

UNIVERSITE Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

MEMOIRE DE RECHERCHE

Discipline : ETUDES INTERNATIONALES ET EUROPEENNES

Mention : DROIT DES PAYS ARABES

2007-2008

**LA PRISE EN CONSIDERATION DE LA SHARI'A DANS
L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL**

Présenté par :

Ronan MESSAGER

Sous la direction de :

Madame le Professeur Marie-Claude NAJM

Agrégée des Facultés françaises de droit

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques

de l'Université Saint-Joseph

Avocat au Barreau de Beyrouth

Remerciements particuliers

À Monsieur le Professeur Ali MEZGHANI directeur du Master 2 Recherche Droit des Pays Arabes pour m'avoir permis de bénéficier d'enseignements enrichissants et de compléter ainsi ma formation en droit.

À Madame le Professeur Marie-Claude NAJM, ma directrice de recherche, pour ses précieux conseils et l'attention qu'elle a porté à mon travail.

À ma famille et mon entourage qui m'ont soutenu.

SOMMAIRE

PARTIE I : LA POSSIBILITE ACCORDEE AUX PARTIES DE CHOISIR LA SHARI'A COMME DROIT APPLICABLE À L'ARBITRAGE

Chapitre I : L'application de la Shari'a comme ensemble de règles procédurales régissant l'instance arbitrale

Chapitre II : L'application de la Shari'a comme droit régissant le fond du litige

PARTIE II : LA PRISE EN COMPTE DE LA SHARI'A POUR LES BESOINS DE RECONNAISSANCE ET D'EFFICACITE DE LA SENTENCE

Chapitre I : La capacité restreinte de l'arbitre de désigner la Shari'a en tant que droit applicable au fond du litige

Chapitre II : L'application extensive de la Shari'a de par la règle morale islamique

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

Liste des abréviations et des sigles

AAA : American Arbitration Association

ALQ: Arab Law Quarterly

C. civ.: Code civil

CCI : Chambre de commerce internationale

CCIB : Chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

CPC : Code de procédure civile

CPCC : Code de procédure civile et commerciale

CRCACI : Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international

D.R. : Décret royal

J.-Cl. : Juris-classeur

JDI : Journal de droit international

LCIA: London Court of International Arbitration

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

NCPC : Nouveau code de procédure civile français

NCPCL : Nouveau code de procédure civile libanais

Op. Cit. : Ouvrage précité

Rev. Arb. : Revue de l'arbitrage

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

RLAAI : Revue libanaise d'arbitrage arabe et international

S. : Suivant

Suppl. spéc. : Supplément spécial

V. : Voir

INTRODUCTION

« *L'arbitre international comme l'abeille, fait son miel de toutes les fleurs qu'il trouve sur son chemin* ». Cette citation du professeur Pierre Lalive¹ peut résumer dans une certaine mesure la fonction de l'arbitre qui loin d'être lié par un ordre juridique déterminé, peut recourir à un éventail important de règles de droit pour rendre sa sentence.

La Shari'a peut-elle, elle aussi, faire partie de ce panel de droits applicables à l'arbitrage commercial international² ? Traduite dans son sens premier par « voie indiquée par Dieu » (ou « voie vers le salut »), cette loi islamique regroupe un « *ensemble de normes et de valeurs qui conditionnent les comportements des musulmans et commandent l'ordre socio-juridique de la umma (la communauté des croyants)* »³.

Tel ne fut pas l'avis des arbitres occidentaux dans les célèbres « sentences pétrolières » rendues dans les années 50⁴. Ces derniers n'ont pas hésité à condamner en bloc la Shari'a, en tant que source du droit du commerce international, puisqu'elle leur paraissait « *embryonnaire* », « *précaire* » ou « *inapte à régir les techniques évoluées du commerce international moderne* ».

Cette période d'« *apriorisme fâcheux* »⁵ est désormais révolue, d'autant que la grande majorité des pays arabes ont modernisé leurs législations (en s'inspirant de l'Occident), et il n'en reste que très peu à avoir conservé la Shari'a comme partie intégrante de leur système juridique.

La loi islamique conserve tout de même un intérêt important dans la mesure où elle constitue « *une toile de fond qui assiste le lecteur pour la compréhension du comportement de la partie arabe, souvent incomprise* »⁶. En effet, bien qu'à l'exception de l'Arabie saoudite, le rôle de la Shari'a s'amenuise au profit d'un droit séculier d'inspiration

¹ Professeur à la Faculté de Droit de Genève.

² « Institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci », JAROSSON Charles, *La notion d'arbitrage*, thèse LGDJ, 1987, n° 785.

³ Définition extraite du *Cours de droit du commerce international et de l'investissement étranger* de Madame le professeur Marie-Claude NAJM, Master 2 Droit des pays arabes, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2007-2008.

