsultes musulmans.

<sup>127</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 210

<sup>128</sup> *Id.*, p. 230

<sup>129</sup> *Id.*, p. 218

<sup>130</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 20

<sup>131</sup> *Id.*, p. 19



Cette grande rigueur dans la structure du contrat de droit musulman s'est concrétisée par un ensemble de règles visant à restreindre la liberté de l'individu de contracter, d'en gêner le fonctionnement et de le paralyser.<sup>132</sup> C'est la thèse dite de la fixité, qui impliquerait « l'impossibilité par les individus de modifier, à leur gré, par l'insertion des clauses accessoires, les effets que le *Fiqh* fait produire à ces contrats »<sup>133</sup>.

Les textes fondamentaux de la Charia concernaient pourtant à peine le droit des contrats. Jusqu'au XIXe siècle il était quasiment impossible de trouver dans les ouvrages du *Fiqh* une définition spécifique du contrat<sup>134</sup>. Le droit musulman est essentiellement casuistique, il ne comprend aucune théorie générale des obligations et des contrats. Le droit musulman n'a réglementé qu'une trentaine de contrats nommés.<sup>135</sup>

Le régime du contrat dans le système juridique musulman aura été l'œuvre presque exclusive des *Fuqaha*, relayés plus tard par les praticiens qui tenteront de tempérer cette rigidité<sup>136</sup>. En imposant les règles restrictives de la Charia, les *Fuqaha* désiraient maintenir un parfait équilibre entre les prestations réciproques et empêcher tout aléa ou *Riba* générateur de profit illicite<sup>137</sup>.

Dominé par la règle morale, le système musulman a donc conduit à des restrictions de la liberté contractuelle au profit de la justice et de l'équité des contractants<sup>138</sup>. Ces restrictions se retrouvent dans le *Fiqh* classique. Il s'agit de la prohibition de l'usure, le *Riba*, et de l'invalidité des transactions affectées d'un aléa le *gharar*. Ce sont là divers aspects pouvant constituer l'ordre moral islamique en matière de contrats.<sup>139</sup> Ces injonctions se présentent comme conformes au cadre général du système musulman, la loi de l'Islam régissant tous les aspects de la vie des croyants.

---

<sup>132</sup> Chafik CHEHATA, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite : les sujets de l'obligation*, Paris, Sirey, 1969, p. 65

<sup>133</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, "L'autonomie de la volonté en droit musulman", (1958) 10-3 *RIDC* 89

<sup>134</sup> *Id.*,

<sup>135</sup> Nabil SALEH, « Formation and Définition of contract under Islamic and Arab law », (1990) 2 *A.L.Q.* 101

<sup>136</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 4

<sup>137</sup> *Id.*, p. 20

<sup>138</sup> *Id.*, p. 3

<sup>139</sup> Maxime RODINSON, *Islam et capitalisme*, Paris, Le Seuil, 1966, p. 333

Le *Fiqh* classique comporte ainsi une importante prohibition coranique restreignant la liberté contractuelle à savoir l'usure ou l'intérêt, qui sont à la base du *Riba*, qui constitue un enrichissement sans cause qui déséquilibre les prestations. Étymologiquement le *Riba* signifie augmentation, accroissement ou gain<sup>140</sup>. Joseph Schacht classe le *Riba* sous la rubrique de l'enrichissement sans cause et le définit comme étant un « avantage monétaire sans contrepartie qui a été stipulé en faveur d'un des contractants, lors de l'échange de deux valeurs de type monétaire ». <sup>141</sup> Si l'on s'attarde sur l'étude des versets coraniques, on peut constater que le contrat de prêt n'est pas concerné par cette prohibition mais seulement le contrat de vente ; ce dernier trouvant son fondement dans le Coran et la Sunna<sup>142</sup> est considéré comme un acte à titre gratuit. A l'origine le *Fiqh* était muet sur le contrat de prêt, mais après déduction par les *Fuqaha* le contrat de prêt fut déclaré illicite<sup>143</sup>.

La perception d'intérêt a été interdite par le Coran de manière graduelle. Ceci est mentionné pour la première fois dans un verset de la Révélation Mecquoise : « L'usure que vous pratiquez n'a de valeur devant Dieu, (contrairement) à l'aumône qui sera récompensée... ». Les versets médinois suivants vinrent l'interdiction de façon très stricte : « [...] Dieu a permis la vente et a interdit l'usure (...) Dieu réduira à néant le profit usuraire. »<sup>144</sup>

La prohibition mentionnée dans le Coran se rapporte à l'intérêt des ventes, connue dans l'Anté-Islam et non à l'intérêt du capital productif<sup>145</sup>. A cette période, le *Riba* qui était un surplus imposé à l'échéance, était considéré comme une activité commerciale. Dès les premières années de l'Islam apparurent alors deux courants opposés en ce qui concerne la question de l'intérêt : le premier le plus strict le définissait au sens large et de ce fait un grand nombre de transactions

---

<sup>140</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 45

<sup>141</sup> En anglais *Riba* se traduit par usure ou intérêt, mais en fait le sens de ce mot selon la Charia est accroissement ou gain.

<sup>142</sup> « A celui qui fait à Dieu un bon prêt, Dieu le rendra avec abondance ... » (Sourate II, verset 254) ; « Acquitez vous de la prière, faites l'aumône et consentez à Dieu un prêt généreux que vous retrouvez auprès de Dieu sous la forme d'une récompense meilleure et plus abondante » (Sourate XXIII, verset 20) dans *Le Coran*, traduction et notes par Denise Masson, bibliothèque de la Pléiade, Persée, 1967

<sup>143</sup> E. TERRAY, préc., note 59, p. 25-30

<sup>144</sup> Sourat Al-Bakara dans *Le Coran*, traduction et notes par Denise Masson, bibliothèque de la Pléiade, Persée, 1967. Voir aussi Ahdab ABDUL-HAMID, « L'intérêt en droit musulman », (1983-1984) *Proche Orient- Etudes juridiques* 130

<sup>145</sup> *Id.*, p. 54

furent interdites. Le second lui donnait une signification restreinte ce qui réduisait le champ d'application de l'interdiction.<sup>146</sup>

Ainsi, pour rester conforme aux prescriptions du prophète, si un débiteur rembourse à l'échéance en donnant un supplément cela est permis. La pratique de l'intérêt est prohibée lorsqu'elle est associée à une condition. Ainsi, pour aller dans l'enseignement du prophète, le débiteur emprunteur peut rembourser à l'échéance en donnant plus ou mieux tant qu'il n'y est pas contraint.<sup>147</sup> Le *Riba* implique donc toujours une transaction qui suppose une contrepartie où l'équivalence des prestations n'est pas respectée.<sup>148</sup>

En définitive, chaque fois qu'un contrat de vente ou transaction présente un gain illicite qui tourne à l'usure, ce contrat est déclaré « *fasid* »<sup>149</sup> c'est-à-dire vicié. Il en découle que l'exécution d'une convention synallagmatique exige pour sa réalisation en droit musulman, que les obligations des parties présentent un équilibre, une équivalence parfaite sinon tout excès de gain serait considéré comme « *ribawi* » et donc prohibé par la loi sacrée.<sup>150</sup>

Lorsqu'une échéance intervient au regard d'un prêt, le gain en ressortant qui n'est donc pas donc conjugué à un travail fourni, favorise une partie au détriment de l'autre et perturbe l'économie du contrat. Cela nuit aux principes de justice et d'équité prônés par la morale islamique et fondés sur des textes sacrés<sup>151</sup>. Désormais tout prêt lié à un avantage monétaire sans contrepartie et remis à une échéance déterminée constitue le principal chef de la prohibition du *Riba*.<sup>152</sup>

Les exégètes se sont donc efforcés de regrouper les opérations illicites entachées de *Riba* en se

---

<sup>146</sup> *Id.*, p. 130-131

<sup>147</sup> *Id.*, p. 132

<sup>148</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 45

<sup>149</sup> Choucri CARDAHI, « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique (analyse et synthèses comparatives) », (1955) 7-3 *RIDC* 499

<sup>150</sup> Jean Paul CHARNAY, Gabriel LE BRAS, Jacques BERQUE, « Normes et valeurs dans l'islam contemporain », (1967) 23-1 *Arch. soc. relig.* 183

<sup>151</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 54

<sup>152</sup> J. SCHACHT, *Encyclopédie de l'Islam*, t. n° 8, Paris, Maisonneuve et Larose, 1944, p. 508-510

fondant sur des critères irréfragables tirés du Coran, mais aussi de la *Sunna*.<sup>153</sup> Le champ d'interdiction ne se limitait plus au prêt à intérêt et ventes usuraires mais s'est étendu à toute dette, prestation de somme d'argent ou de choses fongibles dues d'une personne à une autre<sup>154</sup>. Il existe une seconde prohibition fondamentale disposant d'un fort impact dans le domaine des affaires à savoir celle des contrats aléatoires. Ces derniers sont une subdivision des contrats à titre onéreux. Il s'agit de contrats dans lesquels la prestation due par l'une des parties dépend d'un évènement incertain et il en résulte l'impossibilité de savoir par avance s'il y aura perte ou profit<sup>155</sup>. L'aléa *gharar* résulte de ce que le contenu exact des prestations des parties dépend d'un évènement incertain, de telle sorte que la perte et le gain sont fonction, pour chaque contractant, de cet évènement.<sup>156</sup>

Dans l'optique du droit musulman, chacune des parties au contrat doit être consciente au moment de la conclusion du contrat de l'existence et, de l'étendue de la contre-valeur recherchée. Cette contre-valeur sera en vertu des principes fondamentaux de l'Islam, le fruit d'un travail fourni qui lui-même justifiera la perte ou le bénéfice réalisé.<sup>157</sup> Le strict équilibre des prestations est une constante recherchée par la Charia dans un souci d'équité et de justice revendiqué par la morale islamique. Il en résulte qu'un profit injustifié, réalisé sans effort, sans travail, mais par le fait d'un aléa est prohibé par le Coran et la Sunna.<sup>158</sup>

Avec l'expansion de l'économie moderne, les opérations entachées de *Riba* et de *gharar* concernent de plus en plus toutes les opérations bancaires, de prêts à intérêt et commerce de métaux précieux<sup>159</sup>. Les moralistes ont également étendu le champ d'application des prohibitions des contrats aléatoires à un certain nombre de transactions modernes, comme le contrat d'assurance contre les accidents, les contrats d'assurance vie ou les ventes de chose

---

<sup>153</sup> W. GHAWI, *Maqalat fi-l riba wa l-fai'idat al massrifiyat*, Beyrouth, Dar Ibn-Hazm, 1992, p. 22 cité par M.-H. REDA, préc., note 39

<sup>154</sup> F. MAWLAWI, *Dirassat hawl ar-riba wa l-fawaid wa l-massarif*, Beyrouth, Dar Ar-Rashad al-islamiyat, 1990, p. 20 cité par M.-H. REDA préc., note 39

<sup>155</sup> *Id.*, p. 55

<sup>156</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil. 4. Les obligations*, 22<sup>ème</sup> éd, coll. Thémis Droit privé, Presses Universitaires de France, 1993, p. 45

<sup>157</sup> Dr. Zouheir OBEIDI, *La banque islamique-une nouvelle technique d'investissement*, Beyrouth, Dar Ar-Rachad al-islamiyya, 1988, p. 36

<sup>158</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 56

<sup>159</sup> *Id.*, p. 47

future. Ces prohibitions ont réduit la liberté de contracter et donc la recherche du profit. Les transactions qui comprennent un élément d'incertitude relatif à l'objet de la vente, au prix ou au délai de livraison de la marchandise constituent aux yeux des moralistes le *gharar* (risque, incertitude, spéculation) prohibé par la Charia. <sup>160</sup>

Ces deux prohibitions constituant ce que l'on peut appeler l'ordre moral islamique, conduisent à une impérativité quasi-générale concernant le système dans son entier et lui conférant un caractère exclusif et fermé<sup>161</sup>. L'impact considérable de l'ordre divin dans le domaine contractuel a surtout été ressenti au niveau du rôle dévolu à la volonté dans le système contractuel musulman. Rôle apprécié différemment selon les deux grandes écoles du *Fiqh* l'école hanéfite et hanbalite<sup>162</sup>.

Concernant la protection de l'autonomie de la volonté, les *Fuqaha* ont été plus loin que le Livre révélé. Ils ne se sont pas limités aux injonctions du Prophète, ils ont étendu le champ d'application de l'ordre moral et sont intervenus au niveau de l'efficacité du contrat et de sa formation pour protéger l'individu afin que la partie la plus faible ne soit pas lésée. <sup>163</sup>

L'étroitesse du domaine laissé à la liberté contractuelle est en premier lieu la conséquence directe d'une théorie dénommée la théorie des clauses adjointes où le *Fiqh* a tenté de fixer les frontières de cette liberté. La « condition jointe » est la clause d'un contrat qui a pour conséquence d'ajouter et plus rarement de retrancher les effets que la Charia fait produire à ce contrat.<sup>164</sup> La possibilité pour un homme d'insérer dans un contrat ou acte juridique, dont la Charia a déjà fixé la structure, des clauses qui en modifient les effets tels qu'ils ont été prévus par la loi, varie suivant les écoles de droit islamique<sup>165</sup>. On peut ainsi distinguer deux tendances majeures, l'une restrictive, l'autre extensive. <sup>166</sup>

---

<sup>160</sup> *Id.*, p. 57

<sup>161</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 216-217

<sup>162</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 5

<sup>163</sup> *Id.*, p. 67

<sup>164</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 55, p. 226

<sup>165</sup> *Id.*,

<sup>166</sup> H. AL DABBAGH, *La clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières à crédit - Etudes de droit comparé français et irakien*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 34 et s.

Les hanbalites considèrent que les individus sont libres d'insérer dans un acte juridique des clauses et stipulations qui ne sont pas en contradiction avec les règles de la Charia. Est autorisé ce qui n'est pas expressément interdit par la loi. Les parties fixent le contenu de leurs actes juridiques en déterminant les effets à la seule condition que ces effets ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs<sup>167</sup>. Cette école prône ainsi la souveraineté et l'autonomie de la volonté.

Aux antipodes, l'école Zahirite s'appuie sur un principe de fixité pour refuser les clauses adjointes. La volonté individuelle ne pouvant avoir pour objet que de donner naissance à un rapport contractuel déterminé sans être autorisé à modifier les effets légaux de celui-ci.<sup>168</sup> Entre ces deux extrêmes, d'autres écoles laissent une certaine liberté aux individus dans l'aménagement des effets propres à leurs actes juridiques en distinguant entre des clauses valables et des clauses nulles. Le critère général est que l'effet de la clause s'accorde au but de l'acte auquel elle est jointe.<sup>169</sup>

Ce n'est pas dans l'expression de la volonté des parties que le contrat puise sa vigueur c'est dans sa conformité au bien commun, c'est-à-dire à la justice commutative. Par conséquent, toute convention pour obliger ses signataires, doit réaliser le contrat de façon juste. Est donc réprouvé en morale, tout acte accusant un déséquilibre flagrant entre les prestations mises à la charge de contractants toutes les fois qu'il résulte de l'exploitation, par l'une des parties, de la gêne, de l'inexpérience et de la légèreté de l'autre. C'est l'usure qui est condamnée.<sup>170</sup>

L'ordre moral est donc un instrument de protection de la volonté, mais les pays musulmans sont aujourd'hui tiraillés, face aux avancées économiques, entre l'application stricte du droit musulman traditionnel et l'influence occidentale.<sup>171</sup> Ainsi aujourd'hui le juriste musulman ne peut se contenter de juger de la qualité des actions humaines en fonction seulement de la stricte

---

<sup>167</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 55, p. 229

<sup>168</sup> IBN HAZM, *al-Muhalla*, t. n°8, le Caire, Dar-al-shrouk, 1964, p. 412 cité par H. AL DABBAGH, préc., note 166, p. 35

<sup>169</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 166, p. 35

<sup>170</sup> Cardahi CHOUCRI, *Droit et morale : Le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale*, t. n°3, coll. Annales de la faculté de droit de Beyrouth, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Aujias, 1958, p. 301-302

<sup>171</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 11

légalité. Il se voit contraint d'adopter une échelle de valeurs assez étendue pour qu'elle lui permette de graduer ses jugements en tenant compte de toutes ces considérations<sup>172</sup>.

Certains jurisconsultes musulmans ont aujourd'hui établi qu'en droit musulman des contrats, la règle première serait la permission : n'est ainsi condamné que ce qui l'a été de façon explicite ou implicite par le législateur. Tout contrat nouvellement élaboré est considéré comme licite tant qu'il ne s'oppose pas à une norme extraite du Livre de Dieu ou de la Sunna, qu'il ne viole pas une règle faisant l'objet d'un consensus, ou qu'il ne transgresse pas une limite établie par analogie.<sup>173</sup>

Les *Fuqaha* auront donc en grande majorité œuvrés pour le régime du contrat dans le système juridique musulman. Ils ont cependant été relayés quelques temps plus tard par les praticiens qui agissent en faveur d'un assouplissement des principes établis par les exégètes.<sup>174</sup> En effet dans le droit des contrats, le support des règles offertes par la législation est réellement réduit<sup>175</sup>, celui-ci apparaît n'avoir d'autre socle que la volonté.

Ce régime élaboré conjointement va permettre de mieux adapter le droit aux nécessités qu'engendre sans cesse l'activité économique. Le système contractuel musulman est empirique, il a été constitué au fur et à mesure, par les questions posées aux praticiens et les solutions apportées par ceux-ci aux litiges qu'ils ont été chargés d'arbitrer.<sup>176</sup>

On peut ainsi conclure qu'en matière de *mu'amalaat*, la pression des systèmes<sup>177</sup> attachés à la Charia est atténuée. Ne procédant pas directement des Livres Saints, le droit régissant les

---

<sup>172</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 55, p. 78

<sup>173</sup> Mohammad PATEL, « Quatre principes fondamentaux du droit musulman des contrats », (2010) *ACERFI* 1

<sup>174</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 4

<sup>175</sup> M. AL-ZARKA, « La Charia, n'a pas déterminé de manière générale les instruments et procédés juridiques utilisables en matière de contrats, afin de laisser la possibilité de choisir pour chaque époque ceux qui répondent à ses exigences », préc., note 5, *op. cit.* n°540, p. 918

<sup>176</sup> A. SANHOURY, préc., note 115, p. 60

<sup>177</sup> Les pays fidèles au système juridique musulman, attachés à la Charia, impliquent que les principes fondamentaux du droit musulman soient toujours regardés comme un système normatif d'ordre supérieur auquel les législateurs et les juges doivent se conformer. Un contrôle de l'islamité des lois et règlements est exercé par le lobby religieux.

transactions pécuniaires reste peu marqué par le caractère religieux du système<sup>178</sup>.

## CHAPITRE 2 : LE CONTENU DU CORPUS MUSULMAN

Le droit des contrats qui relève de la Charia comporte un droit officiel et officieux, un droit des juristes et un droit des praticiens flexible. Joseph Schacht impute ce dédoublement à l'incapacité de la Charia à s'adapter aux exigences de la vie réelle :

« Dans le vaste domaine des contrats et obligations, écrit-il, la Charia a dû abandonner à la doctrine et à la pratique une zone d'action de plus en plus étendue ... cet échec provient surtout de ce que la théorie idéale essentiellement rétrospective, fut à partir de la première époque Abbasside, incapable de s'adapter aux exigences toujours changeantes de la société et du commerce... Les ulémas étaient eux-mêmes convaincus de la corruption toujours croissante des conditions de l'époque (Fasad al-zaman) et en l'absence d'autorités capables de permettre certaines pratiques, ils formulèrent la théorie selon laquelle la nécessité<sup>179</sup> (darura) dispensait les musulmans d'observer les règles de droit. »<sup>180</sup>

Le droit musulman traditionnel était perçu comme un obstacle à la modernité. Le principe d'immutabilité de ses règles le rendait inadapté et impropre à la régulation sociale, le *taqlid* ayant réduit ce droit en un corps rigide de règles. La question de l'adaptabilité du droit musulman a donc servi à lancer la modernisation juridique qui a ressurgi au début du XXe siècle dans la plupart des pays arabes<sup>181</sup>.

Pour Sanhoury, ce mouvement de rénovation devrait être basé sur des investigations doctrinales ayant pour but d'étudier le droit musulman d'après des méthodes récentes développées par le droit comparé<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> Les matières patrimoniales ont été élaborées sans l'aide ni l'entrave de la religion, voir Mohamed El SHANKAKIRI, « La notion de bien dans la philosophie juridique musulmane », (1979) 24 *Arch. philo. dr.* 73. Voir aussi C. CHEHATA, « la religion et les fondements du droit en Islam », (1973) 18 *Arch. philo. dr.* 20

<sup>179</sup> Voir supra

<sup>180</sup> J. SCHACHT, préc., note 21, p. 70-74

<sup>181</sup> H. AL DABBAGH, « Droit comparé et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité », (2015) 2 *Journal of Comparative Law in Africa* 4

<sup>182</sup> A. SANHOURY, « Le droit musulman come élément de refonte du Code civil égyptien » dans *Introduction à l'étude du droit comparé, recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, vol. n°2, Paris, Sirey & L.G.D.J,



« La doctrine qui en résulterait pourrait ensuite devenir la base d'une science en fonction de laquelle serait révisé le droit en vigueur dans les pays arabes. De cette façon [déclarera t-il], la charia islamique pourrait devenir adaptée comme droit pour les peuples vivant dans l'ère moderne. »<sup>183</sup>

Dès lors, il conviendra d'aborder successivement l'adaptation du droit musulman des affaires (1), le développement d'un droit des praticiens (2), les expédients et subterfuges juridiques (3) et le problème de détermination du corpus de droit musulman (4).

### 1. L'adaptation du droit musulman des affaires

Dès le Xe-XIème siècle de notre ère, les jurisconsultes musulmans ont dégagé des règles bien établies, des principes généraux afin d'élaborer des solutions nouvelles. Ces principes appelés *Kawaed Kuliyyat*, littéralement normes globales<sup>184</sup>, sont définis par le *Fiqh* comme « des règles à portée générale qui s'appliquent à toutes les questions partielles qui s'y rattachent »<sup>185</sup>.

Les jurisconsultes vont ainsi pouvoir assurer tout au long des siècles l'évolution du droit musulman<sup>186</sup>, ces *kawaed kuliyyat* assurant, de façon relative, l'évolution du droit musulman censée pourtant s'être arrêtée depuis la fermeture de la porte de *Ijtihad*.<sup>187</sup> Comme le fait observer Mustapha Al-Zarka :

« Ces normes occupent une place considérable et agissent fortement sur son mode d'élaboration. Elles reflètent de manière admirable les règles courantes, en éclairant lumineusement le sens et ouvrent de larges perspectives à leur développement ... Sans les *kawaed kuliyyat* ces règles se seraient effritées en solutions éparses et parcellaires, faute de critères pour les amarrer aux idées auxquelles elles se rattachent et permettre par-là même de dégager pour chaque groupe de règles les fondements et les finalités qui les unissent. »<sup>188</sup>

---

1938, p. 621

<sup>183</sup> Enid HILL, « Al-Sanhuri and Islamic Law: The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, egyptian jurist and scholar », (1987) 3-2 *A.L.Q.* 3

<sup>184</sup> Selim JAHEL, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », (2003) 55-1 *RIDC* 109

<sup>185</sup> Sobhi MAHMASSANI, *Falsafat al-Tashrih' Fi Al-Islam*, The Philosophy of Jurisprudence in Islam, translated in English by Farhat Ziadeh, Beyrouth, Leiden, E.J. Brill, 1961, op cit p. 299 cité par S. JAHEL, préc., note 184, p. 114

<sup>186</sup> S. JAHEL, préc., note 184, p. 105

<sup>187</sup> *Id.*, p. 110

<sup>188</sup> M. AL-ZARKA, préc., note 5, op cit n°559, p. 634

Les rédacteurs du *Medjellé Ottoman*<sup>189</sup> ont consacré aux *kawaed kuliyyat* le titre préliminaire composé de 99 articles énonçant les principes les plus connus du *Fiqh* hanafite.<sup>190</sup> Exemple de l'article 18 du *Medjellé* : « Il faut se montrer large dans l'application des règles aux choses dont l'exécution est difficile. » Autrement dit, lorsqu'on voit de la difficulté dans l'exécution d'une chose, on peut avoir recours à des tempéraments.

Le *Medjellé* se compose d'une compilation de solutions données par le *Fiqh* hanafite, si bien que de nombreux *kawaed kuliyyat* établis par les *Fuqaha* d'autres rites n'y figurent pas, notamment le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle que le *Fiqh* hanbalite avait pourtant dégagé dès le VIIe siècle<sup>191</sup>.

Le pouvoir de la volonté de créer des droits et obligations s'est de ce fait vu imposer des limites précises dans la mesure où certains biens ou obligations ne pouvaient constituer l'objet d'un acte juridique en raison de leur caractère immoral, aléatoire ou se trouvant hors du commerce, ou pour tout autre motif tenant à des règles dont la religion a voulu imposer le respect. Le rôle de la volonté humaine se limitait à faire naître l'acte juridique, le contenu de cet acte étant déjà fixé par la Charia. Il n'appartenait pas à l'homme de le modifier, de l'étendre ou d'en limiter les effets<sup>192</sup>.

Les hanéfites s'appuyant sur des traditions prophétiques contestées par d'autres écoles, avaient soutenu l'idée qu'un contrat ne peut produire qu'une seule opération ; qu'il ne doit dès lors comporter aucune clause pouvant augmenter ou retrancher les effets que la Charia lui attache<sup>193</sup>. Cela conduisait à rendre illicite toute opération qui ne s'intégrait pas dans l'un des cadres contractuels établis par le *Fiqh*.<sup>194</sup>

---

<sup>189</sup> Le *Medjellé Ottoman* était le code civil appliqué dans l'empire Ottoman depuis 1877.

