

L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne

ABDELSATTAR KHOULDI

Résumé

Cet article s'assigne pour objectif de traiter du rôle et de l'importance de l'arbitrage dans la finance islamique moderne en raison des avantages particuliers qu'il offre à cette dernière, comparés à ceux offerts à la finance conventionnelle. Il démontre les raisons de la modeste culture de la pratique de l'arbitrage dans la finance islamique, culture qui ne reflète pas la place historique dans l'histoire musulmane, voire l'histoire préislamique où l'arbitrage était le mode le plus répandu dans la résolution des litiges, non seulement en matière civile et commerciale mais aussi en matière « politique ». Il couvre la doctrine de l'arbitrage telle qu'elle ressort du Coran et de la Sunna, la phase de codification de l'arbitrage dans la Medjelle Ottoman (Code civil de l'Empire Ottoman), ainsi que le référentiel moderne de l'arbitrage, à travers les résolutions de l'Académie Islamique du Fiqh et des normes AAOIFI, en particulier la Norme No.32 traitant de l'arbitrage et qui constitue le texte de base en la matière. Afin de marquer son actualité et son attachement à la réalité de la finance islamique, l'article a passé en revue le mécanisme de fonctionnement, de l'expérience, et l'apport du Centre International Islamique de Réconciliation et d'Arbitrage (IICRA), une institution internationale d'arbitrage spécialisée dans la résolution des litiges dans la finance islamique. Ainsi le contexte de création de IICRA, son apport à la finance islamique et son mécanisme de fonction ont fait l'objet d'une étude appropriée.

Mots Clés : arbitrage, banques islamiques, finance islamique,

1- Introduction

L'arbitrage, qui est une justice à part entière est souvent mal connu, y compris dans les milieux économiques et financiers qui sont supposés être les mieux avertis pour tirer profit de cette institution. L'arbitrage leur permet, en effet, de gagner du temps et d'obtenir une sentence de qualité rendue par des arbitres experts dans le domaine du litige à résoudre.

Les raisons de cette mauvaise connaissance sont souvent dues à une confusion dans l'esprit des justiciables, telle que la confusion de la mission d'arbitre avec celle de l'expert, qui sont deux professions complètement différentes. En effet, l'expert délivre en principe au juge un avis technique sans caractère obligatoire, c'est donc l'opinion d'un professionnel, éminemment utile au tribunal, mais dépourvue de toute appréciation juridique. Quant à l'arbitrage, il a pour objet le traitement et le règlement du litige¹ de manière appropriée. La confusion peut être également due à un sentiment largement démenti en fait et en droit relatif à un manque de confiance aux arbitres et une prétendue absence de force obligatoire de la sentence arbitrale. Ainsi, l'on pense à tort que la décision arbitrale une fois rendue ne s'impose pas aux parties parce qu'elle n'est pas rendue par le juge étatique. Or, c'est la loi elle-même - qui a institué la justice étatique - qui a confié à l'arbitrage la mission de rendre la justice, au même titre que les tribunaux, sauf que le domaine d'intervention des tribunaux est plus large que celui de l'arbitrage, puisque les tribunaux peuvent connaître de toutes les catégories de litige, alors que la compétence de l'arbitrage est limitée à certains domaines, principalement en matière commerciale. Autrement dit, tous les litiges ne sont pas arbitrables, alors qu'aucun litige n'échappe à la compétence des tribunaux de l'Etat.

Sur le plan historique, l'arbitrage est une institution largement pratiquée dans l'Arabie préislamique. C'est l'une des pratiques antéislamiques expressément entérinées par les textes coraniques et par la Sunna. La raison de cette adoption réside dans le fait que beaucoup de pratiques antéislamiques, dont l'arbitrage, non seulement ne contredisent pas les règles établies par le Coran et la Sunna, mais, au contraire, elles s'insèrent parfaitement dans l'une des finalités de la législation

¹ Voir Henri-Jacques Nougéin, Yves Reinhard, Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier, André Boyer, Philippe Genin "Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale". Litec. 2004, page 3

musulmane. Il est à noter aussi que l'islam, qui s'est répandu sur plusieurs continents, était confronté à des coutumes et usages bien ancrés, mais qui n'étaient pas tous conformes à sa conception des relations humaines. Ce genre de coutumes et d'usages a été purement et simplement rejeté et parfois sévèrement condamné. C'est ainsi que la coutume pratiquée chez les romains et reprise par les arabes de la période antéislamique, selon laquelle le débiteur incapable de payer sa dette est réduit à l'état d'esclavage, était purement et simplement rejetée par l'islam qui préconise la libération des esclaves². De même l'islam a-t-il rejeté d'autres pratiques, tel l'enterrement de l'épouse vivante avec son époux décédé, comme dans certaines pratiques en Inde, ou l'enterrement avec le défunt d'objets de valeur, comme chez les Egyptiens anciens.

Si l'arbitrage, tel qu'il figure expressément dans le texte coranique concerne la résolution des différends entre époux, donc relève du statut personnel, l'histoire musulmane nous montre que l'arbitrage commercial et civil, voire même politique, était répandu. L'histoire nous a montré que les arbitres n'avaient pas seulement pour mission de trancher les conflits d'intérêt entre particuliers, mais aussi les différends qui opposent les tribus. Sur le plan législatif, la Medjellé ottomane a consacré à l'arbitrage un chapitre entier³.

L'activité financière islamique moderne, symbolisée par le mouvement des banques islamiques et des compagnies d'assurances mutuelles (dites "Takaful"), a donné à l'arbitrage commercial un sang nouveau. En effet, les institutions financières islamiques optent pour l'arbitrage non seulement en raison des avantages classiques de l'arbitrage, à savoir la confidentialité et la rapidité, mais surtout en raison de la qualification des arbitres et leur spécialisation en matière de Fiqh des transactions (Mou'amalat), domaine assez pointu nécessitant une qualification appropriée. Or dans le cursus de la plupart des facultés de droit, le droit financier musulman et la formation des cadres judiciaires semblent être négligés, ce qui constitue un handicap pour que soit instituée une justice adéquate en ce domaine. Et de ce fait, et en raison de l'aspect particulier des "produits bancaires islamiques", les juges et même les experts en matière

² L'islam a donné sa propre vision sur la question : Il faut accorder un délai au débiteur incapable de payer sa dette et attendre qu'il soit en mesure de le faire : "A celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance..." dit le Coran dans la Sourate II, Verset 280.