⁴ Sentence Cheikh d'Abu Dhabi c/ société Petroleum Development ltd rendue en 1951 par lord Asquith of Bishopstone ; sentence Cheikh du Qatar c/ International Oil Company ltd rendue en 1953 par sir Alfred Bucknill et sentence Aramco c/ Gouvernement du Royaume d'Arabie saoudite rendue le 23 août 1958 par les arbitres Georges Sauser-Hall, M. Hassan et S. Habachi.

⁵ ZAHY Amor, *L'Etat et l'arbitrage : étude comparée principalement du droit des Etats arabes*, OPU, Publisud, 1979, p. 223.

⁶ SALEH Samir, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East: Shari'a, Lebanon, Syria and Egypt*, Second Edition, Hart Publishing, 2006.

occidentale, elle n'en demeure pas moins « *la source principale* », « *première* » ou « *une des sources de la législation* »⁷ en fonction des systèmes.

L'intérêt en est d'autant plus grand que la Shari'a semble revenir sur le devant de la scène dans nombre de pays arabes, accompagnant un retour au religieux. C'est ainsi que M. Ballantyne parlait dès 1988 de « *Back to the Shari'a* ». Il considère en effet que « *There is an undoubted trend overall to reassert the Shari'a* »⁸. Cette tendance au retour de la loi islamique se constate par exemple avec l'amendement à la Constitution égyptienne de 1980 qui en fait « *la source principale* » de la législation et non plus « *une source principale* ». De plus, l'article 27 du Code des transactions civiles des Emirats Arabes Unis de 1985 prévoit expressément dès cette époque que « *It shall not be lawful to apply principles of law designated by the foregoing provisions if such principles are contrary to the Islamic Shari'a or public policy or morals in the U.A.E* ».

En outre, la Shari'a tend à s'appliquer de plus en plus en matière contractuelle, en tant que loi choisie par les parties, notamment dans les transactions financières. La finance islamique qui est en pleine expansion de nos jours, est en effet régie par les règles de la loi islamique. M. Jalal El-Ahdab⁹ a d'ailleurs confié au cours d'une conférence¹⁰ qu'une affaire arbitrale était en cours, dans laquelle l'arbitre avait appliqué la Shari'a en tant que loi choisie par les parties, et que cette pratique tendait à se développer.

La Shari'a joue un rôle très important dans l'arbitrage, puisque son application va permettre la « sacralisation » de la sentence, lui permettant ainsi d'être mieux reconnue et appliquée en terre d'Islam. M. Ali Rahal considère en effet que « *la sentence doit être respectée même par les Califes. En fait, ce n'est pas à l'arbitre ou au juge (au Qadi) que ce respect est rendu, mais plutôt à la Chari'a à laquelle s'est conformé l'arbitre dans sa sentence. Selon la jurisprudence musulmane, la fonction d'arbitre est dans une certaine mesure sacralisée, ce qui donne en général beaucoup de poids aux sentences* »¹¹.

⁷ V. DELAUNAY Jean-Claude, « La place de la Shari'a dans les relations économiques », *Services, cultures, mondialisation, les services juridiques dans les relations économiques euro-arabes*, De Boeck, 1993, p. 86.

⁸ BALLANTYNE William, « The Second Coulson Memorial Lecture: Back to the Shari'a », *ALQ*, 1988, p. 317.

⁹ Docteur en droit, avocat Orrick, inscrit aux barreaux de Paris et de Beyrouth, enseignant à l'IEP de Paris et à l'Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines.

¹⁰ Conférence sur l'investissement dans les pays arabes, organisée le 6 mai 2008 par l'association du Master 2 Droit des pays arabes de l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1.

¹¹ RAHAL Ali, « La qualification des arbitres dans les pays du Moyen-Orient », *RLAAI*, 2006, n° 38, p. 8.

Ainsi, la question qui convient de se poser est de savoir dans quelles mesures la Shari'a peut-elle intervenir dans un arbitrage commercial international ?

Nous parlerons ici de « prise en considération » et non uniquement d'« application » de la loi islamique¹². En effet, l'application suppose que la Shari'a soit désignée en tant que loi ou ensemble de règles de droit applicable (au fond ou à la procédure). La prise en considération est une notion plus large dans la mesure où elle englobe aussi l'intervention de la Shari'a de par la morale islamique et l'ordre public islamique, qui ne sont pas appliqués en tant que tels, mais utilisés dans le raisonnement de l'arbitre pour compléter, imputer ou écarter totalement les dispositions du droit normalement applicable.

Il conviendra donc de s'attacher aux différentes possibilités d'intervention de la Shari'a au cours d'un arbitrage commercial international, en étudiant dans un premier temps l'étendue de la possibilité accordée aux parties de choisir la Shari'a comme droit applicable (à la procédure et au fond), soit en tant que choix libre et éclairé, soit en tant que « choix imposé » par le droit du siège de l'arbitrage, avant d'analyser dans un second temps la prise en compte de la Shari'a par l'arbitre pour des besoins de reconnaissance et d'efficacité de sa sentence qui tend à être exécutée dans des pays arabes.