Voir Iza HUSSIN, « Circulations of Law: Cosmopolitan Elites, Global Repertoires, Local Vernaculars », (2014) 32 *Law & Hist. Rev.* 773

<sup>190</sup> Le *Medjellé Ottoman* constitua un chapitre important dans la législation moderne musulmane avec la loi *Hanafi* des contrats et obligations qui a été promulguée comme loi d'Etat. L'école Hanafi était celle traditionnellement favorisée par l'Etat Ottoman. Le *Medjellé* se présente donc comme une codification virtuelle de ces règles Hanafites concernant les transactions civiles. Gavin N. PICKEN, *Islamic law - Critical concepts in Islamic Studies*, 1e éd., Londres, Routledge, 2010, p. 135

<sup>191</sup> *Id.*, p. 132-135

<sup>192</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 55, p. 225

<sup>193</sup> M. AL-ZARKA, préc., note 5, p. 343

<sup>194</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 223

Il faut comprendre que ces principes sont intervenus alors que l'élaboration du droit musulman était pratiquement achevée. Ils permettaient de trouver des solutions à des problèmes nouveaux où il n'y avait pas de règles et solutions adéquates.

Les règles du *Fiqh* étant de nature casuistique, on ne retrouve pas au sein du *Medjellé* des principes généraux ayant atteint un niveau suffisant de généralité et d'abstraction comparable à celui dont sont dotées les codifications occidentales. Ce caractère casuistique ne permettait pas au *Medjellé* de pouvoir être utilisé comme texte de référence lors de l'application de nouveaux codes ottomans, inspirés des droits occidentaux.<sup>195</sup> Il demeurera cependant en vigueur jusqu'à une période récente, par exemple au Liban jusqu'à la promulgation du code des obligations et des contrats en 1932, en Syrie jusqu'en 1949, en Jordanie jusqu'en 1983 date de l'établissement d'un nouveau code civil<sup>196</sup>.

Dans les codes qui ont émergé au fil du temps, certains ont repris de la Charia ce qu'ils pouvaient adopter compte tenu des principes valables de la législation moderne. La méthodologie suivie notamment par Sanhoury, un des fondateurs du code civil égyptien, consistait à extraire les règles de droit, particulièrement dans le domaine des obligations et contrats, de la forme essentiellement casuistique dans laquelle les prescriptions de la Charia étaient traditionnellement enfermées. Pour cela, il a utilisé les codifications antérieures de la Charia comme le *Medjellé*. Les règles des codes étrangers ont alors été sélectionnées de manière éclectique au regard de leur adaptabilité et compatibilité aux conditions locales, à la notion de justice et de Charia. Les codificateurs se sont alors inspirés pour partie du *Medjellé* et pour partie des législations occidentales.<sup>197</sup>

Il y eu cependant des différences notables entre les Etats au regard des codifications. Par exemple, en 1949 un nouveau code civil entra en vigueur en Egypte. Ce dernier a puisé des dispositions dans la législation et la jurisprudence égyptienne, le droit comparé et le droit musulman. Les principes de la Charia ont alors été érigés en source subsidiaire après la coutume pour combler les lacunes du code. La Charia a ensuite influencé le choix entre certains concepts

---

<sup>195</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 110, p. 268

<sup>196</sup> *Id.*,

<sup>197</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 181, p. 24

sur lesquels les codes européens sont partagés comme sur la théorie subjective ou objective de l'obligation, la volonté tacite et la volonté déclarée. D'autres dispositions ont été empruntées à la Charia en intégralité ou en partie. D'autres déjà dérivées de la Charia dans l'ancienne législation ont été conservées, dans leur forme originelle ou amendée.<sup>198</sup> La Charia a donc été introduite dans ce code moderne afin d'en renforcer la légitimité.<sup>199</sup>

Au sein de ce code, Sanhoury n'a pas retenu de façon automatique la norme islamique mais seulement dans des cas particuliers lorsque celle-ci lui paraissait plus adéquate pour atteindre la finalité recherchée. Comme exemple pour la session contractuelle, le fermage, la résiliation du bail pour motif légitime, la cession de dette, et les délais de prescription. En revanche, certaines institutions importantes du droit musulman comme la *waqf* ont été abandonnées. La Charia n'a alors pas été perçue comme un corps sacré mais comme une simple source juridique additionnelle. Le nouveau code civil est resté dans l'optique de la tradition juridique civiliste<sup>200</sup>. Ces constatations valent également pour tous les codes de type égyptien, tels que celui de la Syrie, de la Libye, du Koweït, et de l'Algérie.<sup>201</sup>

A travers le droit comparé s'est donc développé un droit moderne adapté aux Etats arabes qui conserve cependant comme préoccupation principale d'insérer des règles dérivées du corpus islamique. Chaque structure s'est adaptée aux dimensions de la société pour laquelle elle a été faite. En Irak par exemple, ou le *Medjellé* était la base du droit civil en vigueur, le nouveau code civil devait être « davantage islamique » selon Sanhoury, que celui de l'Égypte ou l'usage des dispositions d'origine française était consacré depuis le milieu du XIXe siècle.<sup>202</sup>

Ainsi dans certains codes civils comme celui de l'Irak, de la Jordanie et des Émirats arabes Unis, il existe deux types de règles. Un groupe reprenant des dispositions de droit musulman traditionnel empruntées au *Medjellé*, et un groupe de dispositions issues des droits occidentaux.

---

<sup>198</sup> J.-M. MOUSSERON, préc., note 100, p. 61. Voir aussi James Norman Dalrymple ANDERSON, « The Shari'a and Civil Law », (1954) 1 *Islam. Quarterly*. 31

<sup>199</sup> Guy BECHOR, « The Sunhuri Code and the Emergence of Modern Arab Civil Law », (2007) 29 *I. L. & S* 86

<sup>200</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 181, p. 18-20

<sup>201</sup> A. SANHOURY, « Du Medjellé au Code civil irakien et le mouvement de codification aux ères modernes » [en arabe], (1936) 1-2 *Revue Al-Qada du Barreau irakien* 114 cité par H. AL DABBAGH, préc., note 110

<sup>202</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 181, p. 21

Cependant, il faut préciser que même les dispositions empruntées au droit musulman ne sont plus appliquées en vertu d'une autorité propre et supérieure à partir de leur codification, mais au titre de la seule loi civile. Le texte dispose ainsi d'une valeur de droit positif et non divine.<sup>203</sup>

Concernant le code civil irakien, la structure s'est formée au regard des conditions locales. Par exemple s'agissant de la validité des contrats, le législateur irakien n'a pas repris le mécanisme de la nullité relative propre au droit français : la notion de *Aqd Mawquf* « contrat en suspens » tirée du droit musulman lui a été substituée<sup>204</sup>. La législation irakienne a parfois eu du mal à admettre certaines institutions allant en contradiction du droit musulman.<sup>205</sup> C'est surtout dans les règles concernant l'interprétation des conventions que l'on peut trouver des similitudes entre le droit français et les règles irakiennes d'inspiration musulmane. Le code irakien n'a pas retenu les thèses chaféites et hanafites qui donnent toujours la préséance à la volonté déclarée sur celle interne. Il a retenu les solutions exprimées par les écoles malékites et hanbalites qui tiennent compte de l'intention des parties.<sup>206</sup>

On peut en conclure que certaines institutions islamiques traditionnelles peuvent permettre de répondre aux besoins de la vie contemporaine. Il n'y a toutefois pas d'uniformité entre les différents pays musulmans. Les codes jordanien, soudanais ou émirati montrent un retour notable au droit musulman, à défaut de textes législatifs, le juge recourant aux prescriptions du *Fiqh* islamique ; alors que pour les codes conçus selon le modèle égyptien ce sont les principes de la Charia qui sont applicables, c'est à dire les principes généraux tirés du Coran et de la Sunna et non les solutions concrètes proposées par les *Fuqaha*<sup>207</sup>.

Ce sont donc les techniques de droit comparé qui ont permis de formuler des solutions casuistiques en règles générales et abstraites, et mettre ainsi sous forme d'articles un corpus

---

<sup>203</sup> H. Al DABBAGH, préc., note 110, p. 275

<sup>204</sup> Articles 133-136 C. civ Irakien

<sup>205</sup> C'est le cas de la prescription acquisitive qui a été admise après transformation en prescription de l'action en justice empêchant la recevabilité de l'action en revendication intentée par le propriétaire.

<sup>206</sup> H. Al DABBAGH, préc., note 110, p. 286

<sup>207</sup> Les principes de la Charia seraient de l'ordre de principes généraux qui traduisent l'esprit général de la révélation (simples directives d'orientation). Il ne s'agit pas de faire application des solutions doctrinales renfermées dans les ouvrages du Fiqh. Hany DOWIDAR, « Les sources formelles des règles du droit privé en droit égyptien », dans *Les Sources du droit : aspects contemporains*, Paris, Société de Législation comparée, 2007, p. 257-258

doctrinal pluraliste et non systématisé.<sup>208</sup> Dans cette perspective, ladite méthodologie a permis d'opérer une sélection parmi différentes solutions à travers une analyse critique de chacune. Le législateur a utilisé ce procédé pour assouplir une position rigide ou trouver une solution adéquate. Ceci est une application de la méthode de *talfiq* (ou choix) qui permet, en faisant appel à toutes les opinions connues du *Fiqh*, de choisir la plus adaptée à une situation donnée<sup>209</sup>.

Dans les codifications islamiques, les rédacteurs affirment avoir écarté toute disposition contraire à une règle établie ou absolue de la Charia<sup>210</sup>. L'esprit général était de reformuler en langage moderne les solutions choisies du *Fiqh* sans vraiment toucher au fond. Le but est de justifier la solution adoptée, de la fonder *in fine* sur la Charia ou de conclure à sa compatibilité avec son esprit<sup>211</sup>.

Nous pouvons comprendre que cette réception a pu se contenter de l'introduction pure et simple d'un concept, règle ou instrument juridique, ou plus largement, de son adaptation en vue d'une assimilation dans le pays concerné.<sup>212</sup> Toutefois, les codifications ne sont pas le seul paramètre permettant de définir le contenu du corpus musulman au niveau du droit des affaires.

---

<sup>208</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 181, p. 26

<sup>209</sup> *Id.*, p. 28

<sup>210</sup> *Id.*, p. 29

<sup>211</sup> Hamzah HADDAD, « Les sources du droit civil dans les codes des pays arabes : Jordanie, Émirats Arabes Unis et Qatar », dans *Les sources du droit : aspects contemporains*, Paris, Société de législation comparée, 2007, p. 263-266

<sup>212</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 110, p. 277

## 2. Développement d'un droit des praticiens

La dimension d'adaptation du droit musulman peut être également démontrée par l'ouverture à un droit des praticiens qui s'est développé parallèlement aux différents systèmes et a évolué en liaison avec eux<sup>213</sup>.

En effet, le vrai droit des affaires, celui faisant réellement avancer de manière durable l'économie marchande, c'est le droit des praticiens qui finit souvent par être adopté par les autorités légales.<sup>214</sup> Il s'agit de structures complexes constituées d'usages commerciaux, de contrats types, d'arbitrages, de montages, de techniques de gestion élaborées en dehors des grands axes du droit commun et le plus souvent en réaction contre lui<sup>215</sup>.

La pratique marchande a pu rencontrer des problèmes et obstacles dans l'élaboration de ces structures, se heurtant parfois à la religion. Les marchands ont cherché à créer des instruments juridiques pour saisir les opportunités et les adapter en cas de changement. Ils ont ainsi tenté de créer des mécanismes juridiques permettant d'éviter l'application de toute disposition impérative à finalité morale.<sup>216</sup>

La religion peut en effet interférer soit en imposant des normes révélées comme la Charia, avec une possible application par des autorités religieuses, soit indirectement, en influençant le droit par la médiation de la morale, de la culture et des mœurs<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> L'exposé classique de cette représentation positiviste de l'histoire du droit musulman et de son « déclin » a été donné par J. SCHACHT, « Classicisme, traditionalisme et ankylose dans la loi religieuse de l'Islam », dans *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'islam*, Paris, Robert Brunschvig et Gustave E. von Gruntenbaum éd., 1977, p. 141-166 citant la note explicative qui précède la loi du 10 mars 1929 : « en droit musulman rien ne s'oppose à l'adoption de règles de l'avis d'autres jurisconsultes que ceux des quatre rites surtout si cette adoption assure un bien public et évite un mal public, ainsi que l'enseignent les doctrines autorisées des auteurs en matière de source du droit ».

<sup>214</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 295

<sup>215</sup> « *L'activité marchande*, fait remarquer J. HILAIRE, à une tendance à s'exercer en marge de l'ordre juridique établi : ainsi peut-être a-t-elle ses propres principes, mais ceux-ci ignorent, et souvent violemment le droit commun », dans *La construction de l'Etat de droit*, 1<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, op cit. p. 24, cité par Sélim JAHEL, préc., note 23, p. 296

<sup>216</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 296

<sup>217</sup> *Id.*,

Les normes à forte connotation religieuse ne sont pas des règles de droit proprement dites. Elles ont simplement une force morale et s'imposent à la conscience contrairement aux règles non religieuses, qui elles relèvent bien de la sphère du droit. Au sein des règles religieuses, il faut cependant distinguer les règles stables et celles variables. Les règles stables sont fondées sur des raisons d'être permanentes, les secondes s'inspirent de l'état d'une civilisation et d'une époque déterminée. La règle stable est permanente et universelle, la règle variable est relative et particulière.<sup>218</sup>

C'est cette différence entre les règles qui a permis d'apporter des concepts pouvant jouer le rôle de mécanismes de développement assurant une certaine souplesse et permettant une coordination des systèmes avec les civilisations plus modernes<sup>219</sup>.

Sanhoury en conclut ainsi :

« Le jugement superficiel et rapide porté par quelques auteurs, sur la prétendue inaptitude du droit musulman à l'évolution doit être rejeté car il est certainement mal fondé. Le droit musulman a beaucoup varié, il est doué d'une grande aptitude d'évolution et peut facilement se mettre au niveau de la civilisation contemporaine. »<sup>220</sup>

Ces mécanismes de développement ont conduit, comme énoncé par Emile Tyan, à un phénomène du dédoublement du droit musulman :

« Après que se fut opéré, un premier travail de construction et de systématisation du *corpus juris* islamique, et en particulier, de la détermination doctrinale des sources, il a fallu aménager un droit pour les praticiens à l'instar de ce qui s'est produit avec le jus civile romain par la reconnaissance au préteur du droit de créer de nouvelles règles [...]de même dans le droit occidental du Moyen âge, où l'ont fini par admettre des solutions différentes ou contradictoires à celles contenues dans le droit romain. »<sup>221</sup>

On retrouve à chaque fois le même processus : un droit classique puis l'émergence d'un droit de marchands engendré par la même idée d'utilité publique, de bien commun, idée qui a servi en droit musulman au développement de *l'istihsan* et de *l'istislah*<sup>222</sup>, à quoi il faut ajouter, selon

---

<sup>218</sup> A. SANHOURY, préc., note 182, p. 580

<sup>219</sup> E. TYAN, préc., note 112, p. 325-336

<sup>220</sup> A. SANHOURY, préc., note 182, p. 622

<sup>221</sup> E. TYAN, « Institutions du droit public musulman », (1958) 11-1 *RIDC* 70

<sup>222</sup> Il s'agit de deux méthodes d'interprétation utilisées par la Fiqh qui font appel à la notion de nécessité et d'intérêt



Mustapha Al-Zarka, « la volonté d'assurer en toute circonstance le triomphe de la justice qui est l'un des objectifs de la Charia »<sup>223</sup>.

*L'istislah*<sup>224</sup> comme *l'istihsan* s'appliquent au *Fiqh mu'amalaat* ou aux rapports commerciaux des musulmans et aident à dégager des normes juridiques. Cela a permis de dégager des solutions nouvelles. A titre d'illustration, le recours aux intérêts non réglés (*masalih mursala*) exige des conditions à savoir que l'intérêt soit réel et non fictif, qu'il soit général et non personnel, et enfin qu'il soit en harmonie avec l'esprit de la Charia<sup>225</sup>. Le recours à ce concept attribue au raisonnement humain un rôle considérable ce qui pourrait pourtant aboutir à l'exclusion des normes islamiques<sup>226</sup>. On voit ainsi que *l'istislah* et *l'istihsan* permettent de tempérer la rigidité de certaines dispositions coraniques. A titre d'illustration, on admet que la preuve par la déposition d'un témoin unique, par simple présomptions, peut être valablement faite dans un certain nombre de cas, alors que la règle de principe exprimée dans les sources, exige la production de deux témoins<sup>227</sup>.

En vertu de *l'istishan* on présume qu'une situation donnée continue à exister tant qu'on n'a pas la preuve que les choses se soient modifiées.<sup>228</sup> Dans la vie juridique on peut appliquer ce principe. Lorsqu'un copropriétaire indivis vend sa part de maison, l'autre entend exercer son droit de retrait contre l'acquéreur. Ce dernier exige la preuve qu'il était bien propriétaire de sa part. En vertu de *l'istishan*, il n'est pas nécessaire qu'il le fasse car, primitivement il était copossesseur indiscuté sans qu'il eut besoin de prouver la légitimité de sa possession. Au fond, c'est la même présomption qui s'applique lorsque dans un cas de doute, on attribue la propriété à qui a la possession.<sup>229</sup>

---

général et qui ont permis de dégager un nombre considérable de nouvelles solutions et règles : *Id.*, 80 et s. Ces méthodes ont permis d'écarter l'analogie pour un résultat qui est moins évident mais plus adapté au contexte. *Istishsan* signifiant choix préférentiel. *Istislah* signifiant raisonnement basé sur l'intérêt général.

<sup>223</sup> M. AL-ZARKA, préc., note 5, cit. n° 539, p. 918

<sup>224</sup> Principe de continuité

<sup>225</sup> E. TERRAY, préc., note 59, p. 25-30

<sup>226</sup> S.-A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Paris, Eyrolles, 2005, p.185

<sup>227</sup> E. TYAN, « Méthodologie et sources du droit en Islam (Istihsan, Istislah, Siyasa sar iyya) », (1959) 10 *Studia Islamica* 85

<sup>228</sup> George-Henri BOUSQUET, « Etudes islamologiques d'Ignaz Goldziher : traduction analytique », (1969) 7-1 *Arabica* 13

<sup>229</sup> *Id.*, p. 14

L'impact et l'utilisation de *l'istishan* et *l'istislah* sont toutefois différents selon les écoles.<sup>230</sup>

Les hanafites reconnaissent la légitimité de *l'istihsan* donc celle de l'opinion subjective dans une certaine mesure. Lorsque le *Qiyas* conduit à des solutions, le législateur peut les écarter lorsque cela paraît nécessaire ou utile. À l'origine, *l'istihsan* fut utilisé pour écarter une solution analogique.

Les hanafites sans repousser *l'istishan* en limitent la portée d'application surtout en droit civil. Ils l'admettent dans les cas où il permet de repousser une prétention et non au cas où il permettrait de la fonder. Illustration avec la vente ou livraison future qui est soumise à des conditions par le *Fiqh* pour sa validité afin de limiter autant que possible l'application de cette exception, ainsi que le risque d'aléatoire ou *gharar* qui pourrait perturber l'équilibre des avantages. Cependant *l'istishan* diffère de la vente future par le fait que l'article, objet de *l'istishan*, reste à fabriquer et n'existera pas matériellement jusqu'au temps de la vente, sa seule spécification étant remise en cause. Cela explique que *l'istishan* reste une exception importante à l'application du principe de nécessité, de l'existence actuelle de l'article au moment du contrat. Il reste que la nécessité a conduit les *Fuqaha* à valider ce contrat en faisant appel à *l'istishan*. La dérogation a été acceptée pour des raisons d'équité et clairement pratiques<sup>231</sup>.

Ces deux procédés ont donc une utilité certaine au niveau du droit des affaires. Ils permettent l'introduction de solutions nouvelles et attribuent une place au raisonnement humain, même si les différentes écoles en ont une appréhension différente.

Les auteurs arabo-musulmans s'accordent ainsi sur l'interaction entre les institutions classiques dégagées par la doctrine islamique traditionnelle et la pratique contractuelle<sup>232</sup>. Schacht écrit :

« Il convient de considérer les rapports entre la théorie et la pratique non comme une séparation nette entre des domaines différents, mais comme une interaction et une influence réciproque, rapports dans lesquels la théorie fit preuve d'un grand pouvoir d'assimilation, le pouvoir d'imposer son ascendant spirituel, même dans les cas où elle ne pouvait pas contrôler les conditions matérielles. »<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> *Id.*, p. 12

<sup>231</sup> N. COMAIR-OBEID, « Particularity of the contract's subject-matter in the law of the arab middle East » (1996) 11-4 *A.L.Q.* 341-344

<sup>232</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 593

<sup>233</sup> J. SCHACHT, préc., note 24, p. 74

Le processus du développement d'un droit des praticiens répond à un principe de moral religieuse tiré du Coran : « *Allah veut pour vous de l'aise et ne veut point de gêne* »<sup>234</sup>. On en déduit une certaine conciliation dans l'application du droit, afin de tempérer les règles trop restrictives dans le but de débloquent les situations difficiles. Certains principes utilisés dans le système musulman apparaissent comme des principes directeurs de droit. A titre d'exemple, l'article 17 du *Medjellé* « *al dururat tubihou al mahzurat*», littéralement : la nécessité autorise ce qui est interdit, « *la difficulté provoque la facilité* » ou encore « *la difficulté appelle à la facilitation des choses* ». Cela a, par exemple conduit le *Fiqh* à adopter le prêt à usage. Ainsi tout ce que le *Fiqh* autorise et les tempéraments qu'il apporte aux règles de la Charia procède de ce principe.<sup>235</sup>

Les moyens utilisés pour la « *facilitation des choses* » auront un impact sur le système, avec les notions de nécessité (*darura*), d'usage courant (*ta'amul al nas*), de convenance (*munasaba*). L'appel à ces moyens permettra au *Fiqh* d'intégrer dans le corpus juris musulman, au titre de *l'istihsan* et de *l'istislah*, un nombre considérable de catégories et de mécanismes contractuels qui étaient en usage dans la pratique ou de façon coutumière, celle-ci étant fondamentale chez l'école hanéfite.<sup>236</sup>

De plus, cela permet à l'arbitre de pouvoir adapter les règles du système officiel aux circonstances de l'espèce. L'un des principes les plus éminent s'attache à l'idée de nécessité : « La théorie de la nécessité, [écrit Sanhoury], est l'une des bases fondamentales du droit musulman. »<sup>237</sup> Par divers procédés informels :

« Il s'est ainsi constitué, [écrit Joseph Schacht], un droit commercial coutumier dont plusieurs institutions furent transmises à l'Europe médiévale par l'intermédiaire de la loi marchande, loi coutumière du commerce international. »<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> Coran sourate II verset 155 dans *Le Coran*, traduction et notes par Denise Masson, bibliothèque de la Pléiade, Persée, 1967

<sup>235</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 220

<sup>236</sup> *Id.*,

<sup>237</sup> A. EL SANHOURY, préc., note 182, p. 634

<sup>238</sup> Louis GARDET, *Les hommes de l'Islam : approche des mentalités*, coll. Le Temps et les hommes, Bruxelles, Hachette, 1977, p. 12-13. Voir aussi M. RODINSON, préc., note 139, p. 48 et J. SCHACHT, préc., note 24, p. 70

Monsieur Sélim Jahel énonce de ce fait :

« [...] la corruption des temps, une réalité si forte qu'elle va finir par saper toute la logique du système. Pour dispenser les musulmans d'une trop stricte observation des règles de la Charia, l'on fera appel, en toute matière à l'idée de nécessité, darura<sup>239</sup>. Le compromis avec la Charia est vite retrouvé. On considère que chaque acte appelle une double appréciation, l'une est judiciaire, celle faite par le cadî, elle fondée sur l'apparence ; mais on s'arrangera à coup de ruses juridiques pour que l'apparence soit toujours sauve. L'autre est religieuse, elle est fondée sur la véritable nature de l'acte, sa réalité vraie, mais la sanction de cette dernière est d'ordre intemporel, elle ne s'applique que dans l'au-delà. »<sup>240</sup>

Ainsi, ce fondement de la nécessité a permis aux praticiens de pouvoir adapter le droit musulman aux exigences des temps modernes par le biais de divers procédés. Même si le droit musulman se présente comme un droit mixte, influencé par des droits occidentaux et des praticiens, il conserve selon les Etats certaines dispositions impératives coraniques issues des sources scripturaires. Dans l'optique d'une coordination entre avancée économique et respect de l'identité islamique, des expédients et subterfuges juridiques ont alors été trouvés et introduits dans différentes législations.

---

sur l'essor du commerce dans le monde musulman au Moyen âge.

<sup>239</sup> S. JAHÉL, préc., note 23, p. 217

<sup>240</sup> S. JAHÉL, préc., note 38, p. 289

### 3. Les expédients et subterfuges juridiques

Le développement économique crée des besoins nouveaux et a rendu indispensable l'institution de nouvelles normes juridiques que la loi de l'Islam ne pouvait prévoir<sup>241</sup>.