³ Voir les articles 1841 à 1851

d'activité bancaire conventionnelle trouvent du mal à saisir la portée réelle de ces produits. Les raisons en sont multiples. Nous allons nous contenter d'en citer trois :

- Les juges et les experts en matière bancaire classique ont une conception de l'activité bancaire fondée uniquement sur la location de l'argent, laquelle s'identifie à la rémunération du capital par les intérêts. Exception faite de la participation au capital d'entreprises, la logique retenue dans le traitement du prêt est largement étendue aux autres produits, y compris le crédit-bail qui, dans sa finalité, est un bail qui est appelé à se transformer en fin du bail en propriété. Cette situation devrait normalement conduire à un traitement différent du crédit-bail par rapport au prêt. Il en résulte qu'on se trouve en présence d'une culture juridique et financière fondée essentiellement sur la rémunération de l'argent sur la base de sa location comme n'importe quelle marchandise, alors que la finalité de la monnaie est justement de permettre l'accès aux marchandises.
- L'aspect récent des produits financiers islamiques relève désormais de la spécialité. Partant de certaines grandes règles telles que la prohibition de l'intérêt, l'exclusion de l'aléa en matière contractuelle, la prise en considération des contraintes de la vie moderne, une activité bancaire structurée et homogène a été purement et simplement façonnée. Il en résulte que les données du Fiqh classique ont été elles-mêmes bouleversées. Les opérations sont devenues plus sophistiquées par la multiplication des parties en présence dans une même opération financière, alors que la même opération était dans le Fiqh classique tout simplement bilatérale. C'est ainsi que la Mourabahah telle qu'elle se pratique aujourd'hui comporte au moins trois parties : le client donneur d'ordre, la banque chargée d'acheter le bien pour le revendre au client, et le fournisseur engagé de vendre le bien à la banque, alors que dans le Fiqh classique elle comporte uniquement un acheteur et un vendeur. C'est ce passage d'une relation contractuelle simple à un produit bancaire qui a contribué à la multiplication des parties.
- Les dispositions de la Chari'ah n'étant pas codifiées, leur application consistera essentiellement en une démarche d'identification des solutions appropriées à partir des sources de la Chari'ah. D'où la nécessité d'une maîtrise préalable de ces sources comme condition essentielle pour découvrir les règles appropriées répondant aux données du litige.

C'est l'arbitrage dans le domaine commercial et financier en particulier qui va retenir notre attention dans cet article. Trois grandes étapes ont marqué l'évolution de l'arbitrage en droit musulman. Le texte coranique confirmé par la pratique (l'ère de la **révélation**), le Code Civil Ottoman (Medjellé) qui a marqué l'ère de la **codification** du Fiqh dont l'arbitrage faisait partie et enfin l'arbitrage dans les nouvelles Fatwas prononcées, dont les plus anciennes remontent à moins de vingt ans (l'ère de **l'extension**). Comparées au Fiqh qui les a précédées, les Fatwas parues au cours des deux dernières décennies ont été marquées par une évolution très nette en la matière. C'est peut être l'un des domaines où une révolution secrète a eu lieu comparée aux principes originaux de l'arbitrage, à tel point qu'on peut parler, dans le domaine de l'arbitrage, de "Fiqh nouveau" ou de "Fiqh évolué", face au "Fiqh ancien".

C'est pourquoi l'étude de l'aspect historique dans ce domaine est importante. En effet, c'est à partir de cette étude que nous serons en mesure de cerner le sens et la portée de l'évolution.

2- L'arbitrage avant l'avènement de la finance islamique moderne

Deux grandes étapes ont marqué cette époque. La première est l'arbitrage dans les sources originelles du droit musulman, à savoir le Coran et la Sunna, qui ont donné à l'institution un droit de cité. Un consensus s'était alors formé, du fait d'une pratique longue, continue et non remise en cause. La seconde étape est l'ère de la codification de l'arbitrage dans le code civil de l'Empire Ottoman dit "la Medjellé Ottomane".

a/ l'arbitrage dans le texte coranique et les hadiths (l'ère de l'intégration de l'institution dans l'ordonnement juridique musulman)

Le texte de base en matière d'arbitrage depuis l'avènement de l'islam est le verset No.35 de la Sourate "An-Nissa" (les femmes), selon lequel : "Si vous craignez le désaccord entre les deux (époux), envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, Omniscient et parfaitement Connaisseur"⁴. Il est à noter que si l'arbitrage commercial et civil (voire politique : le cas de

⁴ Traduction éditée par le Complexe du Roi Fahd pour l'impression du Noble Coran. Médine

l'arbitrage entre l'Imam Ali, quatrième Calife, et Mouaouia, son gouverneur à Damas) est issu de ce texte, son origine reste marquée par le domaine des relations entre époux⁵.

Appliqué par et pour les grands compagnons du Prophète, puis par ses disciples, l'arbitrage, sans contestation aucune, a fait l'unanimité dans l'histoire de la Ummah⁶. Sur le plan de la procédure, l'institution de l'arbitrage a connu une évolution très remarquable. Cette remarque est confirmée par l'évolution qu'a connue l'arbitrage en particulier après le passage du nombre pair des arbitres (prévu par le texte coranique) au nombre impair retenu aujourd'hui comme principe fondamental en la matière. La condition de l'islamité requise pour le juge transposée à l'arbitre a connu elle aussi une évolution au cours de ces dernières années ou un non-musulman peut dans la plupart des pays musulmans siéger dans un tribunal arbitral appelé à se prononcer sur des questions relevant du Fiqh des transactions (Moua'malat). Les mentions obligatoires qui doivent figurer dans la sentence d'arbitrage et la référence fréquente faite au droit positif sont autant de signes qui illustrent cette évolution.

b/ l'arbitrage dans la Medjellé ottomane : l'ère de la codification.