¹² V. le débat en doctrine entre « prise en considération » et « application ». M. Pierre Mayer en fait d'ailleurs la distinction dans « La règle morale dans l'arbitrage international », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 383 et 389.

PARTIE I : LA POSSIBILITE ACCORDEE AUX PARTIES DE
CHOISIR LA SHARI'A COMME DROIT APPLICABLE À
L'ARBITRAGE

Nous ferons abstraction ici de l'application de la Shari'a à la convention d'arbitrage (en tant que droit applicable pour vérifier son existence, sa validité et son efficacité), ainsi que les dispositions spécifiques qu'elle n'impose qu'en Arabie saoudite quant à la constitution du tribunal arbitral (religion musulmane de l'arbitre, condition de masculinité...), pour ne nous intéresser qu'aux règles de procédure et de fond à proprement dites.

Chapitre I : L'application de la Shari'a comme ensemble de règles procédurales régissant l'instance arbitrale

L'autonomie des parties dans le choix des règles procédurales régissant l'instance arbitrale fait aujourd'hui partie des règles universellement reconnues.

Elle est en effet consacrée tant dans les grandes conventions internationales ou régionales en la matière (notamment à l'article V-1-d de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, ou à l'article 4§1 de la Convention de Genève du 21 avril 1961) qu'en droit comparé (aux articles 1493 et 1494 du Nouveau code de procédure civile français par exemple).

Le principe est que la procédure est la chose des parties, sinon des arbitres.

Les parties peuvent ainsi désigner directement les règles procédurales qu'elles veulent voir appliquer, se référer à un règlement d'arbitrage ou choisir à titre subsidiaire une loi étatique.

La priorité va donc toujours à la convention d'arbitrage. Mais en général, la clause compromissoire détaille rarement les règles à appliquer. Elle renvoie plutôt à un règlement d'arbitrage, même dans un arbitrage *ad hoc*¹³.

Ainsi, la Shari'a ne s'appliquera à ce stade que de manière résiduelle.

Par ailleurs, l'article V-1-d de la Convention de New York prévoit que la procédure d'arbitrage doit d'abord être conforme à la convention des parties, et ce n'est qu'à défaut de convention que la loi du pays où l'arbitrage a lieu s'applique¹⁴.

¹³ Le règlement de la CNUDCI est d'ailleurs prévu spécifiquement pour les tribunaux *ad hoc*.

Or même si la majorité des systèmes juridiques arabes reconnaissent le principe de l'autonomie des parties dans le choix des règles applicables à la procédure, il n'en demeure pas moins que certains inversent la formulation de l'article V-1-d de la Convention de New York pour que seules les règles de procédure du siège de l'arbitrage soient applicables.

En outre, cette autonomie des parties et d'autant plus limitée dans les systèmes dits « traditionnels », par des règles impératives du droit du siège qui s'imposent sous peine d'annulation de la sentence.

Section I : L'application choisie ou imposée de la Shari'a suivant les possibilités d'écartement des règles de procédure du siège

Afin de donner aux parties une autonomie totale pour se référer à un corps de règles, à un règlement d'arbitrage *ad hoc* ou institutionnel, ou encore à une loi étatique, les systèmes juridiques arabes doivent leur assurer la liberté d'écarter les règles de procédure de la loi du lieu du siège de l'arbitrage.

Il est en effet nécessaire pour les parties de pouvoir écarter certaines dispositions désuètes ou inappropriées de ce droit du siège.

Cependant, la situation est différente selon que l'arbitrage ait lieu dans un système « moderne » ou dans un système « traditionnel » d'arbitrage¹⁵.

§1 : L'exigence de prévisibilité et de liberté pour les parties dans les systèmes « modernes » d'arbitrage

Les systèmes modernes d'arbitrages privilégient la liberté contractuelle et autorisent expressément les parties à régler la procédure, que ce soit en désignant directement les règles de procédure, ou par référence à un règlement d'arbitrage ou une loi étatique.

¹⁴ Article V-1-d de la Convention de New York du 10 juin 1958 : « *La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : [...] Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu* »

¹⁵ Distinction classique de l'état des législations arabes relatives à l'arbitrage.

Ainsi, ces systèmes ont suivi sur ce point la tendance générale de libéralisation de l'arbitrage.

Les droits libanais et algérien sont sans doute les plus libéraux en la matière, en adoptant les mêmes solutions que le droit français¹⁶ : « *la convention d'arbitrage peut directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine* »¹⁷.

Ces dispositions sont d'ailleurs bien appliquées en pratique¹⁸.