Depuis l'époque médiévale étaient utilisés des ruses, subterfuges et expédients juridiques afin de tempérer la rigidité des prescriptions islamiques. Suivant l'idée étudiée précédemment, « Dieu, [écrit Ibn Taimiya], n'a pas voulu imposer à l'homme l'impossible, ni lui interdire ce à quoi la nécessité le contraint quand la nécessité n'est pas le résultat d'une action interdite ». <sup>242</sup>

Pour échapper aux prohibitions coraniques, comme à toute règle de droit religieux pouvant interférer dans ses activités, la pratique marchande mettra en œuvre des expédients, « montages juridiques parfois grossiers que le pouvoir religieux ne manque pas de dénoncer, ou qui, sous la pression économique ou sociale finit par tolérer ». <sup>243</sup>

Pour répondre aux besoins du commerce moderne, le *Fiqh* a en effet réussi à aménager à l'intérieur des catégories classiques des mécanismes flexibles ouvrant la voie à l'intégration aujourd'hui par le droit islamique de toute la technique contractuelle moderne<sup>244</sup>. Ainsi d'après Joseph Schacht :

« Le droit des contrats et des obligations était réglé par une loi coutumière qui respectait les institutions et les principes les plus importants de la Charia, mais faisait preuve de beaucoup de souplesse et de capacité d'adaptation, la complétant sur bien des points (...) Le droit commercial coutumier fut concilié avec la théorie de la Charia par les *hiyals* ou expédients juridiques, qui étaient souvent des fictions juridiques. »<sup>245</sup>

Ces expédients juridiques (inventés par les marchands du Moyen-âge aussi bien arabes que chrétiens) permettent de neutraliser les dispositions impératives les plus gênantes et controversées du système religieux. Il a donc été créé un contre-droit des marchands en marge

---

<sup>241</sup> Alphonse GOUILLY, *L'Islam devant le monde moderne*, Paris, la Nouvelle édition, 1954, p. 37

<sup>242</sup> Arabi OUSSAMA, « Contract stipulations (shurut) in Islamic law : The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya », (1998) 30-1 *Int'l J. Mid. E. Stud.* 30. Voir Précis de droit public, traduction par Henri LAOUST, Beyrouth, 1948, p.171-172

<sup>243</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 296-297

<sup>244</sup> *Id.*, p. 217

<sup>245</sup> J. SCHACHT, préc., note 24, p. 70-71

du droit des religieux qui leur était imposé, dont le modèle des banques islamiques en est aujourd'hui une illustration.<sup>246</sup>

Afin de ne pas bloquer les transactions commerciales, certains expédients juridiques rendent possibles des transactions bancaires. Les pays du Golfe ont par exemple adopté la subdivision française entre droit civil et commercial. Les transactions commerciales échappent ainsi à l'application stricte de la prohibition de l'intérêt. Les opérations bancaires se font donc dans une optique de relance économique permettant aux musulmans d'être égaux avec le monde occidental.<sup>247</sup>

Dans le domaine du droit des obligations, les exigences de la morale islamique ne constituent plus vraiment un obstacle majeur à la réception des techniques occidentales : l'adoption de la règle la plus favorable enseignée par l'une ou l'autre des écoles<sup>248</sup>, la limitation des restrictions qui permettent au juge de tenir compte des intérêts justiciables sont des exemples montrant le rapprochement entre le droit de l'Islam et les droits modernes.<sup>249</sup>

On peut ainsi avancer que deux sortes de moyens permettent d'atténuer la rigueur de ces systèmes, d'une part l'utilisation de substituts à l'intérêt (utilisés par les banques islamiques), d'autre part, la pratique de ruses juridiques, les *hiyals*<sup>250</sup>. Les subterfuges légaux ou expédients juridiques *hiyal char'iyya* sont définis par Joseph Schacht comme étant :

« L'usage de moyens juridiques à des fins extra-juridiques qui ne pourraient être atteintes directement, qu'elles soient elles-mêmes légales ou non, par les moyens fournis par la Charia. Les subterfuges ou expédients permettent à des gens qui, sans cela, sous la pression des circonstances, auraient agi contre les dispositions de la loi sacrée, de parvenir au résultat désiré tout en se conformant réellement à la lettre de la loi ». <sup>251</sup>

---

<sup>246</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 298

<sup>247</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 119

<sup>248</sup> Doctrine al-Takhayour voir Partie II Chapitre 2 (3)

<sup>249</sup> N. COMAIR-OBEID, préc., note 21, p. 120

<sup>250</sup> S. JAHEL, préc., note 23, p. 231

<sup>251</sup> J. SCHACHT, préc., note 24, p. 70-71

L'exemple des intérêts contractuels permet de bien caractériser les assouplissements que peuvent subir les prohibitions fondamentales au vu des besoins induits par le domaine des affaires.<sup>252</sup> Le changement du système économique a conduit la doctrine à une nouvelle interprétation de l'intérêt : à l'époque du prophète la monnaie n'était pas un bien productif, alors qu'aujourd'hui elle est un moyen d'épargne faisant partie des facteurs de production<sup>253</sup>. L'intérêt peut donc apparaître comme une forme légitime de rémunération de l'usage de l'argent prêté. En se fondant sur le principe de nécessité, il a pu être considéré que l'intérêt prohibé en Islam ne doit se rapporter qu'aux prêts qui intéressent les biens de consommation, à l'exclusion des biens de production, leur dépréciation n'étant pas susceptible d'être affectée par le temps. Les biens de production dont la monnaie peuvent être soumis à des intérêts en raison du préjudice que subit l'épargnant du fait de leur immobilisation<sup>254</sup>. L'interdiction de l'intérêt apparaît ainsi contraire au but initial du Coran, qui est de protéger la partie faible du contrat.<sup>255</sup>

La licéité des intérêts se fonde alors sur un principe de compensation et de réparation du préjudice subis du fait de l'immobilisation de la somme monétaire. Ce raisonnement a ainsi permis à de nombreux législateurs arabes d'introduire les taux d'intérêts dans les codifications civiles et commerciales.<sup>256</sup> Par exemple, les codes égyptien, syrien et irakien passent outre cette interdiction et autorisent expressément la pratique de l'intérêt en matière de prêt d'argent, tout en y fixant une certaine limite (7% en droit égyptien et irakien, 9% en droit syrien)<sup>257</sup>.

En outre, selon une tendance doctrinale, les prohibitions coraniques devraient être exclues dans certains échanges internationaux se déroulant hors des territoires islamiques, ou du moins être limitées aux seuls croyants au regard du principe de personnalité des lois<sup>258</sup>. Dans une situation qui se déroule en terre d'Islam, concernant les rapports juridiques d'ordre patrimonial, il semble

---

<sup>252</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 595

<sup>253</sup> *Id.*,

<sup>254</sup> Ahdab ABDUL-HAMID, « L'intérêt en droit musulman », (1983-1984) *Proche Orient- Etudes juridiques* 130-135

<sup>255</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 595-596

<sup>256</sup> *Id.*, p. 596

<sup>257</sup> Voir : art. 227 C.c.Eg. ; art. 228 C.c. Sy. ; art. 172 C.c.Iq. H. AL DABBAGH, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient », (2013) 43-1/2 *RDUS* 424

<sup>258</sup> Le principe de la personnalité des lois, implique la soumission de l'individu à la loi de sa confession.

que les non musulmans aient parfois été contraints de suivre certains impératifs<sup>259</sup> comme la prohibition de l'intérêt. Cependant, ces mesures d'extension disposent d'une grande flexibilité et il aura ainsi été possible que des établissements de crédits dirigés par des juifs et chrétiens se développent en terre d'Islam ce qui a permis à de nombreux musulmans de pratiquer le *Riba* dans leurs relations avec des non musulmans.<sup>260</sup>

Lorsque la situation se déroule hors des terres d'Islam, un courant doctrinal islamique traditionnel hanéfite considère que les prohibitions ne doivent pas s'appliquer lorsque le contrat est conclu dans un territoire *harbi*. Ces opinions sont fondées sur certains *hadiths*, et c'est sur ce fondement que certains traités bilatéraux d'investissement conclus pourtant par l'Arabie Saoudite et certains pays européens<sup>261</sup> prévoient que l'indemnisation en cas d'expropriation « *produit jusqu'à la date de son versement, des intérêts calculés aux taux d'intérêt approprié du marché* ». <sup>262</sup> Ces solutions ne sont cependant pas partagées par toutes les écoles sunnites, en raison notamment du fait que les hadiths sur lesquels elles s'appuient sont douteux. <sup>263</sup>

L'utilisation de ces méthodes et techniques propres au droit musulman permet une conciliation des exigences prohibitives des livres saints et de celles des affaires, mais on peut tout de même douter de leur efficacité. En effet, ces méthodes sont réservées aux personnes connaissant les techniques d'élaboration du droit en Islam. L'assouplissement des prohibitions fondamentales peut s'avérer possible lorsque le *Fiqh* a étendu la portée sur le fondement du principe de nécessité. De plus, dans certaines situations, comme la vente de produits expressément interdits tels que les boissons alcoolisées dans certains pays, aucun expédient juridique ne permet de contourner les prohibitions coraniques pouvant gêner les exigences du commerce moderne. L'arbitre international devrait alors écarter la règle morale islamique et seul le législateur arabo-musulman pourrait alors agir. <sup>264</sup>

---

<sup>259</sup> Uriel SIMONSOHN, « The Christians Whose Force is Hard: Non-Ecclesiastical Judicial Authorities in the Early Islamic Period », (2010) 53-4 *J.Econ. & Soc. Hist. Orient* 590-595

<sup>260</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 598

<sup>261</sup> V.-W. BEN HAMIDA, « L'incidence des intérêts moratoires sur l'exécution des sentences arbitrales dans les pays arabes », (2012) *Rev. Arb.* 539-545

<sup>262</sup> Articles 4 des TBI conclus avec la France, l'Autriche et l'Allemagne, cité in BEN HAMIDA, *Id.*,

<sup>263</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 599

<sup>264</sup> *Id.*, p. 600



Ainsi, lorsque le droit des contrats attaché à la Charia s'applique dans des rapports internationaux, il apparaît comme « dépouillé » des prescriptions qui répondent à des impératifs d'ordre moral voir religieux, ce qui en fait un droit assez flexible ; il est surtout riche des principes généraux du droit international. Cependant, lesdites règles proviennent de sources différentes comme le *Fiqh* ou celles inspirées du droit occidental, ce qui ouvre la voie à des solutions variées imposant un danger d'arbitraire<sup>265</sup>.

#### 4. Le problème de la détermination du corpus de droit musulman

Nous avons vu que le processus de codification a permis d'obtenir un corpus musulman déterminé auquel les juges ou arbitres peuvent se référer, notamment lors d'une situation internationale. Le principe de nécessité a ouvert la voie aux ruses, subterfuges et expédients juridiques par le biais de divers procédés qui ont permis un rapprochement entre législations occidentales et orientales dans le domaine des affaires. Cependant, l'utilisation de ces subterfuges est variable selon les différents Etats et surtout selon les écoles islamiques. Ce paramètre pose un problème en pratique au regard de la détermination du contenu du corpus musulman que les arbitres pourraient utiliser.

La différence des juristes et écoles sur les dispositions du corpus islamique représente les « différentes manifestations de la même volonté divine et sont considérées comme une diversité dans l'unité »<sup>266</sup>. Comme l'a souligné Breiner, « L'Islam refuse la tentation de trouver l'unité seulement dans l'uniformité, même en matière de droit. L'appréciation des différences est un important principe de la loi islamique. »<sup>267</sup>

Les rédacteurs des codes ont volontairement choisi de se placer dans un système rhétorique,

---

<sup>265</sup> M. Jean DEPREZ fait le constat suivant : « la coexistence d'éléments concurrents voire contradictoires au sein de l'ordre juridique global pose de difficiles problèmes d'articulation ... Il peut en résulter, au sens que revêtent ces dans la pensée juridique occidentale, un certain arbitraire, l'insécurité juridique, une conception flottante de la légalité », J.-R. HENRY, M. FLORY, *L'enseignement du Droit Musulman*, coll. Centre de recherches et d'études sur les sociétés méditerranéennes, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1991

<sup>266</sup> Mohammad Hashim KAMALI, « Principles of Islamic Jurisprudence », (2003) 28-2 *Middle East Studies Association Bulletin* 242, 169

<sup>267</sup> B. BREINER, *A Christian View of Human Rights in Islam*, Two Papers on Shari'ah, Birmingham: CSIC Papers, B. Breiner éd, 1992, p. 3

celui du *Fiqh*, ce qui peut parfois poser un problème de compréhension des systèmes pour les pays occidentaux. Certains codes utilisent un adage du *Fiqh* ou un *hadith* du prophète dans des termes anciens, plus réellement d'actualité et parfois même dans des situations inappropriées<sup>268</sup>.

Ainsi, l'amalgame des éléments en provenance des différentes écoles utilisant leur propre logique peut conduire à des contradictions au sein même d'une législation. Par exemple, l'article 177 du Code civil jordanien où figure *khiyar al-chart*, l'option de repentir, à savoir une clause qui autorise le contractant qui en bénéficie à revenir sur son engagement de manière unilatérale et totalement discrétionnaire.<sup>269</sup> L'admission de ce concept contredit l'article 395 du même code qui interdit la condition purement potestative de la part du débiteur. On sait que selon la conception civiliste, une condition qui dépend uniquement de la volonté du débiteur est nulle et entraîne la nullité de l'obligation<sup>270</sup>.

Ces oppositions sont issues des fondements utilisés ou reconnus par chaque école doctrinale islamique. En effet, la Charia ne s'est pas propagée de manière uniforme en terre d'Islam. Au lendemain de la mort du prophète des opinions divergentes existaient quant à l'interprétation de certains versets du Coran, quant à la crédibilité des *hadiths* et à la détermination de l'étendue du *Qiyas* et de son autorité entre les *Fuqaha* de différentes régions<sup>271</sup>. L'opposition majeure entre les Chiites<sup>272</sup> partisans d'Ali, et les Sunnites<sup>273</sup> montre différentes méthodes d'interprétation et de propagation de la Charia.

Ces différences sont plus ou moins fondamentales. L'école hanéfite est par exemple la plus

---

<sup>268</sup> Par exemple, 'la permission légale exclut la responsabilité', 'la nécessité rend licite ce qui est interdit', 'pas de dommage ni de riposte au dommage', 'les musulmans sont liés par leurs stipulations', 'la difficulté provoque la facilité'. Sur ces concepts, voir S. JAHEL, préc., note 184, p. 105

<sup>269</sup> H. AL-DABBAGH, préc., note 110, p. 29

<sup>270</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCKT, *Les obligations*, 3 éd., Paris, Defrénois Lextenso, 2007, p. 714

<sup>271</sup> N. NAJAR, préc., note 33, p. 14

<sup>272</sup> Les trois écoles principales du chiisme aujourd'hui sont l'Imamisme, le Zaydisme et l'Imamisme. Les chiites partagent les croyances selon lesquelles la succession de Mahomet est une désignation divine, Mahomet ayant été choisi par Dieu, son successeur doit l'être également. Le successeur immédiat de Mahomet est son cousin et gendre, Ali. Le successeur de Mahomet et de Ali doit être infaillible, et ne pas commettre d'erreurs.

<sup>273</sup> Les quatre écoles principales du sunnisme aujourd'hui sont le Hanafisme, le Malékisme, le Chafiisme et le Hanbalisme. Ces quatre écoles partagent la plupart de leurs lois, mais diffèrent quant aux sources de leur droit notamment concernant les traditions (*hadiths*) et sur le poids relatif attribué au raisonnement analogique (*Qiyâs*) utilisé pour décider des cas difficiles.

ouverte au niveau des déductions, elle permet l'existence d'une marge de manœuvre interprétative notamment par le procédé de *l'Istislah*. Elle insiste en effet sur la liberté d'opinion, le jugement personnel et la recherche de la solution plus adéquate au cas d'espèce. Elle fait appel au raisonnement individuel mais réserve cependant une place minimale à la Sunna au regard des doutes quant à son authenticité<sup>274</sup>. En revanche, l'école Malékite privilégie les coutumes et les traditions de Médine à l'époque où Mahomet y vivait. La place réservée au raisonnement humain y est donc beaucoup plus restreinte.<sup>275</sup>

L'école Chaféite présente un compromis entre l'école Malékite et hanafite, donc entre les commandements divins et le recours à la raison. Elle valorise la Tradition comme source du droit et insiste sur le consensus, mais le point de vue des savants l'emporte sur l'opinion personnelle.<sup>276</sup> Plus traditionaliste, l'école Hanbalite a tendance à faire valoir la lettre sur l'esprit du texte avec une prédominance de la Sunna parfois même au-delà du Coran, et peu de reconnaissance du *Qiyas* ou de *l'Ijmaa*.

Pour comprendre ces divergences il convient de rappeler que le *Fiqh* islamique est divisé quant à la valeur de la méthode de déduction des solutions par consensus ou *Ijmaa*, principale voie suivie par les sunnites, alors que les chiites limitent le consensus aux seuls cas où la famille du prophète ou l'imam ont adopté la règle. Les chiites préfèrent avoir une foi quasi absolue en l'imam, présumé infaillible et connaître de manière certaine les enseignements de Dieu, à moins qu'ils ne soient minoritaires dans une communauté, auquel cas ils concéderont le pouvoir de décision à la communauté majoritaire. Les Zaydites<sup>277</sup> et Ibadites<sup>278</sup> ont cependant d'autres positions. Le *Qiyas* est rejeté par les chiites. Ils préfèrent la méthode du raisonnement individuel

---

<sup>274</sup> Mathieu GUIDERE, *Les règles juridiques de l'islam sunnite*, Paris, l'Harmattan, 2014, p. 12

<sup>275</sup> *Id.*,

<sup>276</sup> *Id.*,

<sup>277</sup> Les zaydites sont une communauté chiite établie au Yémen ; ils ne reconnaissent que les quatre premiers imams descendants de Ali. Ils rejettent le consensus. Ils lui reprochent son impracticabilité et son caractère conjectural.

<sup>278</sup> Communauté hérétique ou kharijite qui ne reconnaît que les deux premiers califes de l'Islam, et qui rejette tant la succession de Ali que le système du califat suivi par les musulmans sunnites orthodoxes. Les ibadites reconnaissent au consensus une certaine valeur mais en général moindre.

fondé sur la raison (*aaql*)<sup>279</sup>.

Le *Fiqh* diverge également quant aux sources subsidiaires de droit. Le point fondamental de divergence entre chiites et sunnites porte sur la valeur des croyances et opinions de l'imam. Les chiites ont une foi quasi absolue en ses connaissances. Les sunnites sont en revanche plus attachés aux méthodes d'interprétation des sources premières de l'Islam et aux enseignements doctrinaux établis par les *Fuqaha*<sup>280</sup>.

Toutes les écoles de la jurisprudence islamique reconnaissent généralement le Coran et la Sunna comme les principales sources de la loi islamique. Les divergences résultent cependant de problèmes d'interprétation sur certains versets ou traditions, ce qui reflète les différentes cultures ou les écoles ont pu évoluer<sup>281</sup>.

La forte présence de plusieurs rites et écoles islamiques adhérant à de multiples enseignements de la Charia a conduit à une incohérence et incompréhension des dispositions relatives à la Charia ; à un rejet, une méfiance à l'égard du droit musulman en général par les pays à culture occidentale civiliste ou de common law. Le caractère pluraliste et doctrinal du corpus musulman rend son interprétation malaisée par les tribunaux aujourd'hui. Cela fut confirmé dans la décision des tribunaux judiciaires *Shamil Bank of Bahrain E.C v Beximco Pharmaceuticals Ltd. And others* (2003) ou *Beximco Case*<sup>282</sup>, concernant un différend sur un accord de financement spécifiquement islamique appelé *Morabaha* ; la clause de droit applicable déclarait : « Subject to the principles of Glorious Shari'a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England. »

La cour examina la revendication sur l'accord, et plus qu'une question de choix de loi elle mis de côté la Charia au profit de la loi de l'Angleterre. Confirmant la décision du tribunal inférieur la Cour d'appel anglaise déclara :

---

<sup>279</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 15

<sup>280</sup> *Id.*,

<sup>281</sup> A. DAURA, « A Brief Account of the Development of the Four Sunni Schools of Law and Some Recent Developments », (1968) 2 *J Islam & Comp L* 1

<sup>282</sup> *Beximco Pharmaceuticals Ltd and others v. Shamil Bank of Bahrain*, préc., note 18. Voir Julio C. COLON, préc., note 18, p. 411-436

« It was the evidence of both experts that as far as the principles of Shari'a law were concerned, 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.»<sup>283</sup>

Les juges écartaient la Charia face à son manque de fiabilité. Les juges l'ont qualifié de discrétionnaire, embryonnaire, imprévisible face notamment à la multitude d'écoles, à l'absence d'interprétation uniforme et de consensus<sup>284</sup>. Nous verrons cependant que cette opinion est loin d'être partagée universellement aujourd'hui dans le domaine de l'arbitrage international.

---

<sup>283</sup> *Id.*, Voir aussi Nicholas H. D. FOSTER, « Islamic Finance Law as an Emergent Legal System », (2007) 21 *A.L.Q.* 170 Voir aussi : Jeffrey A. TALPIS, « L'accomodement raisonnable en droit international privé Québécois », *Thémis*, 2009, p. 54-61 et s.

<sup>284</sup> M.-H. REDA, préc., note 39, p. 39-40

## **PARTIE II : RÉCEPTION ET APPLICATION DE LA CHARIA DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL**

Face à la mondialisation et aux progrès économiques, les pays de l'Islam ont trouvé des palliatifs afin de s'adapter aux différentes évolutions. Du fait du boum pétrolier, les pays impliqués dans des transactions à l'échelle internationale devaient trouver un terrain d'entente entre leurs traditions religieuses et les exigences du commerce international en matière financière. Le droit musulman a alors su s'adapter et démontrer une nature flexible pouvant répondre aux exigences mondiales.

Les mouvements de codification ont largement contribué à améliorer la réception et l'application de la Charia dans des situations à caractère international. Il conviendra donc présentement d'envisager la manière et l'étendue de la réception et de l'application de la Charia dans l'arbitrage international.

Ainsi, dans le chapitre 1 nous verrons la réticence initiale face à l'application du droit musulman et de la Charia dans un arbitrage international, cette élaboration doctrinale subissant de vives critiques. Cependant, grâce à l'étude de différentes sentences nous constaterons l'évolution de cette réception. Cela nous conduira logiquement aux possibilités d'application de la Charia dans l'arbitrage international au sein du chapitre 2.

Il sera possible de constater que de plus en plus la Charia, plus précisément le droit musulman, peut se présenter comme applicable dans un arbitrage international, différentes modalités ayant aidé à cette progression. L'instauration d'un système bancaire islamique, parallèlement aux banques d'affaires occidentales, qui rejette l'usure et le prêt à intérêt est un exemple concret d'un paramètre ayant aidé à cette application ; tout comme la possibilité d'adopter pour une solution déterminée des règles d'une autre école que celles suivies dans le pays<sup>285</sup>.

Nous pourrions constater les progrès réalisés par le droit musulman afin de répondre aux

---

<sup>285</sup> Doctrine *al-Takhayour* Chapitre 2 (3). Voir Y. LINANT DE BELLEFONDS, préc., note 101, p. 15

exigences mondiales ainsi que la position actuelle des pays occidentaux dans des arbitrages impliquant Orient et Occident.

## **CHAPITRE 1 : Le refus d'application de la Charia dans un arbitrage international**

A travers ce développement nous tenterons de mettre en pratique les informations données dans l'étude de la normativité de la Charia. En effet, la Charia a fait l'objet de vifs débats, et nous avons pu voir avec le *Beximco case* quelques raisons à l'origine du rejet d'application de cette dernière, comme l'absence d'uniformité du droit musulman ou la diversité des écoles islamiques.

Dans ce chapitre nous tenterons d'étudier les décisions qui, à l'origine, ont conduit à un refus catégorique d'application de la Charia dans un arbitrage international. En effet, au regard de l'étude que nous avons porté sur le contenu de la Charia et du droit musulman dans le domaine économique, l'exclusion initiale de la Charia *in globo* était-elle justifiée ?

Il conviendra d'engager une perspective historique avec en premier lieu le rejet *in globo* de la Charia dans l'arbitrage international dans l'épisode des sentences pétrolières (1). Nous constaterons ensuite quelques timides évolutions dans la réception de cette dernière dans l'arbitrage international (2).

Cependant de vives critiques ont été apportées face à ces sentences (3), que certains ont parfois pu qualifier d'arbitraires. La poursuite de cette partie nous conduira à envisager le problème d'un conflit de culture (4) qui se présente comme un autre facteur à l'origine du rejet du droit musulman dans l'arbitrage international.

## 1. Le rejet « in globo » de la Charia par les sentences pétrolières

Les sentences pétrolières démontrent le refus initial, voir catégorique, d'application de la Charia dans un arbitrage commercial international. Ces sentences remontent aux années 1950 et se divisent en plusieurs épisodes.

La première opposait le Cheikh d'Abu Dhabi à la société Petroleum Development Ltd., sentence rendue en 1951 par Lord Asquith of Bishopstone<sup>286</sup>. En janvier 1939, le Cheikh d'Abu Dhabi avait conclu un contrat avec la société Petroleum Development Limited (Trucial Coast) dans lequel le Cheikh d'Abu Dhabi prétendait transférer à ladite compagnie un droit exclusif de forer une certaine zone d'Abu Dhabi. En vertu de ce contrat, certaines zones notamment maritimes n'étaient pas déterminables lors de la signature de la convention et se retrouvaient de ce fait, soumises selon le droit musulman à une des prohibitions coraniques majeure, à savoir la prohibition de l'aléa. La question du droit applicable au litige prenait donc une place importante.

Dans le cadre de notre étude nous nous concentrerons particulièrement sur la question de la « *proper law of the contract* », question qui nous conduit à envisager l'exclusion de la Charia dans cet arbitrage et ses motifs. Sur cette question, Lord Asquith of Bishopstone retient différents éléments de rattachement qui, selon lui, devaient aboutir à désigner la loi d'Abu Dhabi comme loi applicable « *prima facie* ».<sup>287</sup>

L'arbitre exclut toutefois ce droit au motif :

« Qu'on ne peut raisonnablement dire qu'une telle loi existe (la Charia). Le Cheikh applique une loi purement discrétionnaire avec l'assistance du Coran. Il serait imaginaire de suggérer que dans cette région primitive, il y ait un corps établi de principes légaux applicables à l'interprétation d'instruments de commerce modernes. »<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> *Cheikh d'Abu Dhabi v. Société Petroleum Development Ltd*, (1952) 1 I.C.L.Q. (4) 247

Voir aussi *Cheikh d'Abu Dhabi v. Société Petroleum Development Ltd*, (1951) I.L.R. (19) 144

<sup>287</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 142

<sup>288</sup> *Cheikh d'Abu Dhabi v. Société Petroleum Development Ltd*, I.C.L.Q., préc., note 286, p. 247



Ainsi, d'après cette sentence, le contrat devait être gouverné par :

«The principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilized nations, a sort of modern law of nature. (...) But albeit English municipal law is inapplicable as such, some of its rules are in my view so firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence - this modern law of nature. »<sup>289</sup>

L'arbitre trancha alors le litige, c'est-à-dire détermina les zones englobées par la convention conformément aux principes généraux du droit ancrés dans la pratique générale et commune des nations civilisées et dans le droit anglais<sup>290</sup>. La partie arabe fut déboutée. Les principes généraux ont servi de substitution et justifiaient l'exclusion *in globo* du droit musulman et de ses principes. Dans cette décision, les arbitres n'explicitent pas les motifs précis contenus dans le droit musulman qui sont à l'origine de leur décision. On comprend cependant que c'est la détermination du contenu de ce droit qui pose problème aux arbitres, ces derniers ne pouvant se référer à un corps de principes déterminé et applicable.