La Medjellé ottomane, qui constitue la première codification du droit musulman, a consacré 11 articles à l'arbitrage, soit de l'article 1841 à 1851. Fidèle au texte coranique indiqué ci-dessus qui prévoit un collège arbitral de deux arbitres, la Medjellé a retenu la même solution tout en opérant une ouverture vers la composition tripartite du collège arbitral, en reconnaissant le droit aux parties de désigner deux ou trois arbitres ou plus (Article 1843). Toutefois, la pluralité des arbitres a eu pour conséquence une sentence rendue à l'unanimité ou au moins à la majorité, évitant ainsi tout blocage. Confirmant l'aspect contractuel de

⁵ C'est l'équivalent de la procédure précontentieuse de conciliation entre époux en matière de divorce avec toutefois des différences substantielles.

⁶ Il est à noter que les réserves émises par certains jurisconsultes de l'Ecole Hanéfite au sujet de l'arbitrage ne sont pas dues au principe de l'arbitrage lui-même, mais plutôt au risque de confier la mission d'arbitrage (qui est de rendre la justice) à des arbitres incompétents, contrairement aux arbitres nommés au cours des premiers siècles de l'islam qui étaient des savants et de grande droiture (Ibn Abdîn 5/430). Il est à noter aussi que ce souci reste largement présent dans l'esprit des justiciables. En effet, avec la complication des transactions, on aura besoin d'arbitres quasi-polyvalents. Pour une étude historique récente se rapportant au droit musulman, voir l'article d'Ali MEZGHANI intitulé "Le droit musulman et l'arbitrage". *Revue de l'arbitrage*. Année 2008 – No.2 – Avril-Mai-juin, pp. 211-225

l'arbitrage, l'article 1846 prévoit un période déterminée au cours de laquelle les arbitres doivent rendre leur sentence sous peine de priver leur décision de toute force exécutoire. Selon l'article 1847, chacune des parties a toute latitude de révoquer l'arbitre qu'elle a désigné et ce jusqu'au prononcé du jugement, à moins que la désignation de l'arbitre ne soit confirmée par le juge. Dans ce cas sa désignation prend la forme d'une désignation par l'autorité compétente, donc échappe à la révocation par les parties. La faculté de révocation de l'arbitre - autre que celui nommé par la justice - demeure ouverte tant que la sentence n'est pas rendue. Il est à noter que cette faculté de révocation de l'arbitre étendue dans le temps constitue indiscutablement un facteur décourageant au recours à l'arbitrage, en particulier lorsqu'il s'agit d'une clause insérée au contrat. Les dispositions de cet article aboutissent en réalité à anéantir toute valeur obligatoire de l'engagement de recourir à l'arbitrage matérialisé par la clause compromissoire comme il sera démontré plus tard.

De l'examen des articles traitant de l'arbitrage dans le code civil ottoman, il en résulte que le principe de règlement des différends par voie d'arbitrage est clairement affirmé et que le caractère obligatoire de la sentence arbitrale est aussi confirmé. Toutefois, la plupart des articles se révèlent difficilement adaptables à un arbitrage international efficace, en particulier quant à la latitude et au moment de la révocation de l'arbitre. C'est ainsi que l'article 1848 de la Medjellé donne toute latitude à l'une des parties au litige de révoquer l'arbitre jusqu'au prononcé du jugement, à moins que l'arbitre ne soit nommé par le juge. Cette solution aboutirait à dénuer à la procédure d'arbitrage toute valeur puisque, théoriquement, une partie au procès peut la veille du prononcé du jugement, et pour une raison ou une autre, faire avorter tout le processus de l'arbitrage engagé depuis plusieurs mois, voire plusieurs années⁷.

C'est au regard de ces difficultés que les textes récents (Fatwa ou textes législatifs pris en application des principes de la Chari'ah) ont réellement innové en la

⁷ Pour une étude comparée de l'arbitrage dans la Medjellé et les règles modernes régissant l'arbitrage voir l'article de Saad Eddine Dadache intitulé "L'arbitrage dans la Medjellé Ottomane : Etude comparée des principales règles de l'arbitrage en droit musulman et dans les règles de l'Unictal". Article publié dans un ouvrage collectif regroupant les travaux du XVIème Congrès Scientifique Annuel portant sur l'arbitrage commercial international. Imprimerie de l'Université des Emirats Arabes Unis, 2008 pp. 1193-1214 (en arabe).

matière, enlevant ainsi tout obstacle de nature à entraver le bon fonctionnement de l'arbitrage.

3- l'arbitrage après l'avènement de la finance islamique moderne : l'arbitrage dans les résolutions des instances collectives de la Fatwa

Après les années quatre-vingt du siècle dernier, on a vu apparaître de nouvelles formes de Fatwa, passant ainsi de la Fatwa individuelle qui régnait jusqu'alors à une Fatwa plus collective et multidisciplinaire. Ces nouvelles instances ne sont pas signalées dans les publications, sinon timidement dans les ouvrages les plus récents. Or ces instances collectives de la Fatwa ont un apport juridique majeur. La consultation des travaux de ces nouvelles sources du Fiqh épargne au chercheur le recours aux ouvrages très anciens, puisque la réponse à l'interrogation du chercheur est donnée dans un style moderne et en parfaite harmonie avec les préceptes de la Chari'ah⁸.

Deux grands textes de référence vont retenir notre attention, à savoir la Résolution No.91/8/9 de l'Académie Islamique du Fiqh⁹ et la Norme No.32 émise par l'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les Institutions Financières Islamiques (L'OCAIFI, l'abréviation anglaise par laquelle cet organisme est connu est AAOIFI). La Norme No.32 sera dénommée ci-après la Norme.