Par ailleurs, ils retiennent tous deux que les règles de procédure internes ne sont applicables que sur désignation des parties (et à défaut, de l'arbitre)¹⁹.

Ainsi, il est clair que les parties ont toute latitude pour écarter les règles de procédure du droit libanais et algérien lorsque l'arbitrage se déroule dans ces pays, au profit de n'importe quelle règle de droit, et donc potentiellement de la Shari'a.

Les lois dérivées directement ou indirectement de la loi-type de la CNUDCI vont également en ce sens.

En effet, les lois tunisienne²⁰, égyptienne, omanaise²¹, jordanienne²² et yéménite précisent de la même manière que « *les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral* ». Le droit bahreïnien quant à lui a adopté sans modification la loi-type²³.

Enfin, le projet syrien tend lui aussi vers ce libéralisme de l'arbitrage. L'article 778 de ce projet précise ainsi que « (...) *les parties peuvent détailler ces dispositions [réglementant la procédure et régissant l'arbitrage] dans la convention d'arbitrage (...)* ».

¹⁶ Article 1494 du Nouveau code de procédure civile français.

¹⁷ Articles 811 du Nouveau code de procédure civile libanais et 458 bis 6 du Code de procédure civile algérien.

¹⁸ V. notamment CA Beyrouth, 3^{ème} Ch Civ, n° 1725/2001 du 29 novembre 2001, Trenwick International Ltd. c/ Cumberland Insurance : « *Si l'arbitrage est régi par une loi étrangère de procédure, le droit libanais n'intervient pas pour s'opposer au contenu de cette loi étrangère ou pour vérifier si la convention appliquée est conforme à l'ordre public international* », RLAAl, 2002, n° 1, p. 22.

¹⁹ Articles 812 du NCPCL et 458 bis 6 CPC algérien.

²⁰ Article 64 du Code tunisien de l'arbitrage

²¹ Article 25 des lois égyptienne et omanaise

²² Article 24 de la loi jordanienne

²³ Article 19-1 de la loi-type de la CNUDCI

Cette évolution rejoint donc le droit comparé et conventionnel en la matière, et permet de satisfaire le souci de prévisibilité et de liberté des parties.

§2 : L'exigence d'application de la Shari'a de par les règles de procédure du siège dans les systèmes « traditionnels » d'arbitrage

La situation est bien différente dans les pays qui ont gardé un système « traditionnel », élaboré pour des besoins strictement internes.

Dans certains pays, les parties ne peuvent s'écarter du droit du lieu du siège de l'arbitrage et ne peuvent, a fortiori, désigner elles mêmes les règles applicables à la procédure.

Tel est le cas du droit saoudien. En vertu de l'article 39 du règlement saoudien de 1985, les arbitres sont tenus de se conformer à l'intégralité des procédures prescrites par les règlements d'arbitrage de 1983 et de 1985. Il précise par ailleurs que « *leurs décisions doivent être conformes à la Shari'a islamique et aux lois en vigueur* ».

Cette disposition se comprend dans un cadre plus général, l'Arabie saoudite étant le seul pays arabe à appliquer strictement les principes de la Shari'a.

Aucun choix n'est possible, et la Shari'a se voit alors appliquée du fait de la territorialité absolue des lois en Arabie saoudite. Toute procédure régissant un arbitrage qui se déroule dans ce pays sera donc assujettie à la loi islamique. Ainsi, « *les parties ne peuvent en convenir autrement sous peine de violer la souveraineté de la Shari'a* »²⁴.

Dans d'autres systèmes, rien n'est dit sur la possibilité pour les parties de choisir ou non le droit applicable à la procédure. Il faut donc vérifier si le droit du siège autorise les parties à écarter les règles de procédure du siège.

Certaines législations sont plus restrictives²⁵ que d'autres sur ce point, mais dans l'ensemble, que ce soient les législations libyenne, koweïtienne, émiratie, qatarie, syrienne, irakienne ou marocaine, toutes reconnaissent à plus ou moins grande échelle que les parties détiennent un certains pouvoir d'intervention dans le choix de la procédure arbitrale.

²⁴ NAJJAR Nathalie, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, 2004, p. 237.

²⁵ Articles 521-1 et 522 CPC syrien ; 265 CPC irakien ; 311 CPC marocain.

Cependant, ce serait sans compter l'obstacle du droit du siège.

En effet, les codes de ces pays ont été élaborés au cours de la première moitié du XX^{ème} siècle, pour des besoins purement nationaux et internes, et consacrent donc une conception judiciaire de l'arbitrage.

Pillet²⁶, Bartin²⁷ et Niboyet²⁸ notamment en avaient déduit un rattachement de la procédure arbitrale au droit du siège, comme s'il y avait un certain *for* de l'arbitrage. Mais cette notion de « *for* arbitral » est très contestée²⁹ et ne reflète ni les besoins de l'arbitrage commercial international, ni l'évolution moderne de libéralisation de cet arbitrage.