Dans la continuité de cette décision une autre sentence fut rendue. Cette sentence *Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company, ltd*<sup>291</sup> a été rendue en 1953 par sir Alfred Bucknill. La situation factuelle était sensiblement la même. En 1949 le Cheikh du Qatar avait signé avec *International Marine Oil company*, un contrat lui accordant une concession pour l'exploitation d'une zone appartenant aux eaux territoriales qataries, ainsi que d'autres zones limites. Un litige est apparu du fait que selon certaines dispositions du droit musulman, les sommes d'argent investies par la société étrangère ne pouvaient être remboursées.

La première question était de savoir si la loi appropriée à appliquer dans la construction de l'accord principal était la loi islamique ou les principes de justice naturelle et d'équité. La loi qatarie se présentait comme la loi normalement applicable au fond du litige. Cependant, l'arbitre a émis des réticences à cette application du droit qatarie :

---

<sup>289</sup> *Cheikh d'Abu Dhabi v. Société Petroleum Development ltd*, I.L.R., préc., note 286, p. 145-146

<sup>290</sup> *Id.*, p. 144-145

<sup>291</sup> *Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company, ltd*, (1953) I.L.R. (21) 534

« [...] After hearing the evidence of the two experts in Islamic Law, ‘there is no settled body of legal principles in Qatar applicable to the construction of modern commercial instruments’ to quote and adapt the words of Lord Bishopstone, in his award <sup>292</sup> as referee in an arbitration in 1951 : « [...] I have no reason to suppose that Islamic Law is not administered there strictly, but I am satisfied that the law does not contain any principles which would be sufficient to interpret this particular contract. » <sup>293</sup>

L’inadaptation, l’insuffisance de la loi Qatarie est ici clairement déclarée :

« Arising out of that reason is the second reason, which is that both experts agreed that certain parts of the contract, if Islamic law was applicable, would be open to the grave criticism of being invalid. According to Professor Milliot, the Principal Agreement was full of irregularities from end to end according to Islamic Law, as applied Qatar. This is a cogent reason for saying that such law does not contain a body of legal principles applicable to a modern commercial contract of this kind. »<sup>294</sup>

L’arbitre a ainsi décidé de ne pas appliquer la loi qatarie, loi islamique, dont le contenu fixé par un expert était incertain au regard du risque d’annulation du contrat. La demande de la partie arabe fut rejetée. On peut voir à travers ces décisions le rejet *ab initio* de la loi islamique, sans réel approfondissement sur les motifs de cette exclusion. Malgré sa reconnaissance comme loi compétente, la loi islamique est rejetée face au problème de détermination du contenu de la Charia.

Le dernier épisode des sentences pétrolières se retrouve dans la sentence *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)* en date de 1958.<sup>295</sup> Cette sentence a permis de préciser la jurisprudence des premières sentences pétrolières. Le problème portait sur la qualification et sur la détermination du droit applicable au régime juridique d’une concession pétrolière. La démarche était la même que pour les sentences précédentes, après avoir relevé que le droit musulman, tel qu’il est enseigné par l’école hanbalite devait s’appliquer, le tribunal exclut ce droit au motif que les pouvoirs théocratiques sont confondus en droit musulman avec

---

<sup>292</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 161

<sup>293</sup> *Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company, Ltd*, préc., note 291, p. 545

<sup>294</sup> *Id.*,

<sup>295</sup> *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, (1963) I.L.R. (27) 117

le pouvoir de légiférer. La compétence législative appartenant exclusivement aux monarques, seuls les ulémas et docteurs (*Fuqaha*) sont habilités à donner une interprétation des règles dégagées par le *Fiqh*.<sup>296</sup>

Dans cette décision, est à nouveau précisé l'insuffisance et l'inadaptation du droit musulman : « Moslem law, as taught by the Hanbali school, is law which is not sufficiently developed to determine the legal nature of the operations involved in the exploitation of petroleum ».<sup>297</sup> À nouveau, la « précarité » et l'inadaptation du droit musulman aux exigences du commerce moderne sont présentes. La loi de l'Arabie Saoudite ne contenant aucune règle précise relative à l'exploitation des gisements pétroliers, et, des doutes persistants sur le contenu du droit saoudien, ce dernier fut écarté pour des raisons dites « objectives ». Le tribunal arbitral s'est appuyé sur le principe général de force obligatoire des contrats qui s'impose aux cocontractants et qui correspond à un « droit naturel moderne ». Principe qui se justifie davantage au regard du droit international que d'un droit national.<sup>298</sup>

Les arbitres ont ainsi conclu qu'il était nécessaire de recourir aux principes généraux du droit pour interpréter, voire compléter les droits et obligations respectifs des parties.<sup>299</sup> En effet, un contrat ne peut être régi par un « vide législatif », et les arbitres ont besoin d'une loi ou d'un corps de principes déterminé. C'est ainsi que le recours au droit transnational permet de rendre intelligibles les règles de droit qui s'appliquent à des personnes, des biens, des actes ou des faits juridiques qui traversent les frontières nationales. Le droit transnational s'applique en effet à un « processus » par lequel les acteurs choisissent le droit applicable à leurs relations, en fonction d'un besoin concret<sup>300</sup>. Le choix sur le droit applicable en l'espèce a ainsi permis d'apporter un *corpus juris* suffisamment malléable pour qu'il puisse en tirer les conséquences nécessaires et assurer les droits respectifs des parties.<sup>301</sup>

---

<sup>296</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 144

<sup>297</sup> *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, préc., note 295, p. 162

<sup>298</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 144

<sup>299</sup> *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, préc., note 295, p. 168

<sup>300</sup> Gilles LHUILIER, *Le droit transnational*, coll. Méthodes du droit, Rennes, Dalloz, 2016, p. 6-7

<sup>301</sup> Henri BATIFFOL, « La sentence ARAMCO et le droit international privé », (1964) 53 *rev. crit. D.I.P* 651

Au vu des lacunes de la loi saoudienne, le tribunal sera conduit à déterminer les principes applicables en recourant à la coutume et à la pratique mondiale.<sup>302</sup> Le droit de l'Arabie Saoudite a finalement été déclaré :

« en principe applicable, mais avec l'important correctif que ce droit doit, au besoin, être interprété ou complété par les principes généraux du droit, les usages suivis dans l'industrie pétrolière et les données de la science juridique pure, notamment lorsque certains droits privés qui doivent nécessairement être reconnus au concessionnaire à peine de priver la concession de sa substance, ne lui seraient pas assurés d'une manière indubitable par le droit en vigueur dans l'Arabie Saoudite »<sup>303</sup>.

Dans l'ensemble de ces sentences, pour éviter les éléments contraignants de la Charia, les arbitres internationaux n'ont pas hésité à la condamner *in globo* ; la Charia leur a paru « embryonnaire », « précaire », « incertaine » ou « inapte à régir les techniques évoluées du commerce international moderne ». Face aux lacunes reprochées à ces droits, les arbitres les ont substitué ou complété avec des normes transnationales et des « principes généraux du droit communs aux nations civilisées » ou droit naturel moderne.<sup>304</sup> On perçoit que le problème de ces sentences reposait essentiellement sur la détermination du contenu du droit musulman et sur son manque de modernité qui ne permettait pas de répondre aux besoins en l'espèce. Cela conduisait nécessairement à l'impossibilité de répondre aux exigences du commerce mondial aux yeux des arbitres non familiers avec les droits orientaux.

## 2. Évolution de la réception de la Charia dans un arbitrage international

Une autre série de sentences mettant en cause l'Etat libyen prolonge l'épisode des sentences pétrolières, mais démontre cependant une certaine évolution. Dans ces trois affaires, la même question était à résoudre : quelles étaient les conséquences des lois libyennes de nationalisation, promulguées en 1971 et 1974 sur les droits des étrangers bénéficiaires de concessions

---

<sup>302</sup> *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, préc., note 295, p. 171

<sup>303</sup> François RIGAUX, « Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale », (1978) 67 *rev. crit. D.I.P* 439

<sup>304</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 144

pétrolières délivrées par l'Etat libyen en vertu d'une loi sur le pétrole en date du 21 avril 1955<sup>305</sup> ?<sup>306</sup>

Les sociétés étrangères désiraient invalider les nationalisations et obtenir une restitution intégrale des sommes investies dans les concessions. Les trois contrats de concession contenaient une clause identique qui prévoyait :

« La présente concession sera régie par les principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes de droit international ; et en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux de droit international, elle sera régie et interprétée conformément aux principes généraux du droit étant compris ceux de ces principes dont il a été fait application par des juridictions internationales. »<sup>307</sup>

Dans deux des trois affaires qui seront présentées, il sera reproché aux arbitres de s'être éloignés de cette clause et d'avoir déterminé le droit applicable au fond du litige, ce qui a conduit à l'exclusion du droit libyen.

Dans la sentence *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Gouvernement of the Libyan Arab Republic*<sup>308</sup> en date de 1973, l'arbitre appliqua au fond du litige les principes communs au droit libyen et au droit international, puis les seuls principes généraux du droit. L'arbitre retint le droit danois, droit du siège pour régir la procédure, ce qui lui permit de désigner librement la règle de conflit appropriée en l'absence de choix exprès des parties, alors que la Libye n'est pas signataire de la Convention de Genève en date de 1962 prévoyant ces modalités de choix.<sup>309</sup>

---

<sup>305</sup> La Loi pétrolière de 1955 permet aux compagnies étrangères d'explorer et d'exploiter les ressources d'un sous-sol considéré comme riche en réserves. En 1971, la Libye nationalise BP, puis en 1973, toutes les compagnies étrangères. Durant les années 1972-1973, le gouvernement libyen nationalise le secteur des hydrocarbures et met un terme à l'hégémonie de plus de 42 compagnies étrangères dans l'exploitation du pétrole depuis sa découverte en 1959.

<sup>306</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 144

<sup>307</sup> *Id.*, p. 145

<sup>308</sup> Margarita T. B COALE, « Stabilization clauses in International Petroleum Transactions », (2001-2002) 30 *Den. L.J. Int'L P.* 231

<sup>309</sup> L'article 7 de la Convention de Genève de 1962 permet à l'arbitre de déterminer librement la règle de conflit appropriée en l'absence de choix exprès des parties. N. NAJJAR, préc., note 33, p. 145

Dans une autre affaire *Texaco Overseas Oil Petroleum Co. California Asiatic Oil Co. V. Gouvernement of the Lybian Arab Republic* (TOPCO) en date de 1977<sup>310</sup>, il s'agissait également d'un problème de nationalisation. Dans cette sentence, l'arbitre exclut le droit libyen au profit d'un principe de droit international et plus particulièrement de la règle *pacta sunt servanda* qui, selon lui, s'impose à toutes les parties. L'arbitre fit application du seul droit international auquel s'intégrait le droit libyen.<sup>311</sup> L'arbitre soutient alors que lorsqu'un contrat est régi à un niveau international, les actes des parties sont égaux et l'Etat hôte est tenu par les garanties qu'il a offertes à l'investisseur. Le droit de nationaliser, droit reconnu par le droit international, ne peut habiliter un Etat à ne pas tenir ses engagements. Sur ce fondement, les sociétés pouvaient rester bénéficiaires des sommes investies dans les concessions.

En somme, dans les sentences *BP et TEXACO* les arbitres sont parvenus à l'exclusion du droit libyen en tant que tel, face à la question de l'illicéité des mesures de nationalisation et de l'internationalisation du contrat.

La problématique de l'insuffisance du droit musulman se perpétua dans les années 1970 même si l'exclusion dispose en l'espèce de justifications au regard du caractère international du contrat.

Une réelle évolution apparue dans les années 1980 avec une troisième sentence impliquant toujours le droit Libyen : *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*<sup>312</sup>. Cette sentence a conduit un tournant décisif car elle fut la seule prenant réellement en compte les données législatives particulières du droit Libyen. Elle prit en considération la clause relative au droit applicable au fond qui fit application de l'ensemble du *corpus juris* Libyen. Aux termes de la clause du contrat, la loi applicable au fond du litige était la loi libyenne pour ce qui n'allait pas à l'encontre des principes du droit international<sup>313</sup>. L'arbitre rechercha la solution dans les sources naturelles du droit libyen, énumérées à l'article premier du Code Civil libyen<sup>314</sup>.

---

<sup>310</sup> *Texaco Overseas Oil Petroleum Co. California Asiatic Oil Co. v. Gouvernement of the Lybian Arab Republic* (TOPCO), (1977), M. T. B COALE, préc., note 308, p. 232

<sup>311</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 145

<sup>312</sup> *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1980), voir M. T. B COALE, préc., note 308, p. 234

<sup>313</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 146

<sup>314</sup> Article 1<sup>er</sup> C. civ libyen dispose : « A défaut de texte législatif applicable, le juge devra conformément aux

En analysant la clause stabilisatrice, l'arbitre a trouvé que cette clause « was justified not only by the said Libyan petroleum legislation, but also by the general principle of the sanctity of contracts recognised also in municipal and international law ». <sup>315</sup> Il continua sur le fait que les accords de concession de LIAMCO étaient contraignants et ne pouvaient donc valablement être résiliés à moins qu'il y ait « mutual consent of the contracting parties, in compliance with the said principle of the sanctity of contracts and particularly with the explicit terms of Clause 16 of the agreements ». <sup>316</sup>

L'arbitre tenta de concilier ces sources avec les principes généraux du droit. La sentence *LIAMCO* a retenu le droit libyen pour régir à titre principal le fond du litige auquel s'incorpore le droit international. Il s'agit de la seule sentence à confirmer le principe de licéité de la nationalisation considérée comme un acte licite dans la mesure où aucune discrimination n'en résulte. <sup>317</sup> Il était dès lors possible d'appliquer les dispositions particulières du Code Civil libyen.

Dans ce cas le droit musulman n'a pas été écarté d'office. L'arbitre a admis que la nationalisation, c'est à dire la souveraineté de l'Etat sur ses ressources naturelles, fait partie des règles de droit international. Ainsi, si un État doit s'abstenir de son droit de nationaliser, il est nécessaire que ledit contrat relève de l'ordre juridique international. <sup>318</sup> Le pouvoir de nationaliser n'est restreint que par le droit international qui accorde à chaque Etat ce pouvoir, et notamment par les limitations que l'Etat a librement acceptées dans l'ordre juridique international. <sup>319</sup> C'est ici le fait d'affirmer la licéité des mesures de nationalisation qui a conduit à pouvoir appliquer le droit libyen.

Il faut dès lors démontrer que lorsque l'on se trouve dans la situation d'un contrat d'Etat, c'est-à-dire un contrat passé entre un Etat et une entreprise étrangère, la référence au droit

---

principes du droit islamique ou, à défaut, selon la coutume ou encore par référence au droit naturel et aux règles de l'équité ».

<sup>315</sup> M. T. B COALE, préc., note 308, p. 234

<sup>316</sup> *Id.*,

<sup>317</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 146

<sup>318</sup> F. RIGAUX, préc., note 303, p. 436

<sup>319</sup> *Id.*, p. 437

international a pour effet de conduire ce dernier au niveau de l'ordre juridique international ; cette internationalisation conduit à ce que le contrat soit soustrait aux pouvoirs souverains de l'Etat contractant<sup>320</sup>. Emmanuel Gaillard<sup>321</sup> en donne une illustration, utilisant la théorie de l'ordre juridique comme une méthode. Les arbitres internationaux choisissent le droit applicable à une situation transnationale en comparant les différents droits en concours pour appliquer celui qui apporte la meilleure solution à une question concrète ou celui qui est commun au plus grand nombre d'ordres juridiques nationaux.<sup>322</sup>

Le phénomène d'internationalisation des sources contribue en effet à affranchir la règle de conflit de la dépendance exclusive du droit interne<sup>323</sup>. Dans l'affaire pétrolienne lybienne l'arbitre constate en effet que :

«Il est bien évident que ne saurait être internationalement critiquée une mesure de nationalisation concernant des nationaux de l'Etat pas plus que celles atteignant des étrangers à l'égard desquels il n'aurait souscrit aucun engagement particulier de garantir le maintien de leur situation. Dans l'hypothèse où l'Etat nationalisateur a conclu avec une entreprise étrangère un contrat prenant sa source dans le droit interne de cet Etat et entièrement régi par lui, le règlement de la situation nouvelle créée par la nationalisation relèvera des dispositions légales et réglementaires en vigueur».<sup>324</sup>

Avant l'analyse de la clause d'arbitrage et de la clause de droit applicable, le tribunal déclare tenir d'emblée pour acquis que les contrats de concession litigieux se situent dans le domaine du droit international, et que celui-ci leur donnerait le droit de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractuelles. Cela paraît impliquer que le contrat d'Etat, de par ses seules données objectives, relève du droit international. Le contrat est internationalisé par deux éléments subjectifs déduits de l'accord de volonté à savoir, la référence aux principes généraux du droit dans la clause sur le droit applicable et la clause d'arbitrage, et par un élément objectif, la qualité d'accord de développement économique attribuée au contrat de concession.<sup>325</sup>

---

<sup>320</sup> *Id.*, p. 437-438

<sup>321</sup> E. GAILLARD, « Transnational Law: a legal system or a method of decision making? », (2001) 17-1 *Arb. Int.* 53

<sup>322</sup> G. LHUILIER, préc., note 300, p. 25

<sup>323</sup> Yvon LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois » dans *Droit International privé : Travaux du comité français de droit international privé*, Journée du Cinquantenaire, Persée, 1988, p. 83

<sup>324</sup> F. RIGAUX, préc., note 303, p. 440

<sup>325</sup> *Id.*, p. 443-444



Berthold Goldman constatait que des normes juridiques privées comme les sentences des tribunaux arbitraux instituées par un contrat de droit privé prenaient une importance de plus en plus grande. L'ensemble des relations économiques internationales paraissaient échapper à l'emprise d'un droit étatique, voire d'un droit uniforme intégré dans la législation des Etats qui y ont adhéré, pour être aménagées et gouvernées selon des normes d'origine professionnelle, ou des règles coutumières et des principes que les sentences révèlent, à moins qu'elles ne les élaborent.<sup>326</sup>

Le cas particulier des contrats d'Etats a parfois conduit à écarter les droits musulmans non pas pour leur caractère précaire, mais au profit de règles créées pour répondre à des besoins. Les *corpus juris* établis étant largement détachés de la Charia notamment grâce à l'apport des codifications, la modernité et le contenu des différents droits musulmans n'est pas contesté ici<sup>327</sup>. La seule problématique serait l'inadaptation d'un droit étatique à s'appliquer et résoudre les problématiques issues d'un contrat d'Etat.

La sentence *LIAMCO* a été suivie de la sentence ad hoc *Aminoil c. Gouvernement koweïtien* en date du 24 mai 1982.<sup>328</sup> Cette sentence fut conciliante à l'égard du droit musulman. Les arbitres considéraient le droit koweïtien comme applicable au litige : « Kuwait law is a highly evolved system as to which the government has been at pains to stress that established public international law is necessarily a part of the law of Kuwait ».

Cette reconnaissance de la modernité et de l'application de la loi du Koweït fut cependant tempérée par certaines constatations. Les arbitres constataient que le gouvernement koweïtien avait du mal à démontrer que les principes établis de droit international faisaient partie du droit koweïtien et que ce dernier avait vocation, justification, à s'appliquer aux concessions pétrolières. L'autre raison était que la loi du Koweït devait être exclu car les sources étatiques étaient inadaptées aux contrats internationaux complexes. C'est donc la nature complexe de certains litiges internationaux et l'importance des enjeux en cause qui commandaient en

---

<sup>326</sup> B. GOLDMAN, « Frontières du droit et 'lex mercatoria' » (1964) 9 *Arch. philo. dr.* 177

<sup>327</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 257, p. 387

<sup>328</sup> *Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Tribunal ad hoc, 24 mai 1982, (1984) 9 Y.C.A. 71

l'espèce que le litige soit internationalisé, et à nouveau soumis à des principes généraux du droit<sup>329</sup>.

On peut ainsi constater que la critique de « la précarité », de l'absence de modernité du droit musulman, a disparu dans les années 1980. Le cas particulier des contrats d'Etats a par exemple permis de compléter les insuffisances de certains droits avec les principes de droit international pour des secteurs particuliers. Le caractère complexe de certains litiges internationaux se présente comme un frein à l'application des droits étatiques. Il ne s'agissait donc pas d'une exclusion per se du droit musulman au vu de sa nature.

### **3. De vives critiques aux méthodes d'exclusion de la Charia : « La crise de l'arbitrage international »**

L'impact des sentences arbitrales susmentionnées fut énorme et on parla de « crise de l'arbitrage international »<sup>330</sup>. L'hostilité des pays arabo-musulmans fut d'autant plus perceptible que la Charia y est perçue comme une riche source de droit, un corps législatif à part entière, souple, susceptible d'évolution et d'adaptation aux nécessités des affaires.<sup>331</sup> M. S. Jahel écrivait à ce sujet <sup>332</sup> :

« Le plus étonnant de ces décisions, sévèrement critiquées par la doctrine internationaliste, c'est de voir qu'elles ont été rendues sans examen sérieux du contenu de la loi évincée. En fait, toutes les notions que ces juges et arbitres pensent n'avoir pas trouvé dans les droits en question (à vrai dire l'imprécision des motifs dans les sentences arbitrales, en particulier), ne permet pas de cerner avec certitude que la difficulté rencontrée se trouve en bonne place dans la plupart des systèmes concernés. »

Ainsi, le refus d'application du droit musulman n'était pas réellement justifié dans les motifs des sentences, si ce n'est que par des qualifications de « droit inadapté, primitif ou précaire ».

---

<sup>329</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 147

<sup>330</sup> Jean Claude DELAUNAY, *Services cultures mondialisation : les services juridiques dans les relations économiques euro-arabes*, Louvain-La-Neuve, De Boeck Université, 1994, p. 162-170

<sup>331</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 145

<sup>332</sup> S. JAHEL, préc., note 38, p. 289

Des critiques sont donc apparues au regard d'une certaine « hiérarchisation des différents systèmes juridiques ». Philippe Fouchard<sup>333</sup> considérait ainsi que :

« la référence aux lois des nations civilisées est difficilement acceptable, [...] abstraction faite de toute considération d'ordre public ou économique, les progrès du droit comparé suffisent à écarter l'idée même d'une hiérarchisation entre ces divers systèmes juridiques qui maintiendrait une forme subtile d'échange inégal ».

De nos jours, même si une certaine forme de hiérarchisation peut parfois subsister chez certains auteurs<sup>334</sup>, en droit commercial les parties fuient les conflits de lois en faveur soit des négociations dans lesquelles les différences juridiques sont conciliées, soit pour un ordre juridique commercial et international, dépassant les systèmes juridiques étatiques<sup>335</sup>. Ces formes de hiérarchisation apparaissent ainsi parfois comme injustifiées notamment dans le domaine des affaires.

Des critiques ont donc été faites face aux méthodes d'exclusion du droit musulman. Établir des hiérarchies entre les niveaux de développement des droits fut une des principales critiques de la sentence rendue par Lord Asquith de Bishopstone. La richesse des droits de certains pays en développement et notamment des pays arabes, est difficilement contestable même si leur application risque de poser des problèmes d'accessibilité à des arbitres européens.<sup>336</sup>

Pour comprendre ces critiques, il faut tout d'abord se référer au rôle et méthodes utilisées par les arbitres. Lorsque les parties déterminent le droit applicable au fond du litige, l'arbitre est en principe tenu de l'appliquer. A défaut de choix, il peut déterminer le droit applicable. Il semble cependant que les arbitres, hésitent parfois à statuer en pure équité et d'après les circonstances d'espèces.<sup>337</sup>

---

<sup>333</sup> Sous Cour de Cassation française, 1<sup>e</sup> ch. Civ., du 29 octobre 1974, *Jour. dr. Int.* 1975 314

<sup>334</sup> Voir Raymond LEGAIS, « Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative », (2009) 61-1 *RIDC* 224-226

<sup>335</sup> H. Patrick GKENN, « La tradition juridique nationale », (2003) 55-2 *RIDC* 267

<sup>336</sup> Yves DERAÏNS, sous sentence CCI n°4145 de 1984, (1985) 112-3/4 *Jour. dr. Int.* 988

<sup>337</sup> H. BATIFFOL, préc., note 301, p. 654

L'arbitre peut alors opter pour différentes méthodes, à savoir la méthode conflictuelle<sup>338</sup>, méthode qui respecte la prévisibilité des solutions mais qui pose une limite lorsque les règles de conflit ne s'accordent pas. La règle de conflit de lois ne permet en effet pas toujours de maîtriser les données complexes du litige international.<sup>339</sup> Cette méthode aboutit à désigner une loi étatique indépendamment des résultats escomptés. En effet, le caractère indirect de la règle de conflit fait qu'elle se contente de désigner la loi applicable sans résoudre le problème de fond. La règle de conflit est neutre dans la mesure où c'est essentiellement l'intensité du lien qu'elle présente avec tel ou tel Etat qui dicte le rattachement du rapport de droit ; et également du fait que la localisation des rapports de droit présente un caractère mécanique qui a pour seule préoccupation d'apprécier l'intensité respective de ces rattachements.<sup>340</sup> Lorsqu'un arbitre ou juge résout un conflit de lois, il n'a pas à se préoccuper de la teneur respective des lois en présence ; les problèmes relatifs au fond du droit sont mis à part. La règle de conflit n'ayant à s'intéresser que de façon indirecte à la désignation de la loi applicable.<sup>341</sup>

Autre méthode utilisée, celle des principes généraux, qui consiste à dégager de l'ensemble des principaux systèmes de droit international privé en présence, de la jurisprudence arbitrale et des conventions internationales, des principes communs généralement acceptés par la communauté internationale.<sup>342</sup> L'arbitre doit pouvoir, à défaut de choix des parties, écarter une loi étatique au profit de « règles de droit » du commerce international<sup>343</sup>, ce qui fut d'ailleurs le cas dans plusieurs des sentences évoquées. Il faut savoir que l'exclusion d'une *lex causae* au profit de règles transnationales peut être un choix de l'arbitre. En effet, contrairement au juge étatique qui applique le droit national ou les conventions internationales, l'arbitre international est

---

<sup>338</sup> Il s'agit d'une méthode indirecte de résolution des conflits de loi. La méthode de résolution des conflits ne donne pas de réponse directe, elle va désigner la loi qui va répondre à la question, en principe on ne s'occupe pas du contenu de la loi désignée, c'est une solution neutre. Pierre MAYER, *The application of Substantive Law by international Arbitrators*, coll. ICC Institute of World Business Law, Chambre de Commerce Internationale - C.C.I., 2014, p. 230

<sup>339</sup> Gerhard KEGEL, "The crisis of Conflict of Laws", (1964) 112 *RCADI* 92

<sup>340</sup> Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle neutre ? » dans *Droit international privé : Travaux du comité français de droit international privé*, 3<sup>e</sup> année, t. n°2, Centre national de la recherche scientifique et Centre régional de publication de Paris, CNRS, 1981, p. 45

<sup>341</sup> *Id.*,

<sup>342</sup> B. GOLDMAN, « Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », (1979) *JDI* 475

<sup>343</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 579

dépourvu de for.<sup>344</sup> Il jouit par conséquent d'une plus grande liberté dans la détermination du droit applicable. Cette grande liberté conduit l'arbitre à défaut de choix de loi applicable par les parties au contrat, à déterminer lui-même directement les règles de droit matériel qu'il estime appropriées pour trancher le litige qui lui est soumis et, dans tous les cas, tenir compte des usages du commerce.<sup>345</sup>

Les juridictions arbitrales selon des dispositions reprises par de nombreux règlements d'arbitrages<sup>346</sup> disposent « *du pouvoir de trancher les litiges conformément aux règles qu'elles estiment appropriées* »<sup>347</sup>. Aussi, font-elles appel aux principes généraux même dans les hypothèses où les parties au litige ne les ont pas désignés dans la convention d'arbitrage, particulièrement lorsqu'il s'agit de contrats d'Etats.<sup>348</sup>

Dans certains contrats issus des sentences précédentes, on ne trouve guère d'autre clause de *choice of law* qu'une mention de la bonne foi, de la bonne volonté, de la raison ou de l'équité. Tel est le cas de la concession octroyée en 1939 par le *Cheikh d'Abu Dhabi à la Petroleum development* ou du contrat de *Sapphire International Petroleums Limited et National Iranian Oil Company*<sup>349</sup> de 1958. En l'absence de dispositions plus précises, les arbitres se sont parfois appuyés sur de telles clauses pour écarter l'application du droit national d'inspiration musulmane.