Outre ces deux textes de base, nous examinerons certains autres textes émis par certains Comités de la Chari'ah, soit à titre de comparaison soit, à titre d'arguments supplémentaires lors de l'examen d'un point précis. Les questions d'ordre pratique ne seront pas négligées.

Nous concluons cet examen des nouveautés par une illustration pratique de l'arbitrage en droit musulman qui est la création du Centre international Islamique de Réconciliation et d'Arbitrage (IICRA) basé à Dubaï¹⁰.

⁸ Il est à noter que le défaut de consultation des Fatwas émises par les instances collectives de la Fatwa aura pour conséquence de donner une vision partielle de la position du Fiqh sur une question déterminée. Ainsi les recherches négligeant la référence à ces Fatwas risquent d'en occulter la conclusion.

⁹ L'Académie Islamique du Fiqh dont le siège est à Jeddah (Royaume d'Arabie Saoudite), est une institution internationale dépendant de l'Organisation de la Coopération Islamique, créée par le troisième sommet islamique de la Mecque en vue de rechercher des solutions inspirées de la Chari'ah aux problèmes de la Oummah islamique.

¹⁰ Il est à noter que le besoin de créer un organe chargé du règlement des différends appliquant le droit musulman a été ressenti par les milieux académiques. Voir, à titre

a/ l'arbitrage dans les résolutions de l'académie islamique du fiqh

La Résolution No.91 (8/9) intitulée "le principe de l'arbitrage dans le Fiqh islamique" a émis trois grandes idées fondamentales en matière d'arbitrage, à savoir : la définition de l'arbitrage, la valeur de l'engagement à recourir à l'arbitrage et les matières non sujettes à être soumises à l'arbitrage (non arbitrables). La Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh a instaurée la base de l'arbitrage en évoquant la position du Fiqh moderne vis à vis de l'institution sans poser les règles de procédure, lesquelles sont d'une utilité irremplaçable en la matière.

(a) Définition de l'arbitrage: L'arbitrage est défini par la paragraphe premier de la Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh No.91(8/9) comme étant "un accord entre parties dans un litige déterminé aux termes duquel une tierce personne est mandatée pour trancher le litige au moyen d'un jugement valant engagement et appliquant la Chari'ah. Il s'agit d'une procédure légale, que le différend porte sur un conflit personnel ou sur un contentieux international". Cette définition a le mérite de mettre l'accent sur l'origine conventionnelle de l'arbitrage. En effet, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire (clause d'arbitrage insérée dans le contrat avant la survenance de tout litige)¹¹ ou d'un compromis (entente de recourir à l'arbitrage après la naissance du litige), c'est l'accord des parties qui confie à un tiers la mission de connaître du litige qui les oppose. Ainsi les parties renoncent à saisir le juge étatique pour soumettre leur différend à un ou plusieurs arbitres. Cette définition, qui reflète la conception islamique de l'arbitrage, ne diffère pas de celle adoptée par le droit positif, dans la mesure où on est dans les deux systèmes en présence d'une justice contractuelle.

Le degré d'obligation de l'arbitrage : selon le paragraphe deuxième de la Résolution "l'arbitrage n'est pas un recours obligatoire et il ne lie ni les parties ni

d'exemple, le mémoire de Master de Samira Ezzaim Al Mounajjid intitulé "L'arbitrage musulman dans un système non musulman" paru sous forme d'ouvrage aux éditions The New Millenium. Première édition 2008.

¹¹ La clause compromissoire peut être séparée et devient une convention d'arbitrage, conclue postérieurement au contrat initial, dès lors que cette conclusion intervient avant la naissance du litige. Il est à noter que dans la pratique, l'immense majorité des conventions d'arbitrage prennent la forme de clauses insérées dans le contrat, car il est difficile de se mettre d'accord sur la procédure d'arbitrage postérieurement à la naissance d'un litige.

le juge arbitre. Ainsi, l'une ou l'autre des parties peut être légalement fondée à se rétracter tant que la procédure d'arbitrage n'est pas engagée. De même, le juge arbitre peut se démettre de son propre chef -même après avoir donné son assentiment- tant qu'il n'aura pas rendu son verdict...". A s'en tenir à la lettre du texte, la clause compromissoire insérée dans un contrat n'aurait aucune valeur si l'une des parties refusait de recourir à l'arbitrage. Autrement dit, l'engagement de recourir à l'arbitrage pourrait être mis en échec par l'une des parties au moment où l'autre veut l'actionner puisque, dit le texte, "...l'une ou l'autre des parties peut être légalement fondée à se rétracter tant que la procédure d'arbitrage n'est pas engagée..."

Les questions non arbitrables : C'est le troisième alinéa de la Résolution No. 91(8/9) de l'Académie Islamique du Fiqh qui a expressément exclu trois grandes catégories de litige du domaine de l'arbitrage, à savoir :

- Les cas qui relèvent du pur droit divin tel que les "Houdouds" (chatiment de Dieu)
- Les cas où la sentence devant être prononcée par l'arbitre consisterait à confirmer ou infirmer un jugement impliquant une tierce partie.
- Les cas qui sont du ressort exclusif de la justice.

La même liste est pratiquement reprise par la Norme. Il est à noter à ce sujet que s'agissant d'un domaine financier, la conception la plus restrictive des questions non arbitrables n'affecte pas notre champ de recherche. Les questions commerciales et financières sont dans tous les cas au cœur des questions éligibles à l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle les divergences entre Fouqahas quant à l'arbitrabilité de certaines questions controversées n'ont pas retenu notre attention dans cette étude.

b/ l'arbitrage en matière de transaction financière moderne (la norme no.32 émise par L'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les Institutions Financières Islamiques (L'OCAIFI))

L'activité financière islamique moderne symbolisée par le mouvement des banques islamiques et des sociétés d'assurance mutuelle dites "Takaful",

communément appelée aujourd'hui "l'industrie financière islamique"¹², a le mérite de contribuer au renouveau du Fiqh dit des "transactions" (Mua'malat), non seulement en termes de nouveaux produits, mais aussi en termes de résolution de litiges impliquant ces produits.