Dés lors que le lieu de l'arbitrage est fixé dans un de ces pays, les parties ne pourront plus écarter le droit étatique local.

Et contrairement au système saoudien, les législations de ces pays, bien qu'inspirées à des degrés divers par la Shari'a, ne recouvrent pas totalement son champ. En effet, la loi islamique n'y est qu'une source d'inspiration, voir la source principale de la législation. Mais la Shari'a n'est appliquée telle qu'elle dans aucun de ces pays. Le droit applicable étant un droit certes inspiré de la Shari'a, mais détenant une grande part d'intervention humaine, et donc de volontarisme étatique.

Ainsi, les parties ne peuvent choisir la Shari'a en totalité, comme ensemble de règles de droit applicable à la procédure, ni se la voir imposer de par le droit du siège de l'arbitrage.

Enfin, la situation du Koweït est plus particulière. En effet, depuis 1995³⁰, l'arbitrage peut et doit être soumis dans certains cas³¹ à un Conseil d'arbitrage judiciaire, dont les seules règles de procédures applicables sont les règles prescrites par la loi n° 11/1995 et celles du Code de procédure civile et commerciale. Or, dans l'ensemble, ces règles ne peuvent être assimilées à la Shari'a, répondant à des besoins spécifiques, purement nationaux et internes.

L'étendue du choix de la Shari'a comme droit applicable à la procédure est donc variable selon que les législations accordent ou non la possibilité de s'écarter du droit du siège. Néanmoins, certains systèmes bien déterminés l'imposent à ce titre.

²⁶ PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, n° 659.

²⁷ BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 601.

²⁸ NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. IV, n° 1981.

²⁹ Cf notamment H. MOTULSKY, « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1959.

³⁰ Loi n° 11/1995 portant réglementation de l'arbitrage judiciaire dans les affaires civiles et commerciales.

³¹ V. notamment NAJJAR Nathalie, *Op. Cit.*, p. 237.

Cependant, quelques soient les règles en cause, leur application est limitée de par des règles impératives de procédure plus ou moins étendues en fonction de l'avancée juridique des systèmes.

Section II : La limitation du choix procédural de la Shari'a par des règles impératives du droit du siège

Au regard des conventions tant régionales³² qu'internationales³³ et du droit comparé³⁴, il semblerait que cette liberté offerte aux parties n'ait d'autres limites que les principes fondamentaux de procédure : l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral, le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire.

En pratique, certaines jurisprudences assurent un respect total de ces principes fondamentaux³⁵.

Or, malgré les aprioris des arbitres occidentaux dans les « sentences pétrolières » des années 50-60³⁶, nombre d'auteurs reconnaissent la possibilité pour l'arbitre « de trouver dans le droit musulman des principes servant de support à des solutions justes et équitables »³⁷. Le droit musulman est en effet « dominé par le principe d'égalité des droits et des devoirs entre les membres de la communauté musulmane ».³⁸

³² Articles 3 de la Convention du Caire de 1953 ; 37 de la Convention de Riyad.

³³ Article V-1-b de la Convention de New York.

³⁴ V. par exemple l'article 26 de la loi égyptienne relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale : « *Les deux parties à l'arbitrage doivent être traitées sur un pied d'égalité et il doit être accordé à chacune une chance égale et entière de présenter sa cause* ».

³⁵ V. par exemple l'affaire *Trenwick International Ltd. c/ Cumberland Insurance*, CA Beyrouth, 3^{ème} ch., n° 1725/2001, du 29 novembre 2001 : « *les règles de procédure doivent être conformes à l'article 817-4 NCPCL* » (respect des droits de la défense), dans NAJJAR Nathalie, « La jurisprudence libanaise en matière d'arbitrage international depuis la promulgation du nouveau code de procédure civile », *Rev. Arb.*, 2005, p. 203.

³⁶ V. en particulier la sentence *Aramco c/ le Gouvernement d'Arabie saoudite* du 23 août 1958.

³⁷ ZAHY Amor, *L'Etat et l'arbitrage : étude comparée principalement du droit des Etats arabes*, OPU, Publisud, 1979, p. 224.

V. dans ce sens S.E. le Cheikh Mohamed El Harkan, ancien ministre de la justice saoudien : « *le Coran ordonne que la justice soit absolue dans l'exercice de l'autorité, il condamne toutes discriminations pour motif de religion, de race, de couleur, de parenté et même d'hostilité. Les actes émanant du pouvoir judiciaire doivent ainsi être conformes à l'équité, dût l'ennemi y trouver son profit, dût le proche en pâtir* », déclaration faite au colloque consacré au « Dogme musulman et les droits de l'Homme en Islam » à Riyad en mai 1972, Publication du Ministère saoudien de l'information (1972), p. 15.