Dans d'autres des sentences précédentes, l'arbitre en se référant aux « principes généraux du droit fondés sur la pratique commune des pays civilisés » a déclaré que ce faisant, il n'entend pas statuer en équité comme un amiable compositeur. Il s'appliquera au contraire à dégager les règles de droit positif communes aux nations civilisées telles qu'elles sont formulées dans les

---

<sup>344</sup> Emmanuel S. DARANKOUM, « L'application des principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et les juges étatiques », (2002) 36-2 *Thémis* 433

<sup>345</sup> *Id.*,

<sup>346</sup> Article 1496 NCPC Français

<sup>347</sup> Article 813 NCPC Libanais ; 458 bis 14 CPCA Algérien ; Article 73-2 C Tunisien

<sup>348</sup> Bruno OPPETIT, « Les principes généraux en droit international privé », (1987) 32 *Arch. philop. dr.* 182

<sup>349</sup> M. T B COALE, préc., note 308, p. 235

lois et généralement reconnues par la pratique. Les contrats internationaux soumis à l'arbitrage paraissent les plus adéquats à se suffire à eux-mêmes sans l'appui d'aucune loi.<sup>350</sup>

Les arbitres n'hésitent alors pas à tenir les principes qu'ils appliquent pour une variété de « droit naturel ». Ainsi la sentence *Aramco* se réfère à la « nature des choses » et à la « science juridique pure ».<sup>351</sup> Les arbitres se référaient aux usages qui auront d'ailleurs servis « à compléter un droit positif incomplet ».<sup>352</sup>

Quand les arbitres écartent un droit interne et déclarent appliquer des principes généraux du droit, ils motivent parfois cette solution par le caractère insuffisamment développé du droit de l'Etat étranger avec lequel une entreprise européenne ou américaine a contracté, ou encore par le risque d'annulation du contrat.<sup>353</sup> Dans l'affaire du Cheikh d'Abu Dhabi, l'arbitre a écarté l'application du droit national de chacune des parties, le droit d'Abu Dhabi en raison du caractère rudimentaire du droit et de la justice « *in this very primitive region* » ; en se référant à la bonne foi, à la sincérité et à la raison, les parties ont, d'après l'arbitre, implicitement rejeté l'application de tout droit interne et ont prévu l'application d'une sorte de droit raisonnable et naturel. Le droit anglais fournissait, selon l'arbitre, une correspondance parfaite à ces exigences.

Les parties ont le choix de la loi si la convention a un caractère international.<sup>354</sup> Dans certaines sentences, comme on a pu le voir, le fait de pouvoir écarter un droit interne normalement applicable au regard d'une convention d'arbitrage ou de règles de conflit de lois, s'expliquait face au caractère international du litige. Dans certaines affaires, l'arbitre voit dans la « référence aux règles de bonne foi jointe à l'absence de toute référence à un droit national » la volonté des parties « de se soustraire à une législation déterminée de droit strict et de faire appel aux règles du droit, fondées sur la raison, communes aux nations civilisées ». Par exemple, dans l'affaire *LIAMCO*, l'arbitre se réfère à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice et indique

---

<sup>350</sup> H. BATTIFFOL, préc., note 301, p. 654-655

<sup>351</sup> François RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, A. Pedone, 1977, p. 387

<sup>352</sup> H. BATTIFFOL, préc., note 301, p. 660

<sup>353</sup> F. RIGAUX, préc., note 351, p. 386

<sup>354</sup> H. BATTIFFOL, préc., note 301, p. 656

qu'il s'agit d'un contrat qui « relevant du droit public par certains de ses aspects, a un caractère quasi international ». <sup>355</sup> Le caractère international du litige a été en l'occurrence un paramètre justifiant l'exclusion du droit musulman.

En revanche, dans les affaires d'Abu Dhabi, de Qatar et Sapphire, sans se prononcer explicitement sur la nature privée ou internationale de l'arbitrage, les arbitres récusent la mise en œuvre du droit international privé classique et déclarent appliquer au fond du litige « les principes généraux du droit ». <sup>356</sup> Le sens de l'exclusion du droit international privé implique ici que l'arbitre entend écarter l'application de tout système de droit national, désigné par l'intermédiaire d'une règle de conflits de lois <sup>357</sup>.

Concernant les principes généraux <sup>358</sup> qui servent de substitution, M. Lalive précise que ce ne sont pas ceux de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, les principes dont il s'agit ici « ont un champ d'application beaucoup plus vaste que le seul droit international public ». Ils peuvent provenir du droit interne, public ou privé, comme du droit international ; « ils constituent une source commune au droit international, aux droits internes et au droit transnational. » <sup>359</sup> Les principes généraux du droit se font souvent reconnaître une valeur d'universalité. Selon Sohbi Mahmassani <sup>360</sup>, « Ces normes, se ressemblent dans toutes les législations... Elles sont mêmes identiques ou quasi-identiques aussi bien en droit romain, dans la Chari'a islamique et dans les droits européens modernes. (...) ». Citant Blackstone « it is over all the globe, in all countries and all times ».

C'est surtout dans le droit des contrats qu'on trouve le plus de similitudes entre les systèmes musulmans et français à commencer par deux grands principes : le principe de la liberté contractuelle et le principe de force obligatoire des contrats qui fut d'ailleurs utilisé à de

---

<sup>355</sup> Prosper WEIL, « L'internationalisation des problèmes contractuels », dans *Académie de Droit International de la Haye. Recueil des Cours 1969-III*, t. n° 128, Leiden : Brill, 1969, p. 160 En ligne : <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.hague/recueil0128&collection=hague> <Consulté le 31 mars 2018>

<sup>356</sup> F. RIGAUX, préc., note 351, p. 384-385

<sup>357</sup> *Id.*,

<sup>358</sup> Jean-Flavien LALIVE, « Recent Version: Abrogation or Alteration of an Economic Development Agreement Between A State and A Private Foreign Party », (1962) 17-2 *Bus. Law*: 439

<sup>359</sup> J-F. LALIVE, « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère : Sapphire International Petroleum Limited c. National Iranian Oil Company », (1962) 19 *Annuaire Suisse de droit international* 297

<sup>360</sup> S. MAHMASSANI, préc., note 185, p. 291

nombreuses reprises dans certaines sentences.<sup>361</sup> On perçoit ici que les principes fondamentaux du commerce international que sont la liberté et la sécurité, sont présents dans les législations des pays concernés<sup>362</sup>.

M. Prosper Weil fait remarquer que « *compte tenu des fondements et finalités communs à tout droit et des exigences inhérentes à tout droit, la plupart des institutions juridiques finissent à un certain niveau par se retrouver dans tous les systèmes* ». <sup>363</sup> Ces normes sont similaires à des règles de droit positif mais du fait qu'elles sont dépourvues de leurs particularités nationales<sup>364</sup>, elles peuvent transférer dans différents ordres juridiques à un niveau interne ou international. Certaines normes se déplacent donc d'un système national à un autre.<sup>365</sup>

Les règles de droit incluent, à côté des lois étatiques, les principes généraux du droit et les usages du commerce. Aux yeux des arbitres les principes représentent une formalisation des règles transnationales dont le but n'est pas d'exclure le rôle des normes d'origine étatique « mais plutôt d'éviter que des solutions, qui n'ont pas reçu un support suffisant en droit comparé, ne l'emportent sur des conceptions plus généralement admises dans la communauté internationale ». <sup>366</sup>

Ainsi, le but du recours aux principes généraux du droit n'est pas d'exclure l'application du droit musulman au regard des différentes méthodes vu précédemment. Leur but est de soustraire des solutions qui ne sont communément admises dans la communauté internationale, par d'autres répondant aux exigences de cette dernière, notamment face à un contrat à dimension internationale.

---

<sup>361</sup> S. JAHÉL, préc., note 184, p. 116-117

<sup>362</sup> Aida OUNISSI, « Les principes fondamentaux de l'arbitrage dans les législations arabes : étude comparative entre les droits arabes 'moderne' et 'traditionnel' de l'arbitrage », (2015) *Droit commercial et pratique des affaires internationales*, Institut d'Études sur le Droit et la Justice dans les sociétés Arabes. En ligne : <https://iedja.org/les-principes-fondamentaux-de-larbitrage-dans-les-legislations-arabes/>

<sup>363</sup> Prosper WEIL, « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », dans *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 402

<sup>364</sup> *Id.*, p. 401

<sup>365</sup> S. JAHÉL, préc., note 184, p. 117

<sup>366</sup> E. S. DARANKOUM, préc., note 344, p. 434. Voir aussi Antoine LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle lex mercatoria à l'enseigne des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse », (2001) 35 *Thémis*



Les principes ont donc tendance à représenter des pratiques communes et faisant l'objet d'un consensus au niveau international, ce qui permet aux arbitres de volontairement s'y référer comme droit applicable. Ce raisonnement se confirme également lorsqu'il s'agit d'une application pour compléter ou interpréter d'autres instruments de droit<sup>367</sup>. Les principes sont donc des guides qui permettent l'interprétation et pourraient être adoptés comme des principes d'interprétation. Ils disposent d'un très haut degré d'abstraction et de généralisation.<sup>368</sup>

Les développements précédents ont mis en lumière l'existence de différentes combinaisons qui ont pu permettre d'écarter le droit musulman, considéré dans la majorité des décisions comme inadapté. Lors de la première sentence pétrolière, si l'arbitre Lord Asquith s'était limité à dire qu'il n'avait reçu aucune preuve du contenu de la loi d'Abu Dhabi, la sentence n'aurait pas eu autant de répercussions.<sup>369</sup> Les autres cas, comme l'affaire Sapphire étaient des questions d'interprétation contractuelle. Les règles de la loi musulmane auraient sans doute permis aux arbitres d'atteindre le même résultat, cependant l'internationalisation des contrats a amplement conduit à écarter la Charia et le droit musulman dans les cas d'espèces.<sup>370</sup>

Il semblerait ainsi que, selon les sentences étudiées, ce seraient parfois les règles de l'arbitrage international qui conduiraient à l'exclusion du droit musulman face à des règles plus adaptées à la résolution des litiges. Après avoir vu certaines méthodes utilisées par les arbitres afin d'exclure le droit musulman, nous verrons que certains auteurs expliquent ces décisions d'exclusion par le problème d'un conflit de culture.

---

<sup>367</sup> *Id.*, p. 438

<sup>368</sup> American Law Institute, « *Principles of International Commercial Law* / Unidroit de principes et règles relatifs à la procédure civile transnationale », (2001) 6 *rev. dr. unif.* 1109

<sup>369</sup> Ibrahim FADLALLAH, « Arbitration facing conflicts of Culture », (2009) 25-3 *Arb. Int.* 307-308

<sup>370</sup> *Id.*, p. 307

#### 4. L'impact d'une culture fortement religieuse

La qualification de « droit embryonnaire » dans l'épisode des sentences pétrolières a suscité un « conflit de culture »<sup>371</sup>. Ibrahim Fadlallah dans son article « *Arbitration facing conflicts of culture* » énonce qu'il y a de nombreuses situations qui montrent un manque de compréhension entre certains systèmes juridiques, un certain isolement mutuel.

Rappelons que l'une des principales raisons pour laquelle les parties choisissent l'arbitrage au lieu d'un tribunal national est la neutralité du système d'arbitrage, ce qui garantit un résultat plus équitable et plus juste<sup>372</sup>. Toutefois, pour obtenir un résultat juste et équitable "*il faut aussi que les parties croient qu'elles aient été entendues et comprises dans leur contexte culturel.*"<sup>373</sup> Plusieurs chercheurs s'intéressant aux problèmes d'arbitrage dans les pays islamiques attribuent en premier lieu la source de ces problèmes aux politiques publiques des pays islamiques. Cependant, un autre obstacle existe, à savoir le comportement et la culture des arbitres et des savants des pays occidentaux, ce qui engendre un sentiment de partialité et de méfiance<sup>374</sup>.

Il est donc important de comprendre l'impact de la culture sur le comportement des personnes. Il y a différentes définitions de la culture. Selon Ibrahim Fadlallah, culture signifie « standards, rules and practices of behaviour, whether legal, moral or religious, as well as beliefs and institutions. »<sup>375</sup>

Deux chercheurs, Philip Harris et Robert Moran, en donnent la définition suivante : « Culture gives people a sense of who they are, of belonging, of how they should behave, and what they should be doing. »<sup>376</sup>

---

<sup>371</sup> *Id.*, p. 303

<sup>372</sup> William K. SLATE, « Paying attention to "Culture" in International Arbitration », (2004) 59-3 *Disp. Resol. J.* 96

<sup>373</sup> *Id.*,

<sup>374</sup> *Id.*,

<sup>375</sup> I. FADLALLAH, préc., note 369, p. 303

<sup>376</sup> Philip HARRIS, Robert MORAN, Sarah V. MORAN, *Managing Cultural Differences: Global Leadership Strategies for the 21st Century*, 6<sup>e</sup> éd, vol n°27, USA, Butterworth-Heinemann, 1991

Voir aussi Lara M. PAIR J.D, « Cross-Cultural Arbitration: Do the Differences Between Cultures Still Influence International Commercial Arbitration Despite Harmonization? », (2002) *ILSA J. Int'l & Comp. L* 57-59

La culture, guide ou dirige le comportement, la pensée et les croyances fondamentales d'une société<sup>377</sup>. On sait que la religion a un rôle important dans les pays arabes. La Charia a façonné la culture des peuples du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord pendant des siècles. Cependant, il est discutable que certains praticiens, arbitres et avocats évitent plus ou moins de s'informer sur la culture islamique. Ce comportement appelé ethnocentrisme, est souvent dénoncé par les comparatistes, et peut être défini comme : « la tendance à valoriser ce qui est familier et prévisible et à considérer ses normes culturelles comme correctes et naturelles et, par conséquent, meilleures que celles qui diffèrent. »<sup>378</sup> Cela aurait un effet néfaste sur le processus d'arbitrage : « Lorsqu'un participant à l'arbitrage ou à la médiation a une opinion négative de la religion d'un autre participant, que ce soit pour des raisons politiques, historiques ou autres, le processus de règlement des différends sera affecté négativement. »<sup>379</sup>

Ces constatations paraissent primordiales du fait que les sentences étudiées étaient des cas d'arbitrage international opposant pays orientaux et occidentaux, pays à culture radicalement opposées. Monsieur Al Ahdab regrette à cet égard un comportement dédaigneux des arbitres de l'Occident envers les avocats arabes en raison de leur manque de connaissances des systèmes orientaux<sup>380</sup>.

Cette tendance des arbitres occidentaux montre une sorte de discrimination qui ignore l'impact de processus normatifs basés sur des valeurs culturelles. L'arbitrage international est censé présenter neutralité et flexibilité, et ainsi, permettre le respect des particularités de chaque système juridique. Il pourrait cependant finir par être perçu comme un système partial et injuste qui accorderait des faveurs aux pays occidentaux et à leurs législations dans la majorité des cas du fait du manque de considération du rôle de la culture et de ses conséquences.<sup>381</sup> La plupart du temps, les différences reconnues au niveau du processus d'arbitrage se limitent

---

<sup>377</sup> Babak HENDIZADEH, *International Commercial Arbitration: The Effect of Culture and Religion on Enforcement of Award*, Kingston Ontario, Queen's University, 2012, p. 58

<sup>378</sup> Amanda STALLARD, « Joining the Culture Club: Examining Cultural Context when Implementing International », (2002) 17 *Disp. Resol. J.* 463-473

<sup>379</sup> W. K. SLATE, préc., note 372, p. 96

<sup>380</sup> The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, « Strengthening Relations with Arab and Islamic Countries Through International Law: E-Commerce, The WTO Dispute Settlement Mechanism and Foreign Investment », (2002) *Kluwer Law International* 317

<sup>381</sup> B. HENDIZADEH, préc., note 377, p. 59

aux différences de droit civil et de common law, sans réelle prise en compte des paramètres identitaires de chaque Etat<sup>382</sup>.

En effet, les règles commerciales de la Charia sont très différentes de celles des pays de common law, ce qui peut être une source de difficultés. La culture islamique a ses propres règles régissant le commerce prenant en compte les impératifs moraux du droit islamique. Même si nous avons démontré qu'au niveau international le droit musulman des affaires est majoritairement dépourvu de sceaux religieux, il existe toujours des règles commerciales opposées, considérées comme des règles de base pour une relation commerciale par les pays occidentaux. Beaucoup d'entre elles sont protégées par des conventions internationales, telles que la notion d'intérêt qui présente une bonne illustration de ce problème de conflit de culture.<sup>383</sup>

La convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CISG)<sup>384</sup> prévoit : « Si une partie ne parvient pas à payer le prix ou toute autre somme en souffrance, l'autre partie a droit à des intérêts, sans préjudice de toute demande de dommages-intérêts recouvrable en vertu de l'article 74. »<sup>385</sup> Cependant, nous avons vu que la pratique du *Riba* est interdite par l'Islam<sup>386</sup>. Il faut prendre en considération que le respect de ce précepte varie selon les pays. Les pays qui sont principalement des adeptes de l'école hanéfite, comme la Syrie, l'Irak, la Jordanie et l'Égypte, ont depuis longtemps assoupli les lois de l'interdiction en réglementant les taux d'intérêt<sup>387</sup> et utilisent les *Hiyals* ou subterfuges juridiques<sup>388</sup>.

Si l'on se concentre particulièrement sur le cas de l'Égypte, la constitutionnalité de l'intérêt a été contestée, mais la Haute cour constitutionnelle a confirmé l'idée d'intérêt parce que l'article 226 du Code Civil égyptien admettant la prise d'intérêts, est antérieur à la Constitution qui fait

---

<sup>382</sup> W. K. SLATE, préc., note 372, p. 96

<sup>383</sup> B. HENDIZADEH, préc., note 377, p. 68

<sup>384</sup> Peter HUBER, Alastair MULLIS, *The CISG : a new textbook for students and practitioners – Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Allemagne, Sellier, 2007, p. 375-389

<sup>385</sup> Abdul HAMID EL-AHDAD, *Arbitration with the Arab Countries*, 2<sup>nd</sup> éd, The Netherlands, Kluwer Law International, 1990, p. 605

<sup>386</sup> Samir SALEH, *Commercial Arbitration in The Arab Middle East, Shari'a, Lebanon, Syria, and Egypt*, 2<sup>nd</sup> éd, vol. n°1, USA& Canada, Hart Publishing, 2006, p. 7

<sup>387</sup> *Id.*,

<sup>388</sup> *Id.*,

de la Charia dans son article 2 la principale source de la loi. Le fait d'ériger la Charia en principale source de la législation a une réelle portée juridique car elle établit une relation entre la Charia et le droit positif. L'ordre juridique doit donc s'y conformer<sup>389</sup>. D'autres Etats comme l'Arabie Saoudite, le Qatar et le Yémen, qui sont des adeptes de la doctrine Hanbalite, sont plus réfractaires à ces assouplissements et interdisent strictement l'intérêt.<sup>390</sup>

La variation existante entre les Etats s'explique par la réception juridique des normes étrangères qui, selon le contexte socio-économique des sociétés concernées, s'éloigne plus ou moins des impératifs islamiques<sup>391</sup>. Certains pays tentent d'interpréter le Coran comme signifiant cette interdiction seulement dans « transactions between Muslim individuals... whereas artificial entities such as banks, corporations, public agencies or the like may freely charge interest in commercial transactions since they have no religion ». <sup>392</sup> D'autres pays essaient d'accepter l'intérêt d'une manière différente comme un moyen utile pour maintenir des relations commerciales avec l'Occident. Par exemple, aux Emirats Arabes Unis, un tribunal a autorisé la perception d'intérêts en cas de retard de paiement.<sup>393</sup>

Cette règle concernant le *Riba* complique particulièrement les opérations bancaires avec les pays islamiques et pose des problèmes de coordination au niveau de l'arbitrage international. De ce fait, les banques dans les pays islamiques ont essayé de trouver d'autres moyens de rapporter de l'argent au lieu de recourir directement à la prise d'intérêts par le biais des subterfuges juridiques<sup>394</sup>. Certains instituts, comme la banque Shamil à Bahreïn :

« investissent des dépôts directement dans différents des instruments, comme l'immobilier, puis ils remboursent des parts de bénéfices plutôt que des intérêts. Alternativement, ils achètent une voiture à travers un arrangement complexe dans lequel la banque prend temporairement propriété et ensuite vendre la voiture à un individu à but lucratif. »<sup>395</sup>

---

<sup>389</sup> H. AL DABBAGH, « Printemps Arabe et l'Évolution des rapports Islam-Etat : l'Exemple de l'Égypte et de la Tunisie », (2013) 47-1 *RJTUM* 82

<sup>390</sup> Selon les adeptes de l'école Hanbalite (Arabie saoudite, Qatar), l'interdiction s'étendait au-delà des frontières de l'Islam.

<sup>391</sup> H. AL DABBAGH, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », (2014) *Rev. Erusma* 74

<sup>392</sup> A. HAMID EL-AHDAB, préc., note 385, p. 605

<sup>393</sup> *Id.*,

<sup>394</sup> Partie I Chapitre 2 (4)

<sup>395</sup> Ricky W. GREFFIN, Ronald J. EBERT & Fredrick A. STARKE, *Business*, 6 éd, Toronto, Pearson Education Canada, 2008, p. 599

Ainsi, on voit qu'il existe des moyens pour contourner certaines prohibitions issues de la Charia, ce qui ne justifie pas son rejet *in globo* dans les premières sentences pétrolières. Cependant, d'autres problèmes peuvent surgir de la culture musulmane et avoir des répercussions sur le commerce de certains biens, ce qui ne peut être résolu. Par exemple, dans certains Etats arabomusulmans toutes les actions liées à la production, la vente, l'achat, la distribution et la consommation de boissons alcoolisées sont interdites.<sup>396</sup>

Toutefois, ce conflit de cultures, ayant justifié le rejet de la Charia à l'époque coloniale, devrait donc maintenant diminuer face aux évolutions des droits arabomusulmans. On a vu à travers l'exemple de l'intérêt que l'ouverture à la loi des pays arabes est essentielle pour le développement de l'arbitrage international avec ces pays. Une solution à ce conflit de culture pourrait s'exprimer par l'égalité des systèmes de droit applicables, sans exclusion fondée sur la supériorité d'un système sur les autres. De plus, il faudrait limiter toute discrimination sur les décisions que peuvent prendre certains Etats au regard du respect de leur culture et société<sup>397</sup>. Le problème de culture se présente bien comme un paramètre à l'origine de l'exclusion du droit musulman.

Nous allons cependant voir que des solutions sont aujourd'hui proposées face à ces problèmes en vue de parvenir à reconnaître une certaine normativité de la Charia. Des décisions ont ainsi marqué une rupture avec les sentences pétrolières d'autrefois.

---

<sup>396</sup> B. HENDIZADEH, préc., note 377, p. 71

<sup>397</sup> I. FADLALLAH, préc., note 369, p. 317

## CHAPITRE 2 : Une progressive reconnaissance de la Charia dans un arbitrage international

Face à l'ensemble des problèmes exposés au chapitre 1, il faut considérer que des progrès ont été réalisés, d'une part par les pays musulmans en vue de faciliter la compréhension de leur droit, et d'autre part par les pays occidentaux afin de pouvoir continuer à commercer avec la plupart des pays en pleine croissance économique.

Ainsi, sous ce chapitre, nous constaterons que les motifs de rejet utilisés jadis sont progressivement devenus inopérants dans les sentences arbitrales (1). Cette évolution sera d'ailleurs confirmée par les tribunaux judiciaires et réellement mieux comprise par l'énoncé plus détaillé de leurs motifs (2).

Au cours de notre étude nous avons pu comprendre que le problème de la détermination du contenu du droit musulman était sûrement le facteur majeur ayant conduit à « l'isolement » de ce système. Ainsi nous constaterons que des solutions ont été apportées afin de contrer ce problème et donner un contenu précis à la Charia (3).

Cela étant, nous pourrions avancer que la Charia, le droit musulman, peut se présenter aujourd'hui comme un choix valable afin de régir un litige dans un arbitrage international aujourd'hui (4).