L'importance de la Norme sus-indiquée¹³ réside dans le fait qu'elle constitue à la fois le texte le plus récent en la matière et le plus complet (comparé à la Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh No.91(8/9) et aux articles de la Medjellé Ottomane), ce qui fait de la Norme le texte central en matière de pratique de l'arbitrage islamique financier moderne, d'autant qu'elle s'adresse principalement aux institutions financières islamiques. En outre, la Norme complètement consacrée à l'arbitrage, comporte des nouveautés substantielles qui méritent d'être mises en relief. La Norme a réussi à opérer une conciliation entre les exigences du droit positif (qui est appelé à s'appliquer en particulier lorsqu'il s'agit de demander l'exequatur ou lors d'une demande d'annulation de la sentence arbitrale) sans enfreindre les principes du droit musulman. Les principales nouveautés ont porté sur les questions suivantes :

- (a) **Le nombre des arbitres** : selon le texte coranique conforté par les précédents historiques, le nombre des arbitres est pair. La règle est que chaque partie nomme un arbitre, les deux arbitres tranchant ensemble le litige. La question de leur désaccord était complètement négligée. Poussés par un souci d'atteindre la vérité et donc de bénéficier de la récompense de Dieu, les arbitres sont d'ores et déjà animés d'un esprit résolu de résoudre le litige dans un cadre consensuel. D'ailleurs, le texte coranique incite les arbitres à être animés de bonnes intentions lors de la résolution du litige, lesquelles intentions méritent l'approbation de Dieu : "Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux" (Sourate An-Nisa -les femmes-, verset No.35). Or, la Norme, consciente d'un blocage éventuel de l'arbitrage par une mésentente des deux

¹² S'agissant de la définition de la finance islamique, et sachant qu'au moins deux produits de cette dernière font désormais partie de l'ordonnancement juridique français, on peut sans hésiter avancer la définition mentionnée au Bulletin Officiel des Impôts 4 FE/09 No : 22 du 25 février 2009 **"La finance islamique se rapporte aux instruments utilisés par les investisseurs qui souhaitent investir dans le respect des principes du Coran et notamment du principe de prohibition de l'intérêt"**.

¹³ Voir notre commentaire complet de la Norme publié en langue arabe dans un ouvrage collectif comportant les travaux du XVIème colloque international sur l'arbitrage organisé par l'Université des Emirats Arabes Unis. Presse de l'université 2008

arbitres, a expressément prévu dans le paragraphe troisième de l'article 8 que "le plus plausible est que le nombre d'arbitres soit impair. Si tel n'est pas le cas, les parties ou les arbitres eux mêmes désignent l'un des arbitres en tant que président avec un avis départiteur en cas d'égalité des voix". Le droit saoudien de l'arbitrage, tout en s'inspirant du droit musulman sur la question, est plus explicite sur la question du nombre, quand il a prévu dans son article 4 "qu'en cas de pluralité des arbitres, leur nombre doit être impair"¹⁴. Le nombre impair est une exigence absolue du droit positif dans tous les systèmes juridiques. Cette exigence vise à éviter les blocages qui pourraient survenir en cas de désaccord des arbitres nommés en nombre pair¹⁵. Il est à noter que s'agissant de la règle de l'imparité, la jurisprudence comparée a manifesté une certaine souplesse. En effet, il a été jugé que "...si les parties à une convention d'arbitrage désignent les arbitres en nombre pair, la composition du tribunal arbitral peut être régularisée selon les modalités prévues à l'article 1454 CPC"¹⁶. Il en résulte que, dans un but de sauver la clause d'arbitrage, le juge d'appui est appelé à fournir tous les efforts pour corriger les modalités de désignation des arbitres choisis par les parties afin de donner plein effet à leur volonté de recourir à l'arbitrage, laquelle volonté est affirmée par les parties sans ambiguïté.

- (b) **L'allègement de la condition de maîtrise de la Chari'ah pour être arbitre** : Dans le Fiqh ancien, la condition pour être arbitre est la même que celle requise pour être juge, à savoir la preuve d'une connaissance¹⁷ approfondie de la loi islamique jusqu'à atteindre le degré d'un Faqih

¹⁴ Pour une étude d'ensemble sur les pays arabes, v. N. Najjar, l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international : LGDJ, 2004

¹⁵ Voir à titre d'exemple l'article 1453 du Nouveau Code de Procédure Civile français (NCPC)

¹⁶ Cour de Cassation française (1^{re} Ch.Civ) 8/4/2009 Revue de l'arbitrage 2009 – No.3, p. 521

¹⁷ Les éléments de cette connaissance peuvent être principalement récapitulés dans la connaissance des "racines" ou fondements du droit, qui sont: 1/ Le Coran et toutes les prescriptions qu'il contient (le commentaire en général, le texte général et le texte particulier, les versets abrogés et les versets abrogeants, etc...), 2/ La Sunna du Prophète et son caractère authentique, 3/ L'interprétation du Coran et de la Sunna, la connaissance des règles de l'accord unanime ainsi que les règles qui suscitent des controverses, 4/ L'analogie (Qiyas) qui permet de statuer sur les difficultés pour lesquelles on ne trouve pas de solution dans le Coran, la Sunna ou l'Ijma.

(juriste), voire même d'un Mujtahid pour certains auteurs. Or, les nouvelles dispositions de la Norme n'ont pas retenu une telle condition. L'explication de cet allègement relève du réalisme. En effet, le juge encyclopédique des premiers siècles de l'histoire du droit musulman est quasi inexistant. A la polyvalence qui a marqué la formation des premiers jurisconsultes musulmans, a succédé la spécialité qui a fait ses preuves. Devant des compétences qui se complètent, les Fatwas modernes sont prononcées par des instances collectives que sont les Académies du Fiqh et les Comités de la Chari'ah dans les institutions financières islamiques.