³⁸ ZAHY Amor, *Op. Cit.*, p. 109.

De manière plus précise, la Shari'a insiste également sur ces principes fondamentaux, ne serait-ce qu'au regard de la place prépondérante de la déontologie du juge (et donc de l'arbitre) dans le Fiqh islamique. En effet, les enseignements du Fiqh relatifs aux principes fondamentaux de procédure sont de manière générale conforme aux exigences universellement reconnues. La stricte égalité de traitement des parties y est reconnue comme un principe directeur de l'arbitrage, tout au long de la procédure arbitrale. Selon la casuistique du droit musulman classique, un certain nombre de cas sont prévus en vue de respecter cette égalité parfaite³⁹.

C'est la raison pour laquelle le droit saoudien, appliquant strictement les principes de la Shari'a, y réserve des développements substantiels⁴⁰. Ce qui a d'ailleurs permis à M. Samir Saleh de considérer qu' « *il n'est pas étonnant que ces enseignements conservés dans leur pureté initiale aient restitué une justice de haute qualité en Arabie saoudite, du moins jusqu'aux années 60 (...)* »⁴¹.

Ainsi, la Shari'a n'est pas en tant que telle contraire aux principes fondamentaux de procédure, et les parties peuvent la désigner sans préjudice de leurs droits procéduraux.

Mais outre ces principes fondamentaux, une autre limitation est apportée au choix des parties, en fonction de l'avancée des systèmes juridiques, de par l'étendue des règles impératives du droit du siège qui couvrent toutes les étapes de la procédure.

§1 : La primauté de principe de la liberté des parties dans les systèmes « modernes » d'arbitrage

Le champ de la liberté des parties dans ces systèmes est très étendu. Il couvre des matières très diverses et fondamentales pour l'efficacité et le bon fonctionnement de la procédure arbitrale.

³⁹ L'arbitre doit par exemple s'adresser aux parties sur le même ton de voix, siéger à équidistance de chacune d'elles. Il ne doit pas en revanche saluer une partie sans saluer l'autre.

⁴⁰ Notamment dans les articles 22 et 36 du décret royal saoudien de 1983 et son décret d'application.

⁴¹ SALEH Samir, « La perception de l'arbitrage au Machrek et dans les pays du Golfe », *Rev. Arb.*, 1992, p. 541.

Les parties peuvent ainsi fixer à leur gré le siège de l'arbitrage⁴² (qui emporte des conséquences importantes tant au niveau du déroulement de l'arbitrage qu'au niveau des recours contre la sentence et de son exécution), la langue ou les langues à utiliser au cours de la procédure, ou même les délais de prononcé de la sentence dans certains cas, en plus du pouvoir d'écarter des règles légales facultatives applicables subsidiairement,

Cependant, malgré cette reconnaissance d'une liberté étendue des parties, les systèmes « modernes » adoptent une attitude différente quant à l'application de règles internes, et notamment de règles impératives du droit du siège.

Dans les systèmes les plus libéraux (Liban et Algérie), la convention des parties n'est limitée que par le respect des principes fondamentaux de procédure. Les règles internes de procédure ne peuvent s'appliquer que sur désignation par les parties (ou à défaut par les arbitres)⁴³.

Ainsi, la Shari'a n'étant pas en elle-même contraire à ces principes fondamentaux, elle peut s'appliquer sans restriction.

A côté de ces législations très libérales, les systèmes dérivés directement ou indirectement de la loi-type CNUDCI consacrent certes la primauté de la convention des parties dans la procédure, mais la limite à certaines règles impératives insusceptibles de modification ou de renonciation⁴⁴.

Ces règles sont généralement d'une faible contrainte pratique, mais il convient tout de même de les signaler. Une de ces règles exige par exemple que les audiences se déroulent à huit clos, de manière confidentielle, alors que l'article 25-4 du règlement CNUDCI de 1976 précise que cette règle peut être écartée par la volonté des parties. Une autre régie les formes de notifications et de significations des actes de procédure, contrairement à ce que prévoient la loi-type et certaines lois arabes⁴⁵.

⁴² Articles 20 de la loi-type CNUDCI ; 65 du code tunisien de l'arbitrage ; 28 des lois égyptienne et omanaise ; 27 de la loi jordanienne et 7 de la loi yéménite.

⁴³ Articles 812 NCPCL et 458 bis 6 CPC algérien.

⁴⁴ Articles 19-2 de la loi-type ; 64 alinéa 2 du code tunisien de l'arbitrage ; 25 des lois égyptienne et omanaise sur l'arbitrage commercial international ; 24 de la loi jordanienne et 32 de la loi yéménite.

⁴⁵ Notamment les lois égyptienne, omanaise et jordanienne qui accorde la prééminence à la volonté des parties sur ce point.