### 1. Des motifs de rejet de la Charia devenus inopérants

Une évolution sensible face à la réception et l'application de la Charia se dessine par une nouvelle sentence qui rompt complètement avec l'épisode des sentences pétrolières.

En 1988, dans l'affaire *Wintershall c. Gouvernement of Qatar*<sup>398</sup> un droit exclusif d'exploitation d'une concession pétrolière avait été accordé à une société. Comme dans les sentences vues précédemment, un conflit conduisit à un arbitrage dont le siège était ici aux Pays Bas. Dans cette affaire impliquant le gouvernement Qatari, respectant l'intention des parties, les arbitres

---

<sup>398</sup> *Wintershall c. Government of Qatar*, Tribunal ad hoc, 1987, (1989) I.L.M. (28) 795-798  
Voir aussi *Wintershall c. Government of Qatar*, Tribunal ad hoc, 1987, (1990) 15 Y.C.A. 31

ont réfuté les prétentions de la partie arabe, mais ont tout de même appliqué le droit qatari au fond du litige pétrolier :

« In the absence of controlling choice of substantive governing law clause and in consideration of the close links of EPSA (les termes du contrat) to Qatar, the governing substantive law shall be the law of Qatar and in the case the tribunal should determine that it is relevant to an issue, public international law. After reviewing the deposited authorities on public international law, has determined that the tribunal in a partial award on Liability, and that the governing substantive law on those issues is the law of Qatar. »<sup>399</sup>

Cette décision a ouvert la voie à l'application du droit musulman, de la Charia et ses principes lorsque cette dernière est incorporée dans la législation d'un Etat. Nous avons remarqué que dans les décisions étudiées au chapitre 1, le droit qatari était exclu du fait qu'il n'y avait pas « de corps de principes légaux applicables au Qatar à la construction d'un contrat moderne du commerce international ». <sup>400</sup> Or, à partir des années 1980 les motifs tirés de l'insuffisance des droits arabes devenaient inopérants. <sup>401</sup> Cette décision a donc permis l'application du droit musulman par le biais d'une loi nationale.

Au regard de l'étude du contenu de la Charia, on comprend que cette évolution a été rendue possible par l'incorporation de la Charia dans une loi nationale par la voie de la codification. On sait en effet que dans le domaine des transactions pécuniaires, hormis certains grands principes fondamentaux concernant la morale contractuelle, le droit musulman des contrats est peu marqué par le caractère religieux du système. De plus, le champ d'application et le domaine d'influence de la Charia sur le droit positif en matière de transactions civiles et commerciales, et sur le droit de la procédure civile et l'arbitrage sont variables selon les pays. <sup>402</sup>

En effet, entre-temps les pays arabo-musulmans avaient déjà connu des phases de réforme législative permettant l'insertion de législations empruntées à l'Occident, notamment dans le domaine de l'arbitrage et du commerce international. Ces législations comportent des principes modernes pouvant s'adapter aux exigences du commerce mondial.

---

<sup>399</sup> *Id.*, *Wintershall c. Government of Qatar*, I.L.M., p. 811

<sup>400</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 147

<sup>401</sup> *Id.*,

<sup>402</sup> Différence et variabilité selon les écoles islamiques. *Id.*, p. 24



Dès le milieu du XIXe siècle, les pays arabo-musulmans ont connu un mouvement de sécularisation progressive du système juridique qui vit le jour dans l'Empire Ottoman. Cette période de Tanzimat<sup>403</sup> a conduit à ce que ces pays subissent une transposition des codes occidentaux dans leur législation, ce qui suppose bien que dans la majorité des pays arabes aujourd'hui, le système juridique au niveau des affaires repose pour l'essentiel sur des lois inspirées du droit occidental.

Au niveau du droit civil, cette évolution a connu des cours différents. Suivant les pays, la réception du modèle civiliste a été plus ou moins indirecte. Tandis que certains pays se sont largement alignés sur le système occidental, d'autres s'y sont largement opposés afin de rester fidèles au droit musulman traditionnel. Dans une troisième catégorie, l'effort de modernisation s'est traduit par une œuvre de synthèse qui tente d'intégrer des institutions traditionnelles et modernes<sup>404</sup>.

Il y a donc une séparation constante entre l'enseignement des théologiens et les apports issus de la codification. Cependant, au niveau du droit des affaires et des arbitrages s'y rapportant, le droit musulman concerné se réfère pour la majorité des pays à un droit codifié moderne. Dans l'ensemble l'évolution du droit des obligations et des biens s'est accompli par une réception significative de la tradition française et des techniques françaises d'élaboration et d'interprétation de la loi.<sup>405</sup>

La réception des droits occidentaux a ainsi eu pour corollaire la sécularisation de pans entiers de l'ordre juridique dorénavant soustraits à l'empire du droit musulman et des *Fuqaha*.<sup>406</sup> Pour les autres domaines que le statut personnel, les juges ne se réfèrent plus au *Fiqh* mais à la loi qui est la première source du droit comme dans tout système civiliste.

---

<sup>403</sup> « Le terme de Tanzimat qui signifie réorganisation en arabe, désigne le mouvement de réforme et de modernisation qui secoue l'Empire ottoman entre 1839 à 1878. Les Tanzimat répondent aux préoccupations grandissantes des hommes d'Etat et des intellectuels ottomans sur la survie de l'Empire, alors fortement affaibli, en proie à des contestations internes, et sous pression des puissances européennes. Ils voient dans le libéralisme, idéologie dominante dans le Vieux Continent, la solution aux maux de l'Empire. Ils entreprennent ainsi, pendant près de quarante ans, une série de réformes, calquées sur le modèle européen, qui va transformer profondément les institutions et la société ottomane et aboutira à la promulgation de la première Constitution ottomane en 1876. Lisa ROMEO, « Tanzimat », *Les Clés du Moyen Orient - Décryptage de l'actualité au Moyen Orient*, 2011

<sup>404</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 391, p. 59-60

<sup>405</sup> *Id.*,

<sup>406</sup> *Id.*,

La codification a opéré, pour reprendre les termes du professeur Jahel, « une véritable révolution culturelle dans le monde arabo-musulman ».<sup>407</sup> Le droit musulman initialement de nature casuistique et non systématisé, a été transformé, notamment au niveau de la hiérarchie des sources du droit. On voit s'affirmer le principe de la primauté de la loi, et c'est désormais seulement lorsque cette dernière est silencieuse ou lacunaire que le juge est autorisé à puiser dans d'autres sources comme la Charia ou la coutume. Il est bien évidemment impossible d'engendrer des affirmations uniformes entre tous les pays arabo-musulmans.

Ce manque d'uniformité conduit à ce que l'on puisse proposer des classifications différentes. Certains auteurs proposent de distinguer les codifications arabes selon leur degré d'imprégnation dans la culture juridique civiliste. On distingue ainsi des codes romanisés, des codes hybrides, et d'autres islamisés.<sup>408</sup> D'autres distinctions séparent l'Arabie Saoudite qui suit les enseignements non codifiés du *Fiqh* islamique, des autres pays qui ont promulgué un code civil. En effet, le droit musulman tel qu'enseigné par le *Fiqh* forme le droit fondamental et commun des transactions dans le Royaume saoudien.<sup>409</sup>

Même si dans la majorité des pays, le principe de la primauté de la loi est aujourd'hui affirmé, la loi ne peut tout prévoir. L'œuvre du législateur doit pouvoir être complétée lorsque le juge a pu constater le défaut d'une disposition législative applicable. Par exemple, l'article 1<sup>er</sup> du Code Civil égyptien enjoint aux juges en cas de silence de la loi de statuer selon la coutume et en l'absence de cette dernière de juger selon les principes de la Charia et à défaut de recourir au droit naturel et aux règles de l'équité. Cependant, ce recours aux sources subsidiaires n'est possible que faute de dispositions législatives applicables. Le droit musulman n'intervient dès lors qu'à titre supplétif à des degrés très différents selon les Etats.<sup>410</sup>

En somme, il existe désormais des corps de principes codifiés permettant aux arbitres de pouvoir déterminer les règles applicables dans tel ou tel pays. Le problème de détermination du contenu lui-même dans le domaine du droit des affaires applicable aux arbitrages concernés est

---

<sup>407</sup> S. JAHEL, « Code civil et codification dans les pays du monde arabe », dans *1804-2004 Le code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 831

<sup>408</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 391, p. 59-61

<sup>409</sup> Dahman BEN ABDERRAHMAN, « A contribution to the study of the Koranic sources of Saudi Arabian Business law », (1988) 3-2 *A.L.Q.* 132

<sup>410</sup> *Id.*, p. 68

donc assez relatif au regard de la diversité des pays et de l'intensité du lien entre Charia et législation.

Ainsi, depuis les premières sentences pétrolières, aucune sentence n'a pu être répertoriée condamnant la Charia ou le droit arabo-musulman pour son inadaptation *per se* au commerce international ou pour ses lacunes. Les auteurs n'hésitent plus à affirmer que l'ère des sentences pétrolières est révolue.<sup>411</sup>

## 2. Une évolution partagée par les tribunaux judiciaires

Cette application du droit musulman, de la Charia et de ses principes par le biais des lois étatiques, fut confirmée par les tribunaux judiciaires quelques années plus tard dans une nouvelle décision.

La décision judiciaire *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticas Ltd and others (2004)*<sup>412</sup> ou *Beximco* permet de montrer une réelle évolution de la réception de la Charia. En effet, il ne s'agit pas d'un cas d'arbitrage international mais son résultat a permis d'analyser et de comprendre certains motifs excluant le droit musulman à l'origine.

En l'espèce, Beximco Pharmaceuticals a conclu un accord de type «*Morabaha*»<sup>413</sup> avec la *Shamil Bank of Bahrain*, une institution financière constituée en vertu des lois du Royaume de Bahreïn. Cet accord de *Morabaha* reconnu comme valide par la loi islamique, fait partie des accords de financement permettant de contourner l'interdiction de la loi islamique contre l'imposition d'intérêts sur un emprunt en prenant la forme d'un contrat de vente. Les principes de la loi islamique n'ont pas été incorporés dans le droit commercial du Royaume de Bahreïn, cependant la banque s'est imposée comme une institution appliquant les principes islamiques dans le cadre de ses activités. Lesdits accords contenaient chacun une clause qui stipulait que

---

<sup>411</sup> Reza MOHTASHEMI, « Banishing the Ghost of Lord Asquith's Award: A resurgence of arbitration in the Middle East, article based on the remarks presented by the author at the LCIA Arab Users' Council Symposium held in Abu Dhabi on 13 March 2014 », (2014) 1-1 *Int. Arb. Rev.* 121-124

<sup>412</sup> *Beximco Pharmaceuticals Ltd and others v. Shamil Bank of Bahrain*, (2004) W.L.R 1784

En ligne : [https://www.iclr.co.uk/document/2001003387/casereport\\_14146/html](https://www.iclr.co.uk/document/2001003387/casereport_14146/html) <Consulté le 23 avril 2018>

<sup>413</sup> Le *Morabaha* est un contrat de vente au prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire connue et convenue entre l'acheteur et le vendeur. Ce contrat peut revêtir différents aspects par le biais d'une transaction directe ou bien tripartite. Ce mode de financement permet aux banques islamiques de financer tout en respectant leurs principes, aussi bien les besoins d'exploitation de leur clientèle que leur investissement.

« Sous réserve des principes de la glorieuse Charia, cet accord sera régi et interprété conformément aux lois de l'Angleterre ». <sup>414</sup>

Un conflit est intervenu et un premier jugement fut rendu en faveur de la *Shamil Bank of Bahrain*. En effet, il a été considéré que l'entente contenait une forme cachée de *Riba*, disposition contraire aux prescriptions de droit musulman. Cependant, en appel cette déclaration fut considérée invalide au regard de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette dernière prévoit en effet que la loi choisie comme loi applicable à un contrat est la loi d'un pays par opposition à un système non national de loi, comme la Charia.

L'article 3 paragraphe 2 de la Convention ne permet qu'un seul système de droit pour régir un contrat et exige que la loi choisie soit celle d'un pays en particulier (une loi étatique), ce qui implique que les effets de la Charia ne pouvaient être caractérisés en l'espèce. Selon le tribunal, si l'intention des parties était à l'effet d'incorporer la loi de la Charia dans le contrat, alors elles ne l'ont pas fait efficacement ; au lieu de cela, elles auraient dû identifier une loi étrangère ou code et plus précisément à quelle partie du contrat la clause s'applique. En application stricte de ce principe, la Cour d'appel a déclaré : « Il est tout à fait insuffisant pour les défendeurs de soutenir que les règles de base de la Charia applicables dans ce cas ne sont pas controversées. De telles "règles de base" ne sont ni mentionnées ni identifiées. » <sup>415</sup>

En effet, on voit ici la confirmation de la décision *Wintershall* où l'on exige l'application d'une loi nationale afin de pouvoir se prévaloir du droit musulman et ses principes dans un contrat international ; toujours face à ce problème de détermination du contenu. Strictement interprétée "la glorieuse Charia " se réfère à la loi divine telle que contenue dans le Coran et la Sunna. Cependant, la majeure partie de la loi islamique classique sur les transactions financières n'est pas contenue dans des «règles» ou «lois» du Coran et de la Sunna, mais est basée sur les opinions souvent divergentes des écoles de droit (*Fiqh*) <sup>416</sup>.

---

<sup>414</sup> *Shamil Bank of Bahrain E.C v Beximco Pharmaceuticals Ltd. And others*, préc., note 412, p. 73

<sup>415</sup> *Id.*,

<sup>416</sup> *Id.*, p. 73-80

Le juge a donc estimé que les termes « sous réserve des principes de la glorieuse Charia » n'étaient rien de plus qu'une référence au fait que la banque prétendait conduire toutes ses affaires selon les principes de la Charia.<sup>417</sup> L'analyse de cette décision permet de comprendre qu'un des problèmes au regard de l'application des principes de la Charia, en plus du manque de détermination de ces derniers, est le manque d'uniformité.

La Convention de Rome exclut le recours ou la conformité à la Charia, cette dernière ne pouvant constituer qu'un choix potentiel et imprécis entre les lois de différents pays, et ne constituant pas un corps de principes déterminables tel qu'un système codifié<sup>418</sup>. Il y a donc un problème au regard de la reconnaissance de la normativité de la Charia. Les juges concluent à cet effet que :

« It is true that the Shari'a does not consist solely of legal rules. It also includes religious and moral rules. But what we are concerned with is the application of the Shari'a in its legal component. A clear distinction is made in the Shari'a between Ibadat and Mu'amalaat. The final ground relating to the alleged inability of the Shari'a to govern modern commercial or banking transactions is thoroughly refuted by the development of Islamic finance. »<sup>419</sup>

Il en résulte que « le choix d'une loi locale, la doctrine et les préoccupations politiques ne devraient pas empêcher les tribunaux judiciaires de reconnaître la validité d'une clause qui fait référence à la fois à la loi islamique et à un système »<sup>420</sup>. Il faut cependant prendre en considération que ce cas est seulement pertinent pour les décisions judiciaires. En effet, les conventions d'arbitrage sont exclues de la convention de Rome. De plus, la Cour d'appel a souligné que les parties arbitrales pouvaient en effet choisir un système de droit non national comme étant le droit applicable<sup>421</sup>. *La Section 46 of the Arbitration Act* reconnaît expressément que les tribunaux arbitraux peuvent, et doivent trancher les litiges conformément à la loi choisie par les parties ou avec l'accord des parties, conformément à d'autres considérations convenues par eux ou déterminées par le tribunal. Ainsi, si les parties souhaitent qu'un corps de règles ou

---

<sup>417</sup> *Id.*,

<sup>418</sup> *Id.*, p. 73-78

<sup>419</sup> *Shamil Bank of Bahrain E.C v Beximco Pharmaceuticals Ltd. And others*, préc., note 412

<sup>420</sup> J.C COLON, préc., note 282, p. 411-413

<sup>421</sup> Mel Andrew SCHWING, « The KLRCA I-Arbitration Rules: A Shari'a-Compliant Solution to the Problems with Islamic Finance Dispute Resolution in Singapore and Malaysia? », (2017) 34-3 *J. Int. arb.* 444

de lois n'appartenant pas expressément à un pays s'applique à leur contrat, il leur est loisible d'en convenir, à condition qu'il existe une clause d'arbitrage<sup>422</sup>.

Ainsi dans certaines circonstances, les tribunaux du Royaume-Uni ont confirmé des sentences arbitrales où la loi applicable était la Charia<sup>423</sup> : citons notamment *Musawi v. R.E*<sup>424</sup> et *Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. International Investor*<sup>425</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *Beximco*, l'exclusion de référence à des règles nationales fut justifiée par la Convention de Rome. Pour qu'un système de droit soit applicable, il devrait consister en un « corps de principes ». Toutefois, même si les règles de l'arbitrage international permettent d'appliquer un droit national, ce droit doit toutefois être déterminable. L'exclusion en l'espèce est justifiée du fait qu'il ne s'agit pas d'un droit national. L'exclusion dans un arbitrage s'imposerait également, du fait que dans la majorité des pays arabo-musulmans, la Charia n'est pas appliquée directement mais par insertion de ses principes dans les codifications intervenues.

En l'espèce, la Cour a souligné que la Charia n'est pas une forme de droit reconnaissable qui contient des principes de loi à même de gérer un litige commercial au Royaume Uni. Cette affaire a mis en évidence deux problèmes auxquels sont confrontées les institutions qui utilisent la Charia comme loi applicable<sup>426</sup>. Ces problèmes sont reconnus par les promoteurs de la finance islamique, à savoir que la Charia n'est pas la loi d'une nation<sup>427</sup> et qu'elle n'est pas codifiée dans un corps universellement accepté.

---

<sup>422</sup> *Halpern v. Halpern*, (2007) EWCA Civ 291, para. 37-38. Voir aussi la Convention de Rome, Article 1(2)(d): noting that the Convention shall not apply to (...) arbitration agreements and agreements on the choice of court.

<sup>423</sup> M.-A. SCHWING, préc., note 421, p. 444

<sup>424</sup> *Musawi v. R.E. Int'l (UK) Ltd.*, [2007] EWHC 2981 (Ch)

<sup>425</sup> *Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. International Investor*, (2000) 1 Lloyd's Rep. 480

<sup>426</sup> MAITA AIDA, « Arbitration of Islamic Financial Disputes », (2014) 20 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 46

<sup>427</sup> Avec effet au 17 décembre 2009, la Convention de Rome a été remplacée par le Règlement (CE) n°593/2008 de l'UE sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Dans ses considérants (13), le règlement semble ouvrir la porte au droit non étatique : "Le règlement n'empêche pas les parties d'incorporer par renvoi dans leur contrat un corps de droit non étatique ... ". Cependant, compte tenu de l'historique du processus législatif, cela implique dans un contrat régi par le droit de l'État plutôt que de permettre le choix du droit non étatique régissant le droit des contrats en général.

En somme, l'analyse de l'arrêt de la Cour d'appel laisse percevoir plusieurs problèmes au regard de la Charia. En effet, même si les principes de la Charia peuvent être appliqués par le biais d'une loi nationale, la Cour a mentionné le manque de codification exprès de ces principes. L'apport fondamental de cette jurisprudence réside dans deux énonciations a priori paradoxales. Malgré la nécessité de se conformer aux principes de la Charia, l'absence d'uniformité et de consensus sur ces principes, conjuguée à la diversité des écoles islamiques s'opposait à l'application du droit musulman. C'est ainsi que la Cour exprime l'indispensable recours à une loi nationale spécifique, la Charia ne constituant pas une loi ou un ensemble expressément codifié.

Nous verrons cependant que face à ces problèmes, des solutions ont pu être trouvées afin de déterminer le contenu de la Charia auquel les arbitres pourraient se référer. De plus le développement de la finance islamique a largement contribué à la possibilité d'appliquer les principes de la Charia eux-mêmes dans les contrats modernes.

### **3. Des solutions au problème du manque de détermination du contenu de la Charia**

L'on a pu observer, grâce à la décision *Wintershall c. Government of Qatar*<sup>428</sup>, que la Charia et ses principes ne semblent pas pouvoir à nouveau être exclus lorsque leur application est faite par le biais d'une loi étatique les incorporant au sein même d'une législation. *Le Beximco case* a permis également de constater que la référence à la Charia dans un contrat sans passer par une loi étatique, comme l'arbitrage international le permet, posait toutefois problème face au manque de codification et d'uniformité des grands principes qui en découlent.

Des solutions ont toutefois été proposées en vue de résoudre le problème de non applicabilité de la Charia dans l'arbitrage international.

La première initiative émane de *Paris Europlace Commission*, une organisation représentative de la place financière à Paris créée en 1993, qui réunit l'ensemble des catégories d'acteurs de

---

<sup>428</sup> *Wintershall c. Government of Qatar*, I.L.M. préc., note 398, p. 795-798  
*Wintershall c. Government of Qatar*, Y.C.A., préc., note 398, p. 31

l'industrie financière. Un rapport a été émis à la suite de séminaires et conférences concernant la finance islamique en 2009. Ce rapport PECIF<sup>429</sup> fournit une illustration démontrant que certains procédés du droit musulman permettent une application de la Charia tout en évitant les problèmes exposés dans les sentences étudiées :

« Les sources de la Charia qui régissent les contrats financiers sont diverses. Les règles ainsi extraites auront un caractère normatif encore plus prononcé lorsqu'elles sont le fruit d'un consensus ou *ijmaa* des savants.

Si la clause visant à appliquer la Charia est unique ou double, le groupe de travail considère que les règles de la Charia pertinentes à un financement donné doivent être identifiées et les juges ou arbitres doivent suivre alors la même approche utilisée que pour déterminer le contenu pertinent d'une loi étrangère ou d'un organisme transnational des règles juridiques tels que *lex mercatoria* un processus dans lequel les parties et leurs experts jouent un rôle déterminant. Ceci fut confirmé par le juge Michel Baert au cours de son audition par le groupe de travail le 23 mars 2009.

La contribution du *takhayour* de la doctrine doit être ajoutée à cette méthode. En effet, la Charia admet que la détermination d'une règle application puisse être faite aux termes d'une casuistique d'une approche syncrétique, qui permettrait aux parties et au juge de choisir les règles fixées par une des plusieurs écoles de jurisprudence islamique (*Fiqh*), et qui validerait le contrat et si le besoin est, dans l'utilisation du dépeçage pour les différentes obligations contractuelles.

Le travail des juges et arbitres pour déterminer les règles de la Charia sera sans aucun doute facilité par la codification de la Charia et des normes juridiques et financières prises par l'AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions or Islamic Fiqh Academy of Organization of Islamic Conference). Par le biais de cette codification, les règles de la Charia ont acquis une plus grande accessibilité et visibilité dans la finance islamique. Cette codification peut même éventuellement jouer le même rôle de systématisation et d'harmonisation qu'ont fait les principes d'Unidroit sur les contrats commerciaux internationaux par rapport à la *lex mercatoria*. »

---

<sup>429</sup> Report of the commission created by the Organization of Islamic Finance in France for the search of the law applicable to the resolution of disputes relating to islamic finance called Paris Europlace Commission For Islamic Finance, see report in « Proposal - Group on Governing Law and Dispute Resolution in Islamic Finance », I. FADLALLAH, D. HASHER. A. PIZARD, G. AFFAKI eds, 2009. See comments « Commission on Islamic Finance, Proposal, Group Governing Law and Dispute Resolution in Islamic Finance » (2009) 1-4 *International Journal of Arab Arbitration* 415-430

En ligne : < <http://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1102349-n>> (consulté le 26 avril 2018)

Voir aussi N. NAJJAR, préc., note 33, p. 647 et s.



Plusieurs éléments sont ici mentionnés. Si l'on se concentre tout d'abord sur le problème de la diversité des écoles et le manque d'uniformité, ce problème renvoie à la codification de la Charia elle-même. En effet, lorsque les parties souhaitent faire référence à la Charia dans leur contrat, même si ce n'est que pour se conformer à certaines prescriptions, le problème de la diversité et de l'absence d'uniformité entre les différentes écoles crée un obstacle aux arbitres qui souhaiteraient s'y référer. Ainsi, pour éliminer toute controverse qui pourrait laisser une décision arbitrale soumise à contestation, les parties doivent être aussi précises que possible dans leur choix de loi applicable.

En outre, on admet de plus en plus aujourd'hui que l'on puisse puiser des solutions dans des écoles doctrinales autres que celles du juge ou de l'arbitre<sup>430</sup>. La doctrine *Al-Takhayour* se présente comme une voie permettant de sélectionner les principes adéquats de la Charia au regard des circonstances d'espèces et de la volonté des parties ou arbitres. Ce procédé est déjà utilisé par les tribunaux des pays musulmans. Ainsi, aux Emirats Arabes Unis, l'article 1<sup>er</sup> du Code civil permet au juge à défaut de texte, de sélectionner des principes tant dans les écoles malékites, hanbalite qu'à défaut, chaféite et hanéfite.

En Jordanie, l'article 1<sup>er</sup> du code civil permet à défaut de disposition légale, que le juge ait recours « aux principes de la Charia » sans les limiter à une école particulière.