- (c) **La négligence totale de la possibilité de nomination de l'adversaire comme arbitre** : Certaines Ecoles (Rites) ne s'opposent pas à ce que l'adversaire soit nommé arbitre, à condition que son jugement ne soit pas une injustice flagrante. Autrement dit pour ces Ecoles rien n'interdit à ce qu'une partie au litige soit en même temps l'arbitre au litige qui l'oppose à son adversaire puisque l'autre partie l'a mandaté en connaissance de cause. Un tel degré de confiance dans l'adversaire est de nos jours pratiquement non envisageable. A cette impossibilité pratique s'ajoute un obstacle juridique, à savoir que la même personne ne peut pas être à la fois juge et partie. D'où l'obligation de nommer l'arbitre en dehors des parties sous peine de nullité de la sentence ainsi rendue. La Norme a pris en considération la chute de cette confiance "exagérée" sur le plan des relations sociales, en particulier entre les commerçants, et a bien tenu compte aussi de l'avenir d'un jugement prononcé par un adversaire qui risque d'être annulé et ce indépendamment de la bonne volonté qui animent les parties au litige.
- (d) **L'adoption de la distinction moderne entre la clause compromissoire et le compromis** : Dans le Fiqh classique on ne trouve pas cette nette distinction entre la clause compromissoire et le compromis qui est le produit du droit positif. Les Fatwas modernes ont adopté cette distinction jugée en parfaite harmonie avec les principes du droit musulman, en particulier quant à la tenue de la parole donnée¹⁸. Ainsi la clause mentionnant le recours à l'arbitrage en cas de survenance

¹⁸ Voir le verset 5 de la Sourate (Al Ma'idah "la table servie") : "O les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements..."

de litige lie-t-elle la partie signataire et l'oblige à recourir à l'arbitrage. D'où l'importance de cette clause qui est d'ailleurs la clause la plus usuelle dans les relations d'affaires en matière d'arbitrage interne et est toujours présente dans les contrats internationaux¹⁹. Il est à noter qu'en droit positif, la distinction entre la clause compromissoire et le compromis ne se réduit pas à une question de temps (avant ou après la naissance du litige). C'est ainsi qu'en droit français par exemple, certaines règles visant à protéger certaines catégories de contractants supposés être en situation de faiblesse s'opposent à ce qu'une clause d'arbitrage soit insérée dans les contrats où le contractant qui se sent en situation de faiblesse est partie dans ces contrats. A titre d'exemple, les salariés, les locataires et les consommateurs ne peuvent pas prévoir des clauses compromissoires dans les domaines où la loi entend les protéger. Après la survenance du litige, les parties protégées reprennent leur droit de recourir à l'arbitrage sous la forme de compromis.

- (e) **L'assouplissement de la condition de l'islamité de l'arbitre** : Dans le Fiqh classique, l'une des conditions pour pouvoir exercer la fonction de magistrat est d'être musulman. Le non-musulman se trouve donc frappé d'incapacité pour exercer une telle profession sur les musulmans. Il en résulte que l'assimilation de la profession d'arbitre à celle du magistrat aboutirait à ne pas admettre l'arbitrage du non-musulman dans les différends opposant les musulmans. Malgré cette condition clairement affirmée dans le Fiqh ancien, la Norme a adopté une solution reconnaissant au non-musulman d'être arbitre. Ainsi selon le paragraphe 8/2 de l'article 8 de la Norme : "Le principe est que l'arbitre doit être musulman sauf s'il ya un besoin de requérir un arbitre non-musulman. Dans ce cas, il est permis de nommer un arbitre non-musulman, pourvu que le jugement prononcé soit conforme aux principes de la Chari'ah". Deux principales remarques se dégagent des dispositions du paragraphe 8/2 : **La première Remarque** est que l'arbitrage d'un non-musulman n'est pas la règle, puisque c'est le cas de nécessité qui conditionne sa nomination. Autrement dit, si une telle tâche peut être remplie par un musulman réunissant les conditions requises, le recours à un non-musulman n'aura pas de raison d'être. **La deuxième remarque** qui nous

¹⁹ Voir l'article de Jean-Pierre ANCEL intitulé "la clause d'arbitrage : validité et efficacité". La Revue Libanaise de l'Arbitrage. No.48, 2008, p. 16.

semble la plus importante est celle qui consiste à considérer l'arbitrage en matière de finance islamique (étroitement liée à l'éthique en matière de finance islamique) comme étant une culture et non une simple connaissance théorique des textes. Ainsi, en matière de finance islamique, on ne peut pas demander à un arbitre (musulman ou non-musulman) de trancher des litiges en matière de Moudharaba si l'arbitre ne maîtrise pas les règles générales gouvernant la finance islamique, telle que la règle selon laquelle "celui qui a les avantages a les charges et les risques"²⁰. La règle selon laquelle le contrat constitue la loi universellement admise par les parties ne peut constituer à elle seule une réponse à toutes les questions posées lors d'un litige mettant en cause des questions de la finance islamique. Ainsi on a vu que certains juges anglais appliquant le droit musulman en tant que droit applicable choisi par les parties ont qualifié l'opération "Mourabaha" comme étant une vente en se basant sur la volonté des parties (ce qui est tout à fait exact), mais ont en même temps condamné l'acheteur qui n'a pas payé le prix à bonne date à des intérêts de retard. Or, la vente dont le prix est définitivement fixé par les parties ne peut faire l'objet d'intérêt de retard. Le juge anglais raisonne en termes de prêt d'argent. A ces principes généraux, s'ajoutent la maîtrise des différences dans le contenu des termes portant la même dénomination tant en droit musulman qu'en droit positif. A titre d'exemple, on peut citer la question de la clause pénale qui n'a pas le même contenu en droit financier musulman et en droit français. La clause pénale en droit français porte sur un domaine assez large. Elle peut couvrir toutes les opérations, y compris le retard dans le paiement d'une dette échue. La clause pénale telle qu'elle est définie par l'article 1226 du Code civil Français "est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution". L'article 1229 du même code est plus explicite quand il prévoit que "la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale". La clause pénale dans **la finance islamique** ne peut couvrir **que la non-exécution ou le retard dans l'exécution d'un service ou d'un travail à accomplir, tel que le retard dans la construction d'un**