Dans les systèmes « traditionnels », les règles impératives de procédure sont bien plus contraignantes et doivent être perçues comme inutilement attentatoires à la liberté des parties.

§2 : La liberté résiduelle des parties dans les systèmes « traditionnels » d'arbitrage

Si l'on fait abstraction du système saoudien, les systèmes « traditionnels » écartent en général l'application des règles de procédure judiciaire dans l'arbitrage et autorisent les parties à les écarter. Cependant, ils ne reconnaissent qu'un rôle limité à la convention des parties du fait de l'étendue des règles impératives qu'ils prescrivent.

Ainsi, le choix des parties ne se résume qu'à quelques matières de faible importance. Il s'agit dans certains cas d'autoriser les arbitres à désigner l'un d'eux pour la rédaction des procès-verbaux ou pour accomplir les actes d'instruction⁴⁶. Dans certains systèmes, les parties ne peuvent convenir que du montant des honoraires des arbitres⁴⁷.

Les parties peuvent par ailleurs choisir la langue dans laquelle la sentence sera rédigée et fixer des délais de prononcé de la sentence (permettant de pallier à l'insuffisance des délais légaux en général très brefs)⁴⁸.

En revanche, le pouvoir des parties de fixer le siège de l'arbitrage pose problème. La majorité des systèmes « traditionnels » sont muets sur ce point. Or certains ont adhéré à la Convention de New York⁴⁹ qui prévoit non seulement que les parties peuvent convenir du lieu de déroulement de l'arbitrage, mais également s'en référer à des institutions privées d'arbitrage. De même, pour d'autres pays non signataires de cette convention, cette solution peut être déduite de dispositions concernant l'exécution des sentences étrangères. Mais en tout état de cause, rien n'est sûr pour les parties.

Outre la réduction excessive du champ d'action des parties, ces systèmes « traditionnels » prescrivent des règles impératives certes peu nombreuses, mais contraignantes, en vue de satisfaire des besoins proprement nationaux et internes.

⁴⁶ Articles 311 alinéa 2 CPC marocain et 179 CPCC koweïtien.

⁴⁷ Articles 276 CPC irakien et 22 D.R. saoudien de 1983.

⁴⁸ Articles 308 CPC marocain ; 181 CPCC koweïtien ; 9 D.R. saoudien de 1983.

⁴⁹ Notamment le Maroc, la Syrie et le Koweït.

Par exemple certaines règles s'imposent pour introduire l'instance arbitrale⁵⁰ (contredisant le règlement CNUDCI de 1976), ou pour le prononcé de la sentence arbitrale (à l'exception des règles supplétives ponctuelles) et posent des délais légaux impératifs pour les derniers échanges⁵¹.

La Shari'a peut donc avoir à s'appliquer dans la procédure arbitrale eu égard au choix des parties ou à son application impérative en Arabie saoudite, mais son domaine n'en demeure pas moins restreint suivant l'avancée des systèmes juridiques.

Le problème est tout autre dans le choix du droit applicable au fond du litige, la question du for arbitral se posant de manière moins exacerbée à ce stade. En effet, la distinction qui se pose en matière judiciaire, entre la loi applicable à la procédure (loi du juge saisi) et la loi applicable au fond (mise en œuvre des règles de conflit de loi) influence nombre de législations arabes sur l'arbitrage qui conservent une conception judiciaire de l'arbitrage.

Ainsi, autant l'application de la « *lex fori* » (droit du siège) peut se concevoir dans ces systèmes comme droit applicable à la procédure, autant le droit applicable au fond doit y être plus indépendant par rapport à ce droit du siège. D'où la nécessité de prévoir une plus large autonomie des parties au stade de la désignation des règles applicables au fond du litige.

Dans ce contexte, quelles sont les règles susceptibles de permettre l'application de la Shari'a au fond du litige ?

⁵⁰ Articles 179 CPCC koweïtien et 208-1 LF émirati.

⁵¹ Articles 523 CPC syrien et 314 CPC marocain.

Chapitre II : L'application de la Shari'a comme droit régissant le fond du litige

La tendance générale tant en droit conventionnel⁵² qu'en droit comparé⁵³ et dans les règlements d'arbitrage⁵⁴ est au libéralisme qui se manifeste par la reconnaissance d'une grande liberté des parties dans le choix du droit applicable au fond du litige, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Celui-ci est d'ailleurs renforcé par le fait que les principales conventions internationales relatives à la reconnaissance des sentences arbitrales (notamment la Convention de New York du 10 juin 1958) interdisent au juge de réviser le fond de la sentence.

L'autonomie de la volonté est perçue de manière large, puisque le choix des parties peut être tacite ou exprès, découler d'un compromis d'arbitrage ou d'un acte de mission, ou même être fait par référence⁵⁵. La jurisprudence arbitrale est d'ailleurs très souple en la matière.