Au Koweït et en Irak, l'article premier du code civil permet que l'on puise des solutions « dans la *Fiqh* islamique le plus conforme aux intérêts du pays et à ses circonstances » là encore sans limitation à une école spécifique.<sup>431</sup>

La doctrine « *al-takhayour* » ou « possibilité de sélectionner » permet ainsi de puiser un principe juridique dans toutes les écoles du *Fiqh* islamique, sans s'en limiter à celle du juge ou de l'arbitre, voire des parties<sup>432</sup>. Le rapport PECIF<sup>433</sup> précise cependant « nous ne pouvons exclure la possibilité d'une querelle d'avis des experts concernant le contenu des règles pertinentes de la Charia. L'approche relevant de la casuistique dans la Charia révèle une part d'interprétation subjective du mufti. » En effet, même si le procédé permet de sélectionner les règles du *Fiqh* d'une école particulière et conduit donc à une détermination du contenu au vu

---

<sup>430</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 476

<sup>431</sup> H. AL DABBAGH, préc., note 110, p. 275

<sup>432</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 476

<sup>433</sup> « Proposal - Group on Governing Law and Dispute Resolution in Islamic Finance », préc., note 429, p. 415-430

des perceptions relatives à chaque école, l'approche de la Charia nécessite souvent une interprétation des règles qu'elle apporte. L'entreprise est malaisée, car il n'y a pas de consensus permettant de fournir des interprétations définitives de ces principes.<sup>434</sup>

En effet, le monde musulman, du moins chez les Sunnites, ne dispose pas d'autorité religieuse centrale qui peut fournir des décisions ou interprétations faisant autorité. Ceci est dû en grande partie à des divergences dans l'interprétation des principes religieux appliqués par différentes écoles islamiques dans différents États à travers le monde. Le tribunal doit donc au préalable s'occuper de la traduction des principes de droit moderne par le biais de préceptes religieux, mais aussi s'accommoder des différentes écoles islamiques avant de se prononcer sur la règle en litige<sup>435</sup>. Comme l'a résumé succinctement le Dr Khaled Mohammed Al-Jumah, « il existe autant d'expressions de la loi islamique que d'États dans le monde musulman. »<sup>436</sup> Cependant, dans une certaine mesure, les parties devraient s'efforcer de s'entendre autant que possible, y compris, mais sans s'y limiter, sur l'école *madhab*<sup>437</sup> qu'ils voudraient gouverner.<sup>438</sup>

C'est ainsi que l'industrie financière a établi de nombreux organismes internationalement reconnus chargés de développer des normes réglementaires communes telles que le Islamic Financial Service board (IFSB), l'International Islamic Financial Market (IIFM), The International Islamic Rating Agency (IIRA) et the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)<sup>439</sup>.

---

<sup>434</sup> M. AIDA, préc., note 426, p. 47

<sup>435</sup> *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, préc., note 412, p. 1796

<sup>436</sup> Khaled Mohammed AL-JUMAH, « Arab State Contract Disputes: Lessons from the Past », (2002) 17-3 *A.L.Q.* 215-232

<sup>437</sup> Voie suivie dans l'interprétation des sources traditionnelles.

<sup>438</sup> Saad U. RIZWAN, « Foreseeable Issues and Hard Questions: The Implications of U.S. Courts Recognizing and Enforcing Foreign Arbitral Awards Applying Islamic Law Under the New York Convention », (2013) 98 *Cornell L. Rev.* 493-503. Voir aussi Lee Ann BAMBACH, « The Enforceability of Arbitration Decisions Made by Muslim Religious Tribunals: Examining the Beth Din Precedent », (2010) 25 *J.L. & Religion* 379-408 (« There is a variety of different madhahib, or schools of Islamic jurisprudence, each of which employs a different methodological approach to determining the Shari'a. »). Voir aussi M.-A. SCHWING, préc., note 421, p. 444

<sup>439</sup> M. AIDA, préc., note 426, p. 48

L'AAOIFI<sup>440</sup> par exemple a réussi, dans une certaine mesure, à fournir des normes de la Charia codifiées pour de nombreux aspects de l'industrie des transactions et pratiques commerciales. L'AAOIFI a, depuis 1991, publié 45 normes juridiques issues de la Charia qui pourraient éventuellement être admises par les tribunaux en Europe en tant que système de principes capables de régir un accord de finance islamique. Cependant, ces normes sont loin d'être complètes et il n'existe pas de standards pour la clause de la loi gouvernant le contrat, qui permettraient d'éviter de façon certaine une révision par les comités de l'AAOIFI. Enfin, l'adoption et la mise en œuvre<sup>441</sup> de ces normes ont été très faibles dans la majorité des juridictions, en particulier celles du Moyen-Orient<sup>442</sup> où la plupart des législations de finance islamique sont séparées et les transactions soumises à la réglementation du commerce conventionnel<sup>443</sup>.

On assiste à une véritable nécessité d'assurer la prévisibilité des solutions qui fait défaut dans la Charia. Beaucoup d'auteurs modernes prônent une inévitable unification de ses règles ou tout du moins leur réception. Il s'agirait de réaliser une sorte de standardisation notamment dans certains secteurs particuliers du commerce international. Cependant, ces constatations se heurtent au fait que l'unification de la Charia ne peut intervenir de manière sectorielle au regard de la nature de la Charia, cette dernière étant indivisible. Des auteurs très rigoristes prônent la seule unification des décisions judiciaires rendues en application de la Charia, et non son interprétation<sup>444</sup>.

---

<sup>440</sup> L'AAOIFI est l'une des principales organisations internationales à but non lucratif soutenant les institutions financières islamiques, établie en 1991 et basée au Royaume de Bahreïn. Elle fournit les directives nécessaires au fonctionnement des marchés financiers islamiques et à la préparation des rapports financiers conformément aux dispositions de la Charia et de ses principes. Elle établit des normes pour ces institutions et réalise l'harmonisation entre les pratiques et les rapports financiers conformément à la Charia. Cette dernière est supportée par 200 membres institutionnels provenant de 45 Etats incluant les banques centrales, les institutions financières islamiques et d'autres participants du secteur bancaire et financier islamique du monde entier. En ligne : <http://www.aoofi.com> . <Consulté le 24 avril 2018>.

<sup>441</sup> L'AAOIFI a obtenu un soutien pour la mise en œuvre de ses normes, qui sont maintenant adoptées au Royaume de Bahreïn, au Centre financier international de Dubaï, en Jordanie, au Liban, au Qatar, au Soudan et en Syrie. Les autorités compétentes d'Australie, d'Indonésie, de Malaisie, du Pakistan, du Royaume d'Arabie Saoudite et d'Afrique du Sud ont publié des directives fondées sur les normes AAOIFI. De telles adoptions n'ont toutefois pas de caractère contraignant. En ligne : <http://www.aoofi.com> . <Consulté le 24 avril 2018>.

<sup>442</sup> Seuls Bahreïn, Oman et la juridiction du DIFC de Dubaï ont une réglementation spécifique concernant la finance islamique.

<sup>443</sup> M. AIDA, préc., note 426, p. 49

<sup>444</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 479-480

A l'heure actuelle, il n'existe donc pas d'accord qui conduirait à un consensus entre les partisans de l'application de la Charia sous sa forme traditionnelle et ceux revendiquant de nouvelles élaborations basées sur un nouvel *Ijtihad*, voire une refonte complète du droit musulman traditionnel selon les enjeux et besoins actuels.<sup>445</sup> L'*Ijtihad* présente en effet une solution face au problème de détermination du contenu et de l'interprétation du droit musulman.

« S'il ne devient pas officiellement autorisé, afin de permettre aux sociétés de s'adapter aux changements factuels globaux qu'elles ne peuvent ignorer, le résultat serait que le *Maqasid* deviendrait pure fiction. »<sup>446</sup>

Ces solutions paraissent un préalable nécessaire du fait que le commerce mondial devient plus complexe et global. Les conflits entre entités internationales découlant d'accords conformes à la Charia deviennent de plus en plus courants face aux nombreux accords économiques réalisés entre Orient et Occident, mais également au regard du développement de la finance islamique. Cette dernière a d'ailleurs permis de démontrer l'aptitude de la Charia à gouverner les contrats modernes.

Des progrès spectaculaires ont en effet été engendrés par la finance islamique. Cette dernière s'est présentée comme une solution au regard des exigences des contrats commerciaux complexes par ses procédés modernes conformes aux prohibitions coraniques. Le système des banques islamiques est souvent présenté comme un ensemble de techniques permettant d'exercer une activité bancaire sans taux d'intérêt. En réalité, elle constitue un système financier à part entière, s'appuyant sur une théorie économique, elle-même censée être construite sur les principes et règles de la Charia.<sup>447</sup>

L'un des défis qui persiste encore dans l'industrie en termes de conformité avec la Charia a été

---

<sup>445</sup> *Id.*, p. 480

<sup>446</sup> M.-H. REDA, préc., note 39, p. 168

<sup>447</sup> Geneviève CAUSSE, « Le sort des banques islamiques : De la difficulté de satisfaire des objectifs multiples, The fate of Islamic banks : the difficulty of meeting multiple objectives », (2012) 3-4 *R.S.G* n°255-256, 111-121

celui de l'absence d'un cadre réglementaire qui traite des différends découlant des « contrats conformes à la Charia ». En conséquence, ces transactions financières conformes à la Charia sont régies par les lois nationales que les parties ont convenu dans leur contrat. Elles privilégient des lois généralement laïques, issues des systèmes de droit civil ou de common law<sup>448</sup>, plutôt que des lois issues de la Charia, qui fournit les principes directeurs de l'objet de l'accord.<sup>449</sup> En effet, pendant longtemps au Moyen-Orient, la pratique par la plupart des parties à un contrat de finance islamique a été de recourir à des lois occidentales comme la loi anglaise ou celle de New York pour régir leurs contrats. Cela semblait être la stratégie commerciale adoptée par de nombreuses institutions financières islamiques concernant certaines transactions interétatiques<sup>450</sup>.

La demande de services conformes à la Charia quand sont impliqués systèmes occidentaux et laïcs, peut créer des potentiels conflits de lois. Ces derniers surviennent lorsque le choix d'une certaine forme de loi islamique est incorporé dans les termes mêmes du contrat. L'ambiguïté peut résider dans les termes utilisés dans le contrat pour décrire les différents types des transactions conformes à la Charia<sup>451</sup>. De nombreuses institutions islamiques emploient alors leur « propre Charia » par le biais de comités consultatifs (*mufiti*). Ces conseils ont beaucoup de marge de manœuvre pour définir si un produit, un service ou un accord est conforme à la Charia ou pas, ce qui entraîne l'interprétation de transactions différemment et provoque une incertitude sur la façon de faire des affaires dans le système financier islamique. Cela rend parfois difficile l'évaluation des risques à la fois pour l'institution financière et le client<sup>452</sup>.

Au sein de l'industrie financière islamique il est nécessaire de réglementer, de normaliser. Cette normalisation de l'industrie est largement tributaire de l'établissement d'un système universellement accepté au regard des besoins d'interprétation et de codification de la Charia<sup>453</sup>.

---

<sup>448</sup> Le Common Law anglais et le droit civil français ont été reconnus comme les systèmes juridiques les plus répandus dans le monde, y compris la plupart des États du Moyen-Orient où la Charia réglemente des aspects limités de la loi. Les contrats financiers islamiques ne sont pas traités différemment de tous les autres contrats commerciaux qui ne sont pas réglementés par la Charia dans la plupart des juridictions du Moyen-Orient.

<sup>449</sup> M. AIDA, préc., note 426, p. 40

<sup>450</sup> M. EL-GAMAL, *Islamic Finance: Law, Economics and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 58-60

<sup>451</sup> J.-C. COLON, préc., note 282, p. 413

<sup>452</sup> M. AIDA, préc., note 426, p. 42

<sup>453</sup> *Id.*, p. 40-42

On perçoit ici des progrès, mais ce manque de cohérence sur la conformité religieuse des transactions à la Charia reste cependant un problème.

#### 4. Le choix de la Charia pour régir le litige

Dans la pratique, on peut constater aujourd'hui que le choix de la Charia pour régir le litige est de plus en plus présent<sup>454</sup>. Les litiges concernant les finances islamiques sont une illustration de cette ampleur.<sup>455</sup>

Le *corpus juris* musulman est désormais applicable de différentes manières dans un arbitrage commercial international. Les parties peuvent convenir que l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage, la constitution du tribunal et la procédure sont régis par la Charia. La Charia est ici faite source de l'arbitrage, ce qui est néanmoins dépendant de la place reconnue dans le système juridique à des types d'arbitrage qui se développent en marge des lois codifiées.<sup>456</sup>

La Charia peut ainsi être désignée par les parties ou les arbitres pour gouverner le fond du litige. Les clauses visant la Charia ne se réduisent pas seulement au fond du litige. L'application de la Charia peut englober également les questions de procédure. L'efficacité d'une telle stipulation dans un contrat de financement islamique peut être assurée grâce à l'incorporation des principes de la Charia dans le contrat directement et contractuellement ; par la référence à un droit étatique s'inspirant de la Charia ; ou encore en se référant aux institutions ayant élaboré une codification avec l'équivalent des principes et du droit applicable en matière de finance islamique<sup>457</sup>.

Ainsi, si on veut assurer l'application des prescriptions de la Charia, l'arbitrage est une bonne solution permettant d'assurer une utilisation efficace de ce type de contrat « Charia-compatible ». Ce mode de règlement est en effet plus accueillant à l'égard des droits non

---

<sup>454</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 44

<sup>455</sup> M.-B. AYAD, « Harmonisation of International Commercial Arbitration, Law and Shari'a; the case of Pacta Sunt Servanda vs. Ordre Public ; the use of Ijtihad to Achieve Higher Award Enforcement », (2009) 6 *MqJBL* 93

<sup>456</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 44

<sup>457</sup> Walid BEN HAMIDA, Colloque « L'arbitrage international et le droit musulman : vers une démythification de la Charia ? », Centre de médiation et d'arbitrage, Paris, 2016. En ligne : <http://aidimm.com/larbitrage-international-droit-musulman-vers-demystification-de-charia-partie-ii/>

étatiques<sup>458</sup>. L'arbitre international doit respecter la volonté des parties et il n'y a pas de contrôle étatique sur le droit applicable au fond du litige<sup>459</sup>. Il en résulte que la Charia est aujourd'hui considérée comme un « corpus in extenso » grâce à l'utilisation des techniques islamiques d'élaboration et d'application du droit issu de la Charia. Les parties peuvent viser des dispositions de la Charia ou les combiner avec un droit étranger sous réserve de ne pas violer ses principes essentiels<sup>460</sup>.

L'application des enseignements non codifiés du *Fiqh* s'effectue désormais pour des questions ponctuelles dans l'arbitrage, hormis certaines questions régies ou interprétées par le *Fiqh* dans les pays où la Charia conserve un rôle positif dans le système.<sup>461</sup>

Soulignons toutefois que le choix de la Charia comme loi applicable ne peut aboutir à écarter les règles impératives du pays hôte lorsque le contrat doit y déployer des effets. Le rapport Paris Europlace Commission For Islamic Finance (PECIF)<sup>462</sup> aux points 5.6.3 et 5.6.4. énonce qu'en cas de conflit entre la Charia et une disposition législative impérative nationale obligatoire, seule la règle de la Charia visée doit être écartée. Cependant, si les parties ont exprimé la volonté d'appliquer la Charia au reste du contrat litigieux, l'application des autres règles qui en sont issues ne doit pas être remise en question, sinon cela reviendrait à nier le caractère normatif de cette dernière. Par conséquent, le fait d'écarter une disposition impérative de la Charia ne concerne pas nécessairement toute son application. Certains tribunaux ont par exemple neutralisé l'interdiction de l'intérêt de façon à opter pour un « dépeçage » en n'appliquant pas le droit musulman à la question des intérêts mais en l'appliquant à d'autres stipulations du contrat.<sup>463</sup> On a donc des cas où certaines prescriptions ponctuelles de la Charia sont écartées sans qu'une telle méthode ne soit considérée comme une exclusion *per se* de cette dernière.

---

<sup>458</sup> *Id.*,

<sup>459</sup> *Id.*,

<sup>460</sup> N. NAJJAR, Colloque « L'arbitrage international et le droit musulman : vers une démythification de la Charia ? », Centre de médiation et d'arbitrage, Paris, 2016. En ligne : <http://aidimm.com/larbitrage-international-droit-musulman-vers-demystification-de-charia-partie-ii/>

<sup>461</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 45

<sup>462</sup> Voir « Proposal - Group on Governing Law and Dispute Resolution in Islamic Finance », préc., note 424, p. 415-430. Voir aussi N. NAJJAR, *Arbitration and International Trade in the Arab Countries*, coll. Brill's Arab and Islamic Laws Series, Brill, 2017, p. 648

<sup>463</sup> I. FADLALLAH, préc., note 369, p. 307

Ce type de difficulté est connu en droit international privé lorsque les différents aspects d'une même situation juridique peuvent être soumis à des lois différentes (capacité, fond, forme procédure). Cette tendance est renforcée par les mouvements de codification en la matière qui sont de plus en plus précis. Les diversités des disciplines nationales conduisent parfois à des situations dans lesquelles les lois applicables aux contrats conduisent à des solutions d'ensemble contradictoires<sup>464</sup>.

Sous cet aspect, ce mécanisme du « dépeçage » se rapproche de celui de l'ordre public en droit international privé. Ce concept n'a pas simplement pour objet la sauvegarde des institutions fondamentales à la civilisation du for, mais il intervient aussi pour des raisons techniques comme au titre de l'urgence ou contre une institution juridique étrangère inconnue. Ce mécanisme pose des problèmes au fonctionnement normal de la règle de conflit car il intervient seulement pour écarter une loi étrangère compétente.<sup>465</sup> C'est ainsi que la méthodologie relevant du droit comparé est ici efficace, car elle peut permettre une substitution des dispositions provenant dans la mesure du possible du même droit étranger et permettant une meilleure uniformité des solutions.<sup>466</sup>

L'apport de la finance islamique postule en faveur d'une application des principes de la Charia sans toujours passer par l'application d'une loi étatique nationale. En matière de finances islamiques Kilian Balz affirme :

« Islamic finance should not be viewed in the contexte of « Islamization of the law » but as part of a revival of Islamic religious ethics in international business » where Sharia principles in Islamic finance are applied as ethical principles and not as legal principles. »<sup>467</sup>

En effet, la finance islamique a permis de respecter les principales prohibitions coraniques dans des transactions transnationales afin d'accompagner la progression des pratiques commerciales.

---

<sup>464</sup> M. Andrea GIARDINA, « Les contrats liés en droit international privé », dans *Droit International Privé, Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, A. Pedone, 2000, p. 102-103

<sup>465</sup> P. LAGARDE, « Recherches sur l'ordre public en droit international privé », (1960) 12-4 *RIDC* 864-866

<sup>466</sup> *Id.*,

<sup>467</sup> Kilian BALZ, *Sharia Risk? How Islamic finance has transformed Islamic Contract law*, USA, Islamic legal studies Program Harvard Law school, 2008, p. 7



A cet égard, l'auteur affirme aussi : "Islamic finance does not mean to apply Islamic law ; it only employs Islamic law exclusively to ascertain the permissibility of a certain transaction : the decisive question is whether the transaction is « halal », « permissible »"<sup>468</sup>." L'auteur admet cependant que pour des questions de finances islamiques :

« The law of Islamic finance is a kind of transnational law. In contrast to other legal orders, in Islamic Law the role of civil society in the law making process has always been paramount and only more recently has the nation state claimed the monopoly to determine legal rules in the Muslim world. However in Islamic finance this is merged with the modern appearances of transnational law, namely, that law is made through business practices. As a result, a global *lex Mercatoria* of Islamic financial transactions has evolved ».<sup>469</sup>

Suivant cette option, il ne s'agit pas forcément d'appliquer une loi nationale mais de recourir aux principes prescrits par la Charia pour assurer son respect dans un contrat. On pourrait faire un rapprochement avec la *lex mercatoria* ou les principes Unidroit dans la mesure où ils permettent de poser des principes généraux dans certains domaines commerciaux. Alain Pellet admet que la *lex mercatoria* est par essence délocalisée, sa raison d'être est de faire échapper les rapports des acteurs transnationaux à l'application d'un droit national, quel qu'il soit, au prétexte qu'il serait inadapté.<sup>470</sup>

Le choix de la Charia pour les pays arabo-musulmans n'est cependant pas réellement assimilable au choix de la *lex mercatoria* dans la mesure où l'identité même des pays en cause est islamique, et que la Charia conserve une place dans le système même si cela n'est qu'à titre subsidiaire dans le domaine du droit des affaires.<sup>471</sup>

Le rapport de la *Paris Europlace Commission for Islamic Finance* en matière de finance islamique<sup>472</sup> énonce :

« Le groupe de travail reconnaît que, comme en droit commun et dans la *lex mercatoria* la Charia ne doit pas être considérée comme un corps de règles préexistantes, exhaustivement codifié et appliqué de manière abstraite.

---

<sup>468</sup> *Id.*,

<sup>469</sup> *Id.*, p. 25

<sup>470</sup> Alain PELLET, « La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, A propos des 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 57

<sup>471</sup> N. NAJJAR, préc., note 33, p. 472

<sup>472</sup> « Proposal - Group on Governing Law and Dispute Resolution in Islamic Finance », préc., note 424, p. 415-430

L'application de la Charia se compose essentiellement d'une méthode qui garantit une approche relevant de la casuistique en utilisant diverses sources de la Charia qui répondent aux particularités de chaque situation ».

Il est ainsi nécessaire de prendre en considération les particularités de la Charia. L'approche de la Charia ne serait ainsi pas en totalité différente de celle de la *lex mercatoria*, la Charia ne trouvant son fondement dans aucun système législatif spécifique.

Il n'y a pas, de ce fait, de réel consensus sur les règles islamiques spécifiques en matière d'arbitrage dans le contexte du règlement des différends commerciaux internationaux modernes. L'avocat et chercheur Kutty Faisal suggère dans "*The Shari'a factor in International Commercial Arbitration*"<sup>473</sup> : « there is a need to reform Islamic law from within to deal with contemporary norms, transactions and institutions, but there is an equal need to better accommodate and address the issues of concern from an Islamic perspective. »

Malgré les points de vue des différentes écoles qui continuent à persister dans le monde islamique, la tendance actuelle des juridictions islamiques et instituts d'arbitrage islamiques est de s'harmoniser avec les standards et normes internationales, notamment avec les règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).<sup>474</sup> Il existe toujours des législations plus traditionnelles ne prenant pas vraiment en compte les exigences du commerce international, mais de plus en plus de législations modernes ont fait leur apparition<sup>475</sup>. Ces droits tentent donc de répondre aux principes fondamentaux du commerce international de liberté et de sécurité en matière d'arbitrage international<sup>476</sup>.

Un nouveau projet de législation et de règles d'arbitrage limite le rôle de la Charia à assurer qu'il n'y a pas de violation claire des principes islamiques à la fois dans le processus d'arbitrage et dans la loi applicable régissant la procédure, ce qui pourrait correspondre à une loi d'État

---

<sup>473</sup> K. FAISAL, préc., note 3, p. 623

<sup>474</sup> M. AIDA, préc., note 426, p. 55

<sup>475</sup> Illustration par le cas de la clause compromissoire, désormais admise dans tous les pays arabes, même les pays de droit traditionnels. Cette dernière a été reconnue par un arrêt de la cour suprême libyenne le 5 avril 1970 reconnaissant sa validité. En Arabie Saoudite, depuis 2012, il n'est plus fait mention d'une exigence d'homologation et la convention a désormais un effet obligatoire.

<sup>476</sup> A. OUNISSI, préc., note 362

convenue par les parties contractantes.<sup>477</sup> La tendance actuelle dans les juridictions musulmanes est de considérer les principes de la Charia ou loi islamique comme une loi de fond plutôt que de procédure. Cela paraît en effet possible du fait que les principales sources de la Charia, le Coran et la Sunna sont silencieuses sur les règles applicables aux procédures d'arbitrage ce qui conduit à un pouvoir discrétionnaire des parties à ce sujet.

La pratique à ce jour de la finance islamique dans le règlement extrajudiciaire des différends devrait servir de guide aux tribunaux de droit commun et de droit civil pour interpréter la méthode selon laquelle la Charia devrait être appliquée dans le contrat aux côtés des lois nationales<sup>478</sup>. Lorsqu'une référence à la loi islamique est présente dans un contrat, cette dernière est faite dans le but d'assurer, lors de la résolution d'un éventuel litige, une application des principes qui en sont issus. Les parties à un contrat devraient donc être en mesure de se séparer complètement d'un système national, notamment par le biais d'une clause d'arbitrage<sup>479</sup>.

Les termes du contrat étant basés sur le respect des principes la Charia, dans la mesure où, les parties consentent au recours à ces dispositions dans la clause de choix de loi, il conviendra de s'y soumettre afin de respecter l'esprit de la transaction et la volonté des parties. Les transactions conformes à la Charia conduisent à un nouveau défi à savoir « résumer des concepts abstraits dans des transactions réelles »<sup>480</sup>.

---

<sup>477</sup> M. AIDA, préc., note 426, p. 55

<sup>478</sup> J.-C. COLON, préc., note 282, p. 412-413

<sup>479</sup> *Id.*,

<sup>480</sup> *Id.*, p. 412-417

## CONCLUSION

L'arbitrage commercial international présente une grande flexibilité dans la résolution des différends commerciaux complexes. Cette caractéristique apparaît ainsi comme un avantage dans le traitement des règles strictes de la Charia. L'objectif de l'arbitrage international est en effet de permettre une résolution des différends parallèle à la justice étatique, tout en assurant un gage d'impartialité et d'indépendance. L'arbitrage commercial international est cependant confronté à des difficultés du fait qu'entre Orient et Occident les cultures et les traditions juridiques varient fortement<sup>481</sup>.

Notre étude nous a permis de comprendre ce qu'était la Charia et le droit musulman. La perspective historique abordée a permis de constater que les pays arabo-musulmans accordent une grande place à la Charia, mais que son influence s'exerce principalement dans le domaine du statut personnel. En effet, les mouvements de colonisation, les codifications, les réformes, le développement économique et la mondialisation sont autant de facteurs permettant aujourd'hui d'affirmer que le droit des affaires de ces pays est réellement détaché des préceptes religieux.

En effet, le contenu du droit musulman des affaires initialement très conservateur et rattaché en totalité à la révélation conduisait à ce que beaucoup de règles et coutumes sociales soient considérées comme archaïques et donc impraticables dans le monde commercial mondialisé d'aujourd'hui. Par conséquent, la culture commerciale de ces pays continuait également de résister aux changements et aux tendances de la communauté internationale malgré leur croissance constante.

Cependant, le droit musulman des affaires a su se développer par le recours aux principes généraux, le phénomène des codifications, l'intervention des praticiens et de la coutume, ou encore par l'insertion de subterfuges et expédients juridiques. L'apport des lois occidentales au sein même des législations dans le domaine des affaires montre cette volonté constante de

---

<sup>481</sup> I. FADLALLAH, préc., note 369, p. 307-308

s'adapter au commerce mondial. On dénote que de nombreux pays islamiques ont ressenti le besoin d'adhérer à de nouvelles règles commerciales et d'adopter des dispositions en conformité avec les lois développées et modernes du commerce international.