²⁰ Règle reprise dans certains codes en vigueur dans les pays arabes. Voir à titre d'exemple, l'article 554 du code tunisien des Obligations et des Contrats.

immeuble ou le défaut de livraison ou le retard dans la livraison d'une marchandise. C'est ainsi que selon une résolution de l'Académie Islamique du Fiqh (65(3/7)) "le contrat de fabrication (Istisna'a ou contrat d'entreprise) peut, par consentement mutuel des parties, contenir une clause de pénalité, sauf cas de force majeure". Dans une autre résolution (109(3/12)) il a été décidé que, "Si le débiteur-acheteur accuse un retard dans l'acquittement de ses traites, il n'est pas permis de lui faire subir une charge supplémentaire sur le montant de la dette, que ce soit selon une clause préalable ou sans clause, car ce serait alors du "riba" (usure) qui est prohibé".

Il est à noter que la Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh No.91 (8/9) relative à l'arbitrage a amorcé une ouverture envers les non-musulmans en acceptant le recours aux instances judiciaires internationales non-islamiques faute de juridictions islamiques internationales²¹

Mais cela n'empêche pas que certaines lois nationales exigent encore l'islamité de l'arbitre, d'où le risque de voir la sentence prononcée par un ou des arbitres non-musulmans annulée pour violation de l'ordre public, comme c'est le cas au Yémen, en Arabie Saoudite, au Pakistan et au Soudan (lois de l'approbation ou à la demande d'exequatur).

(f) **L'assouplissement quant à la loi applicable au litige** : En matière de droit musulman classique, la loi applicable ne peut être que la Char'ia sans aucune exception. Or prévoir que "l'arbitre est tenu d'appliquer les règles de la Chari'ah, et s'il se trouve lié par une loi déterminée, il ne doit pas contredire les principes de la Chari'ah" (Article 9/4 de la Norme), signifie qu'en présence d'une loi choisie par les parties autre que les règles de la Chari'ah, l'arbitre est tenu de se conformer à la volonté des parties en donnant effet à la loi choisie, mais l'application de la loi ainsi choisie ne doit pas aboutir à enfreindre les règles de la Chari'ah. Il en résulte que la Norme part du fait que le principe est la conformité des dispositions du droit positif aux principes de la Chari'ah du fait qu'on est

²¹ Selon le VIème paragraphe de la Résolution No. 91(8/9) sus indiquée : "Faute de juridictions islamiques internationales, il est permis aux Etats et institutions islamiques de recourir aux instances judiciaires internationales non islamiques en vue d'obtenir justice".

en présence d'un domaine de transactions (Mua'malat) ou des principes communs entre la Chari'ah et le droit positif prédominant. Ce qui est le cas en matière du commerce international, sauf à tenir compte des spécificités.

c/ exemple pratique de l'arbitrage commercial et financier moderne : le cas du centre international islamique de réconciliation et d'arbitrage – (IICRA)

Il convient d'étudier la genèse de la création de IICRA et son apport à la scène d'arbitrage en général et à la finance islamique en particulier.

a/ Genèse de IICRA: Avec l'élargissement du domaine de la finance islamique et les spécificités qu'elle comporte, en particulier quant au droit applicable et la déception due aux décisions prononcées par certaines instances judiciaires (tribunaux et collèges arbitraux) en écartant l'application du droit musulman sous plusieurs prétextes, l'idée de créer une institution d'arbitrage a vu le jour dès la fin des années quatre vingt du siècle dernier. En l'absence d'un centre d'arbitrage compétent spécialisé dans le règlement des différends financiers et commerciaux entre les acteurs appliquant la Chari'ah, le Centre Islamique International de Réconciliation et d'Arbitrage (IICRA) œuvrera en sa qualité d'institution internationale impartiale à combler le vide existant.

IICRA a été créé par la conjonction des efforts de la Banque Islamique de Développement, du Conseil Général des Banques et Institutions Financières Islamiques et de l'Etat des Emirats Arabes Unis en sa qualité d'Etat qui abrite le siège du Centre. Après l'accomplissement des formalités administratives et juridiques, en particulier la signature de l'Accord du siège avec les Emirats Arabes Unis, IICRA a effectivement démarré ses activités le premier janvier 2007.

IICRA a pour mission d'organiser le règlement des différends financiers ou commerciaux intervenant entre les institutions financières ou commerciales qui optent pour l'application de la Chari'ah en matière de règlement de différends, ou entre ces institutions et des tiers par la voie de la réconciliation et de l'arbitrage. Si IICRA a été créé pour répondre au besoin des institutions financières islamiques en matière de résolution des litiges conformément aux principes de la Chari'ah, son domaine d'intervention est néanmoins plus large, puisque se trouvent éligibles pour être examinées par IICRA toutes les catégories de litige où les parties acceptent de soumettre leur litige au droit musulman.

b/ L'apport de IICRA à l'arbitrage : L'une des caractéristiques de IICRA est l'option pour l'arbitrage spécialisé dans le règlement des différends dans le domaine financier. Autrement dit, IICRA intervient dans les litiges opposant les institutions financières islamiques et entre celles-ci et leur clientèle, ainsi que les autres organes et institutions qui optent pour l'arbitrage comme mode de règlement des différends sur la base du respect des dispositions du droit musulman. L'arbitrage spécialisé comporte plusieurs avantages dont les plus importants sont : l'approfondissement des concepts d'arbitrage professionnel dans le secteur de la finance islamique, la mobilisation de toutes les potentialités matérielles et intellectuelles au profit du secteur financier, en particulier la promotion de l'industrie financière islamique, et la contribution au renouveau du Fiqh des Mu'âmâlat (règles régissant la vie quotidienne et les relations sociales)²².