Cette modernisation s'est présentée comme impérative face au rejet initial de la Charia dans l'arbitrage commercial international. En effet, l'analyse des décisions arbitrales des années 1950 aux temps plus modernes d'aujourd'hui démontre que la normativité de la Charia et du droit musulman était particulièrement contestée.

Dans la première sentence *Cheikh D'abu Dhabi Petroleum*<sup>482</sup> le droit musulman était complètement rejeté du fait de son caractère primitif et inadapté. Plusieurs décisions ultérieures soutenaient cette première sentence et écartaient le droit musulman en utilisant différents procédés comme le risque d'annulation du contrat ou encore son internationalisation. Cependant aucune décision n'explicitait réellement les motifs contenus dans le droit musulman justifiant ces exclusions.

Une évolution s'est cependant dessinée à compter des années 1970 avec la décision *LIAMCO*<sup>483</sup> qui permettait l'application du droit musulman, en l'espèce le droit qatari. Cependant l'application était à nouveau contestée du fait que ce droit paraissait inadapté à régir les contrats commerciaux complexes. Les années 1980 ont alors permis de déclarer révolu l'épisode des sentences pétrolières en reconnaissant véritablement l'application du droit musulman dans l'affaire *Wintershall c. Gouvernement Qatar*<sup>484</sup> où le droit musulman fut appliqué au fond du litige. Les tribunaux judiciaires ont d'ailleurs soutenu cette évolution même si dans la décision *BEXIMCO Case*<sup>485</sup> ils se refusaient à l'application de la Charia du fait de la Convention de Rome interdisant de recourir à un droit non national. Les juges ont toutefois précisé que cela était possible dans un arbitrage international face à la liberté de choisir le droit applicable au fond et l'inapplicabilité de la convention de Rome en l'espèce. Cette décision est celle ayant le

---

<sup>482</sup> *Cheikh d'Abu Dhabi v. Société Petroleum Development Ltd*, I.C.L.Q., préc., note 286, p. 247

<sup>483</sup> *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, M. T. B COALE, préc., note 308, p. 234

<sup>484</sup> *Wintershall c. Government of Qatar*, I.L.M., préc., note 398, p. 795-798

<sup>485</sup> *Beximco Pharmaceuticals Ltd v. Shamil Bank of Bahrain*, préc., note 412

plus développé les motifs à l'origine de l'exclusion du droit musulman. On a pu ainsi analyser le problème de la diversité des écoles islamiques et de leurs interprétations, l'absence de consensus et d'autorité spirituelle suprême dans le monde musulman, ce qui conduit inévitablement au problème de détermination du contenu de ce dernier face au manque de codifications auxquelles les arbitres pourraient se référer.

Malgré l'adoption de codes civils par de nombreux pays islamiques, chacun a développé son propre ensemble de règles en fonction de sa propre interprétation des sources islamiques; par conséquent, la plupart de ces pays ont des lois très favorables aux affaires et à l'arbitrage commercial. Cependant, de nombreux auteurs ont pu déplorer une attitude négative envers la culture islamique affectant à la fois le processus d'arbitrage et les points de vue des parties et avocats envers l'arbitrage<sup>486</sup>. Afin de changer la perception négative, voire primitive de la Charia, il incombe aux acteurs musulmans (juriste et praticiens) de fournir des conseils sur les pratiques conduites lors de son application<sup>487</sup>. Pour atteindre cet objectif, les pays arabes doivent se familiariser avec le concept de l'arbitrage international, et introduire un dialogue entre les arbitres occidentaux et musulmans.<sup>488</sup>

C'est réellement dans le domaine de la finance islamique où de réelles évolutions ont pu se produire. En effet, la finance islamique a permis de respecter les principes de la Charia sans toujours recourir à une loi nationale. De nombreux comités de finances islamiques ont ainsi été créés et certains ont agi en faveur des codifications des règles de la Charia, ce qui a permis de présenter une solution pour certains conflits internationaux même si d'autres solutions existaient déjà par des procédés classiques issus du droit musulman tel que la doctrine *Al-Takhayour*.

Comme l'arbitrage international est toujours la méthode préférée de règlement des différends commerciaux internationaux, les pays occidentaux intéressés à des relations commerciales avec

---

<sup>486</sup> I. FADLALLAH, préc., note 369, p. 307-308

<sup>487</sup> J.-C DELAUNAY, préc., note 330, p. 162

<sup>488</sup> I. FADLALLAH, préc., note 369, p. 309-315

les pays arabes doivent acquérir une meilleure compréhension de l'Islam et des règles de la Charia<sup>489</sup>. Des efforts ont ainsi été exigés des arbitres occidentaux, pour ne pas tomber dans le piège de l'ethnocentrisme et respecter le principe de l'impartialité et les différences culturelles.

Une autre solution possible constituerait à créer un institut islamique indépendant pour adopter et élaborer un ensemble de règles régionales et internationales que les pays occidentaux et islamiques pourraient accepter et utiliser comme règles d'arbitrage de base<sup>490</sup>. On permet ainsi aujourd'hui de choisir la Charia pour régir un litige dans une approche qui pourrait s'apparenter à celle de la *lex mercatoria*. Cependant, il reste plus aisé afin de ne pas se heurter aux problèmes toujours non résolus d'application de la Charia, de recourir à une loi nationale d'un Etat musulman. Il y aurait ainsi selon Nathalie Najjar une tendance à ce que la Charia puisse devenir source directe du commerce international<sup>491</sup>.

Par conséquent certains auteurs ont affirmé des positions tranchées en faveur de solutions qui pourraient clore le conflit mais qui sont difficilement réalisables ou difficiles à mettre en place. Ibrahim Fadlallah propose, par exemple le développement d'un ensemble de règles culturellement sensibles qui faciliterait l'arbitrage commercial, donnant aux pays en développement la confiance d'utiliser ce procédé et d'appliquer les sentences arbitrales dans leurs pays<sup>492</sup>.

Ces étapes ne constituent pas une tâche facile et nécessitent des efforts de la part de toutes les parties impliquées ainsi que de la part des institutions internationales existantes.

---

<sup>489</sup> *Id.*, p. 307-308

<sup>490</sup> *Id.*, p. 313-325

<sup>491</sup> N. NAJJAR, préc., note 30, p. 147. Voir aussi M.-B. AYAD, préc., note 455

<sup>492</sup> I. FADLALLAH, préc., note 369, p. 317

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Monographies

ABU TALEB, S., *La Shari'a islamique et le droit positif dans les pays arabes : histoire et prospective*, Le Caire, CEDEJ, 1994

AL DABBAGH, H., *La clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières à crédit - Etudes de droit comparé français et irakien*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Paris, Eyrolles, 2005

AL-Ṭāhir IBN 'ĀSHŪR, M., *Ibn Ashur: treatise on Maqāṣid al-Shari'ah*, Translated from the Arabic and Annotated by Mohamed El-Tahir El-Mesawi, London, The international Institute of Islamic Thought, 2006

BALTZ, K., *Sharia Risk? How Islamic finance has transformed Islamic Contract law*, USA, Islamic legal studies Program Harvard Law school, 2008

BHATTI, M., *Islamic Law and International Commercial Arbitration*, 1<sup>e</sup> éd, Monash, Routledge, 2018

BREINER, B., *A Christian View of Human Rights in Islam*, Two Papers on Shari'ah, Birmingham: CSIC Papers, B. Breiner éd., 1992

CARBONNIER, J., *Droit civil. 4. Les obligations*, 22<sup>ème</sup> éd, coll. Thémis Droit privé, Presses Universitaires de France, 1993

CARDAHI, C., *Droit et morale : Le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale*, t. n° 3, coll. Annales de la faculté de droit de Beyrouth, Paris, Libraire générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Aujias, 1958

CHARNAY, J-P., *Esprit du droit musulman*, coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2008

CHEHATA, C., *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite : les sujets de l'obligation*, Paris, Sirey, 1969

COMAIR-OBEID, N., *Les Contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995

COULSON, N., *A history of Islamic law*, Edinburg, Edinburg: University Press, 1978

DE BELLEFONDS, Y.-L., *Traité de droit musulman comparé*, vol. n°1, Paris, Mouton & Co, The Hague, 1965



DELAUNAY, J.-C., *Services cultures mondialisation : les services juridiques dans les relations économiques euro-arabes*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Université, 1994

DE WAËL, H., *Le droit musulman : nature et évolution*, 2e édition, Paris, Notes Africaines, Asiatiques et Caraïbes, 1993

DUPRET, B., *La Charia aujourd'hui : usages de la référence au droit islamique*, coll. Recherches, Paris, La Découverte, 2012

DUPRET, B., *La Charia : des sources à la pratique, un concept pluriel*, coll. Cahiers libres, Paris, La Découverte, 2014

EL-AHDAD, A.-H., *Arbitration with the Arab Countries*, 2e éd, The Netherlands, Kluwer Law International, 1990

EL-GAMAL, M., *Islamic Finance: Law, Economics and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009

FOUCHARD, P., GAILLARD, E., GOLDMAN, B., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Londres, Emmanuel Gaillard and John Savages éd., Kluwer Law International, 1999

FREGOSI, F., *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004

GARDET, L., *Les hommes de l'Islam : approche des mentalités*, coll. Le Temps et les hommes, Bruxelles, Hachette, 1977

Gouilly, A., *Renaissance moderne de l'Islam*, Paris, la Nouvelle édition, 1954

GUIDERE, M., *Les règles juridiques de l'islam sunnite*, Paris, l'Harmattan, 2014

HARRIS, P., R., MORAN, S.-V., MORAN, *Managing Cultural Differences: Global Leadership Strategies for the 21st Century*, 6<sup>e</sup> éd, vol. n°27, USA, Butterwoth-Heinemann, 1991

HENDIZADEH, B., *International Commercial Arbitration: The Effect of Culture and Religion on Enforcement of Award*, Kingston Ontario, Queen's University, 2012

HUBER, P., MULLIS, A., *The CISG : a new textbook for students and practitioners – Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Allemagne, Sellier, 2007

JAHEL, S., *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, coll. Sciences juridiques et politiques, Paris, Panthéon Assas, 2012

LHUILIER, G., *Le droit transnational*, coll. Méthodes du droit, Rennes, Dalloz, 2016

MALAURIE, P., L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCKT, *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois Lextenso, 2007

MAYER, P., *The application of Substantive Law by international Arbitrators*, coll. ICC Institute of World Business Law, Chambre de Commerce Internationale – C.C.I., 2014

NAJJAR, N., *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2016

OBEIDI, Z., *La banque islamique-une nouvelle technique d'investissement*, Beyrouth, Dar Ar-Rachad al-islamiyya, 1988

OPWIS, F.-M., *Maṣlaḥa and the purpose of the law: Islamic discourse on legal change from the 4th/10th to 8th/14th century*, Georgetown, Leiden: Brill, 2010

PICKEN, G.-N., *Islamic law - Critical concepts in Islamic Studies*, 1e éd., Londres, Routledge, 2010

POUPART, A., *Adaptation et immutabilité du droit musulman – L'expérience Marocaine*, coll. Histoire et perspectives méditerranéennes, Paris, L'Harmattan, 2008

REDA, M.-H., *Islamic Commercial Law: Contemporariness, Normativeness and Competence*, coll. Brill's Arab and Islamic Laws Series, Brill-Nijhoff, 2018

RIGAUX, F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, A. Pedone, 1977

RODINSON, M., *Islam et capitalisme*, Paris, Le Seuil, 1966

SALEH, S., *Commercial Arbitration in The Arab Middle East, Shari'a, Lebanon, Syria, and Egypt*, 2<sup>nd</sup> éd, vol. n° 1, USA& Canada, Hart Publishing, 2006

SANHOURY, A., *Les principes du gouvernement en Islam – Le Califat et son évolution*, coll. Pensées politiques, Al Qalam & Geuthner, 2016

SCHACHT, J., *An introduction to Islamic law*, Oxford, Clarendo Press, 1964

TERRAY, E., *Christian Décobert, Le mendiant et le combattant. L'institution de l'Islam*, coll. "Antropologie", Paris, Le Seuil, 1991

## II. *Articles de revue et études d'ouvrages collectifs*

ABDELKADER, D., « Modernity, the principles of public welfare (Maslaha) and the end of goals of Shari'a (Maqusid) in muslim legal thought », (2003) *Islam and Christian-Muslim Relations* 163

ABDUL-HAMID, A., « L'intérêt en droit musulman », (1983-1984) *Proche Orient- Etudes juridique* 130

AIDA, M., « Arbitration of Islamic Financial Disputes », (2014) 20 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 46

AL DABBAGH, H., « La réception du modèle juridique français par le code civil Irakien », (2005) 57-2 *RIDC* 265

AL DABBAGH, H., « Droit comparé et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité », (2015) 2 *Journal of Comparative Law in Africa* 4

AL DABBAGH, H., « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen Orient », (2013) 43 -1/2 *R.D.U.S.* 387

AL DABBAGH, H., « Printemps Arabe et l'Évolution des rapports Islam-Etat : l'Exemple de l'Égypte et de la Tunisie », (2013) 47-1 *RJTUM* 82

AL DABBAGH, H., « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », (2014) *Rev. Erusma* 94

AL-JUMAH, K.-M., « Arab State Contract Disputes: Lessons from the Past », (2002) 17-3 *A.L.Q.* 232

ANDERSON, J., « The Shari'a and Civil Law », (1954) 1 *Islam. Quarterly* 31

ARNALDEZ, R., « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques », (1993) 38 *Arch. philo. dr.* 85

AYAD, M.-B., « Harmonisation of International Commercial Arbitration, Law and Shari'a ; the case of Pacta Sunt Servanda vs. Ordre Public ; the use of Ijtihad to Achieve Higher Award Enforcement », (2009) 6 *MqJBL* 93

BADERIN, M.-A., « Establishing Areas of Common Ground between Islamic Law and International Human Rights », (2001) 5-2 *I.J.H.R.* 72-113

BAMBACH, L.-A., « The Enforceability of Arbitration Decisions Made by Muslim Religious Tribunals: Examining the Beth Din Precedent », (2010) 25 *J.L. & Religion* 379

- BATIFFOL, H., « La sentence ARAMCO et le droit international privé », (1964) 53 *Rev. crit. D.I.P* 650
- BECHOR, G., « The Sunhuri Code and the Emergence of Modern Arab Civil Law », (2007) 29 *I. L. & S* 86
- BEDJAOU, M., « Etats majeurs ou Etats stagiaires », dans *Académie de Droit International de la Haye. Recueil des Cours 1970-II*, t. n° 130, Leiden : Brill, 1970
- BEN ABDERRAHMAN, D., « A contribution to the study of the Koranic sources of Saudi Arabian Business law », (1988) 3-2 *A.L.Q.* 132
- BEN HAMIDA, W., « L'incidence des intérêts moratoires sur l'exécution des sentences arbitrales dans les pays arabes », (2012) *Rev. Arb* 539
- BOUCOBZA, X., « La prise en compte des intérêts de l'Etat dans le commerce international », (2005) 3-2 *Rev. Arb.* 465
- BOUSQUET, G.-H., « Etudes islamologiques d'Ignaz Goldziher : traduction analytique », (1969) 7-1 *Arabica* 13
- CARDAHI, C., « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique (analyse et synthèses comparatives) », (1955) 7-3 *RIDC* 499
- CAUSSE, G., « Le sort des banques islamiques : De la difficulté de satisfaire des objectifs multiples, The fate of Islamic banks : the difficulty of meeting multiple objectives », (2012) *R.S.G* 255
- CHARNAY J.-P, LE BRAS G., J., BERQUE, « Normes et valeurs dans l'islam contemporain », (1967) 23-1 *Arch. soc. Relig* 183
- CHEHATA, C., « Les survivances musulmanes dans les codifications du droit égyptien », (1965) 17-4 *RIDC* 840
- COALE, M.-T., « Stabilization clauses in International Petroleum Transactions », (2001-2002) 30 *Den. L.J. Int'L P.* 235
- COLON, J.-C, « Choice of Law and Islamic Finance Note », (2010) 46 *Tex. Int'l L. J.* 411
- DAURA, A., « A Brief Account of the Development of the Four Sunni Schools of Law and Some Recent Developments », (1968) 2 *J Islam & Comp L* 1
- DARANKOUM, E.-S., « L'application des principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et les juges étatiques », (2002) 36 *Thémis* 433
- FADLALLAH, I., « Arbitration facing conflicts of Culture », (2009) 25-3 *Arb. Int.* 307

- FLORY, M., HENRY, J.-R., « L'enseignement du Droit Musulman », (1991) 43-3 *RIDC*
- FOSTER, N.-H., « Islamic Finance Law as an Emergent Legal System », (2007) 21 *A.L.Q.* 170
- GAILLARD, E., « Transnational Law : a legal system or a method of decision making? », (2001) 17 *Arb. Int.* 1
- GIARDINA, A-M., « Les contrats liés en droit international privé », dans *Droit International Privé, Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, A. Pedone, 2000
- GOLDMAN, B., « Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », (1979) *JDI* 475
- GKENN, H.-P., « La tradition juridique nationale », (2003) 55-2 *RIDC* 267
- HASSAN, H., « The Spirit of Islamic Law », (2001) 23 *Islam. Stud.* 327
- HILL, E., « Al-Sanhuri and Islamic Law: The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, egyptian jurist and scholar », (1987) 3-2 *A.L.Q.* 3
- HUSSIN, I., « Circulations of Law: Cosmopolitan Elites, Global Repertoires, Local Vernaculars », (2014) 32 *Law & Hist. Rev.* 773
- HUSSEIN, H., « Contracts in Islamic Law: The Principles of commutative justice and liberality », (2002) 13-3 *Islam. Stud.* 260
- JAHEL, S., « Charia et contrats internationaux » dans *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000
- JAHEL, S., « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », (2003) 55-1 *RIDC* 105
- JAHEL, S., « Code civil et codification dans les pays du monde arabe », dans *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004
- KAMALI, M.-H., « Principles of Islamic Jurisprudence », (2003) 28-2 *Middle East Studies Association Bulletin* 242
- KEGEL, G., « The crisis of Conflict of Laws », (1964) 112 *RCADI* 92
- KUTTY, F., « The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration », (2006) 6-1 *Loy.L.A.Int'l & Comp.L.Rev.* 63
- LAGARDE, P., « Recherches sur l'ordre public en droit international privé », (1960) 12-4 *RIDC* 864

LALIVE, J.-F., « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère : Sapphire International Petroleum Limited c. National Iranian Oil Company », (1962) 19 *Annuaire Suisse de droit international* 297

LALIVE, J.-F., « Recent Version: Abrogation or Alteration of an Economic Development Agreement Between A State and A Private Foreign Party », (1962) 17-2 *Bus. Law.* 439

LEDUC, A., « L'émergence d'une nouvelle lex mercatoria à l'enseigne des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse », (2001) 35 *Thémis*

LEGEAIS, R., « Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative », (2009) 61-1 *RIDC* 224

LINANT DE BELLEFONDS, Y., « L'autonomie de la volonté en droit musulman », (1958) *RIDC* 89

LINANT DE BELLEFONDS, Y., « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte », (1955) 7-7 *RIDC* 5-34

LOUSSOUARN, Y., « La règle de conflit est-elle neutre ? » dans *Droit international privé : Travaux du comité français de droit international privé*, 3<sup>e</sup> année, t. n°2, Centre national de la recherche scientifique et Centre régional de publication de Paris, CNRS, 1981

LOUSSOUARN, Y., « L'évolution de la règle de conflit de lois » dans *Droit International privé : Travaux du comité français de droit international privé*, Journée du Cinquantenaire, Persée, 1988

MEZGHANI, A., « Le Droit Musulman et L'arbitrage » (2008) 2 *Rev. Arb.* 211

MEZGHANI, A., « Retour sur les pays arabes et l'arbitrage commercial international », dans SADEK EL-KOSHERI FESTSCHRIFT, A., *From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, Nassib G. Ziadé éd., Kluwer Law International, 2015

MOGHUL, U.-F., « Approximating Certainty in Ratiocination: How to ascertain the 'Illah (effective cause) in a legal system and how to determine the ratio decidendi in the anlo-american common law », (1999) 4 *ILJ* 125

MOHTASHEMI, R., « Banishing the Ghost of Lord Asquith's Award: A resurgence of arbitration in the Middle East, article based on the remarks presented by the author at the LCIA Arab Users' Council Symposium held in Abu Dhabi on 13 March 2014 », (2014) 1-1 *Int. Arb. Rev.* 121

MOUSSERON, J.-M., « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », (1968) 20-1 *RIDC* 37

NOKKARI, C.-M., « Les sources du droit musulman dans les écoles jurisprudentielles », dans *Les sources du droit, Aspects Contemporains*, Centre d'études des droits du monde arabe, Beyrouth, Société de législation comparée, 2007

OPPETIT, B., « Les principes généraux en droit international privé », (1987) t. n°32 *Arch. philop. dr.* 182

OPWIS, F., « Maşlaḥa in Contemporary Islamic Legal Theory », (2005) 12-2 *I.L. & S.* 182

OUNISSI, A., « Les principes fondamentaux de l'arbitrage dans les législations arabes : étude comparative entre les droits arabes 'moderne' et 'traditionnel' de l'arbitrage », (2015) *Droit commercial et pratique des affaires internationales*, Institut d'Études sur le Droit et la Justice dans les sociétés Arabes

OUSSAMA, A., « Contract stipulations (shurut) in Islamic law : The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya », (1998) 30-1 *Int'l J. Mid. E. Stud.* 30

PAIR J.D, L.-M., « Cross-Cultural Arbitration: Do the Differences Between Cultures Still Influence International Commercial Arbitration Despite Harmonization? », (2002) *ILSA J. Int'l & Comp. L* 57

PELLET, A., « La lex mercatoria, « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, A propos des 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000

RIGAUX, F., « Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale », (1978) 67 *Rev. crit. D.I.P* 439

RIZWAN, S.-U., « Foreseeable Issues and Hard Questions: The Implications of U.S. Courts Recognizing and Enforcing Foreign Arbitral Awards Applying Islamic Law Under the New York Convention », (2013) 98 *Cornell L. Rev.* 493

SALEH, N., « Formation and Définition of contract under Islamic and Arab law », (1990) 2 *A.L.Q.* 101

SANHOURY, A., « Le droit musulman come élément de refonte du Code civil égyptien » dans *Introduction à l'étude du droit comparé, recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, vol. n°2, Paris, Sirey & L.G.D.J, 1938

SCHWING, M.-A., « The KLRCA I-Arbitration Rules: A Shari'a-Compliant Solution to the Problems with Islamic Finance Dispute Resolution in Singapore and Malaysia? », (2017) 34-3 *J. Int. arb* 444

SIMONSOHN, U., « The Christians Whose Force is Hard: Non-Ecclesiastical Judicial Authorities in the Early Islamic Period », (2010) 53-4 *J.Econ. & Soc. Hist. Orient* 590

William K. SLATE, « Paying attention to « Culture » in international arbitration », (2004) 59-3 *Disp. Resol. J.* 96

STALLARD, A., « Joining the Culture Club: Examining Cultural Context when Implementing International », (2002) 17 *Disp. Resol. J.* 463

TYAN, E., « Institutions du droit public musulman », (1958) 11-1 *RIDC* 70

TYAN, E., « Les rapports entre droit musulman et droit européen occidental en matière de droit civil », (1961) 26-2 *Al-Andalus* 3

VOLZ, J.-L., R.-S, HAYDOCK, « Foreign Arbitral Awards: Enforcing the Award Against the Recalcitrant Loser », (1996) 21-3 *William. Mitchell Law. Rev.* 867

WEIL, P., « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », dans *Etudes offertes à Berthold Goldman, Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1982

WEIL, P., « L'internationalisation des problèmes contractuels », dans *Académie de Droit International de la Haye. Recueil des Cours 1969-III*, t. n° 128, Leiden : Brill, 1969

ZAHRAA, M., « Characteristic Features of Islamic Law: Perceptions and Misconceptions », (2000) 15-2 *A.L.Q.* 169

### ***III. Documents ou rapports d'organismes publics***

Report of the commission created by the Organization of Islamic Finance in France for the search of the law applicable to the resolution of disputes relating to islamic finance in « Proposal - Group on Governing Law and Dispute Resolution in Islamic Finance », I. FADLALLAH, D. HASHER. A. PIZARD, G. AFFAKI éd, 2009. See comments « Commission on Islamic Finance, Proposal, Group Governing Law and Dispute Resolution in Islamic Finance » (2009) 1-4 *International Journal of Arab Arbitration* 415-430

The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, « Strengthening Relations with Arab and Islamic Countries Through International Law: E-Commerce, The WTO Dispute Settlement Mechanism and Foreign Investment », (2002) *Kluwer Law International* 317

American Law Institute, « Porcket ALI / Unidroit de principes et règles relatifs à la procédure civile transnationale », (2001) 6 *rev. dr. unif* 1109



#### ***IV. Sentences arbitrales et jurisprudences***

*Beximco Pharmaceuticals Ltd and others v Shamil Bank of Bahrain* EC [2004] EWCA Civ 19  
*Beximco Pharmaceuticals Ltd and others v. Shamil Bank of Bahrain*, (2004) W.L.R 1784

*Cheikh d'Abu Dhabi v. Société Petroleum Development ltd*, (1952) 1 I.C.L.Q. (4)

*Halpern v. Halpern*, (2007) EWCA Civ 291

*Musawi v. R.E. Int'l (UK) Ltd.*, [2007] EWHC 2981 (Ch)

*Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. International Investor*, (2000) 1 Lloyd's Rep. 480

*Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company, ltd*, (1953) I.L.R. (21) 534

*Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, (1963) I.L.R (27)

*Texaco Overseas Oil Petroleum Co. California Asiatic Oil Co. V. Government of the Lybian Arab Republic (TOPCO)*, (1977)

*Government of the State of Kuwait c. The American Independant Oil Company (AMINOIL)*, Tribunal ad hoc, 24 mai 1982, (1984) 9 Y.C.A.

*Wintershall c. Government of Qatar*, Tribunal ad hoc, 1987, (1989) I.L.M. (28)

Sous Cour de Cassation française, 1<sup>o</sup> ch. Civ., du 29 octobre 1974, *Jour. Dr. Int.* 1975

Yves DERAÏNS, sous sentence CCI n°4145 de 1984, (1985) 112 3-4 *Jour. Dr. Int.*