Pratiquant l'arbitrage institutionnel, IICRA assure aux parties un grand nombre de garanties, et ce grâce aux organes techniques et aux capacités humaines dont il dispose, et qui sont à même de faire le suivi du dossier d'arbitrage à travers toutes ses phases. A ces garanties procédurales s'ajoute la transparence dans la désignation des arbitres. Ainsi, lorsque IICRA est chargé de désigner les arbitres, il le fait en prenant en ligne de compte la neutralité de l'arbitre vis-à-vis des parties et du litige, sa compétence technique, sa moralité ainsi que la nature du différend en question. Enfin dans l'arbitrage institutionnel organisé et pratiqué par IICRA, on évite tous les facteurs de retardement et les questions secondaires qui affectent l'arbitrage libre "ad hoc" dans ses premières phases, comme, à titre d'exemple, le refus d'une des parties au différend de désigner son arbitre, le manquement d'un des arbitres à remplir sa tâche ou enfin le retrait non justifié de l'arbitre avant de rendre la sentence. De pareils incidents quand ils surviennent lors de l'arbitrage institutionnel, seront examinés conformément aux règlements et statuts d'IICRA, lesquels ont justement prévu des solutions appropriées à ces cas de perturbation de l'arbitrage. Ainsi IICRA est mieux habilité à garantir la formation du tribunal arbitral en assurant la poursuite de l'arbitrage sans aucune entrave.

²² Le Fiqh des Mouamalat est tout à fait différent de celui des Ibadates. Cette dernière catégorie du Fiqh constitue l'ensemble des obligations rituelles que le musulman est tenu d'accomplir. Il s'agit de la profession de foi, la prière, le jeûne de Ramadan, la Zakat et enfin le pèlerinage à la Mecque. Ces obligations sont souvent appelées les "piliers de l'Islam".

Le problème de la complexité de l'arbitrage en cas de pluralité (plus de deux) ne se pose pas à IICRA lorsque c'est ce dernier qui désigne le collège.

Quant à la procédure d'arbitrage devant IICRA, certaines précautions ont été prises pour déjouer toutes mesures dilatoires faites par l'une des parties au procès, voire même par l'un des arbitres. IICRA est également assez attentif au bon déroulement de la procédure d'arbitrage, en particulier quant à l'échange des documents entre les parties, le respect de la date de la tenue des audiences, la convocation en bonne et due forme des parties afin de permettre à ces dernières de se défendre. Autant de précautions qui permettent d'éviter d'exposer la sentence arbitrale à l'annulation, qui est la seule voie de recours extraordinaire puisque les sentences rendues par IICRA ne sont susceptibles d'aucune voie de recours.

4- Conclusion

En conclusion on peut affirmer que l'arbitrage est à plusieurs titres, la technique la plus appropriée à la finance islamique moderne en particulier en raison de la spécificité de ses principes. Les résolutions rendues par les instances collectives de la Fatwa, en particulier la Norme AAOIFI No. 32 relative à l'arbitrage, ont comblé un vide procédural. Cette dernière norme a apporté des réponses précises et pratiques à des questions qui, jusqu'à un passé récent, étaient perçues comme des défis, en particulier la condition de l'islamité de l'arbitre et de la loi applicable. Pour ce qui est de l'islamité de l'arbitre, un assouplissement a eu lieu. En effet, dans le Fiqh classique, l'une des conditions pour pouvoir exercer la fonction de magistrat est d'être musulman. Le non-musulman se trouve donc frappé d'incapacité pour exercer une telle profession sur les musulmans. Malgré cette condition clairement affirmée dans le Fiqh ancien, la Norme a adopté une solution reconnaissant au non-musulman d'être arbitre. Ainsi selon le paragraphe 8/2 de l'article 8 de la Norme: "Le principe est que l'arbitre doit être musulman sauf s'il ya un besoin de requérir un arbitre non-musulman. Dans ce cas, il est permis de nommer un arbitre non-musulman, pourvu que le jugement prononcé soit conforme aux principes de la Chari'ah". Pour ce qui est de la loi applicable, un assouplissement considérable a également eu lieu. En effet, en matière de droit musulman classique, la loi applicable ne peut être que la Chari'ah sans aucune exception. Or prévoir que "l'arbitre est tenu d'appliquer les règles de la Chari'ah, et s'il se trouve lié par une loi déterminée, il ne doit pas contredire les principes de la Chari'ah" (Article 9/4 de la Norme), signifie qu'en présence d'une loi choisie

par les parties autre que les règles de la Chari'ah, l'arbitre est tenu de se conformer à la volonté des parties en donnant effet à la loi choisie, mais l'application de la loi ainsi choisie ne doit pas aboutir à enfreindre les règles de la Chari'ah. Ainsi un blocage entre le droit positif et les principes de la Chari'ah a été levé.

Avec la création de IICRA en 2005 la finance islamique dispose désormais d'un cadre juridique adéquat de résolution des litiges par voie d'arbitrage et en conformité avec les principes de la Chari'ah. Ce qui est de nature à lever « l'état de nécessité » dans laquelle s'est trouvée la finance islamique de recourir aux tribunaux britanniques dès le début des années 80, faute d'alternative. Toutefois la sélection des arbitres ayant une formation combinant à la fois les aspects techniques, juridiques et de Chari'ah reste un défi. Un effort de formation en vue d'avoir des arbitres combinant les trois compétences est hautement sollicité. Quant à l'absence de codification du Fiqh des transactions et qui a été une excuse pour certains tribunaux pour rejeter l'application de la Chari'ah (expressément choisie par les parties), elle s'est considérablement atténuée par la multiplication des normes de Chari'ah publiées par AAOIFI ces dernières années. Ces normes peuvent être perçues comme une codification partielle du Fiqh des transactions en attendant une codification complète.