Pour que l'autonomie des parties soit complète, encore faut-il qu'elles puissent désigner la Shari'a de par le choix d'une loi étatique (la loi saoudienne), mais aussi à travers le choix d'un ensemble de règles d'origine non étatique.

Cependant, la Shari'a n'a pas toujours reçu un accueil chaleureux. En effet, les « sentences pétrolières », après avoir constaté l'application du droit local⁵⁶, en vertu des règles de rattachement de droit international privé, l'ont écarté pour des motifs peu convaincants au profit de principes généraux du droit reconnus par les « nations civilisées ».

A cette époque, nombre de législations arabes, et notamment celles des pays du Golfe arabo-persique, étaient basées quasiment exclusivement sur la Shari'a. Or, les arbitres occidentaux ont vu dans le droit musulman classique un droit insuffisant et discrétionnaire⁵⁷.

⁵² Articles 7 de la Convention de Genève et 42 de la Convention de Washington.

⁵³ Articles 1496 NCPC français ; 187 de la loi suisse sur le droit international privé ; 1054 du CPC néerlandais ; 73 du code tunisien de l'arbitrage.

⁵⁴ Articles 33-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; 13-3 de celui de la CCI ; 29 de celui de l'American Association of Arbitration.

⁵⁵ V. notamment SLIM Habib, « Le droit applicable au fond du litige et qui s'impose à l'arbitre : les règles choisies par les parties et les usages du commerce », *RLAAI*, 2001, n° 18, p. 24 et s.

⁵⁶ Reconnaissance de l'application de la loi d'Abu Dhabi dans la sentence *Cheikh d'Abu Dhabi c/ Petroleum Development Oil Cy* ; de la loi qatarie dans la sentence *Cheikh du Qatar c/ International Oil Company* de 1953 ; de la loi saoudienne dans l'affaire *Aramco c/ le Gouvernement de l'Arabie saoudite*.

⁵⁷ L'arbitre lord Asquith of Bishopstone dans la sentence *Abu Dhabi* considèrent en effet que le droit local conduit à « a purely discretionary justice with the assistance of the Koran » ; l'arbitre Bucknill, dans l'affaire du Qatar conclut que « the law does not contain any principles which would be sufficient to interpret this particular contract ».

Mais comme nous l'avons vu précédemment, ces « *apriorismes fâcheux* »⁵⁸ ont pu être dépassés par la suite. Désormais, la Shari'a est perçue comme un droit pouvant déboucher sur des solutions justes et équitables.

Section I : L'application de la Shari'a résultant du droit saoudien

Dans cette hypothèse, la Shari'a peut s'appliquer en tant que loi étatique (loi saoudienne), résultant d'un choix des parties ou imposée par les principes de territorialisme et de personnalisme des lois en Arabie saoudite.

§1 : La liberté de choisir la Shari'a à travers le choix de la loi saoudienne

L'Arabie saoudite à part, tous les pays arabes reconnaissent aux parties la liberté de choisir la loi étatique applicable au fond, mais à des degrés différents.

En effet, les systèmes « modernes » instaurent cette liberté dans des textes spécifiques à l'arbitrage. Les législations libérales, celles inspirées de la loi-type CNUDCI et même certaines législations du Golfe retiennent dans des termes voisins que « *le tribunal tranche le litige conformément au droit convenu par les parties* ». Parmi ces systèmes « modernes », certains limitent même cette possibilité à une loi étatique⁵⁹, mais la majorité en fait un choix parmi d'autres règles de droit. Le droit égyptien donne même un effet absolu à la loi étatique choisie : « *Si les parties ont convenu d'appliquer un droit étatique déterminé, il convient, sauf convention contraire, d'en appliquer les règles matérielles, non les règles de conflit* »⁶⁰.

Dans les systèmes « traditionnels », il n'existe pas de telles dispositions spéciales prévoyant cette liberté fondamentale du droit du commerce international, puisque leurs législations portant sur l'arbitrage n'ont été élaborées que pour les seuls besoins de l'arbitrage interne. Ainsi, comme le soutiennent certains auteurs⁶¹, « *ce n'est que par un retour au droit commun qu'il est possible de combler cette lacune* ». En effet, les règles de droit international

⁵⁸ ZAHY Amor, Op. Cit., p. 223.

⁵⁹ V. notamment l'article 6-1 de la loi omanaise sur l'arbitrage : « *Les parties au litige sont libres de désigner la loi que doivent appliquer les arbitres au fond du litige* ».

⁶⁰ Article 39 de la loi égyptienne n° 27 du 18 avril 1994 portant sur l'arbitrage dans les matières civiles et commerciales.

⁶¹ V. notamment NAJJAR Nathalie, Op. Cit., p. 255.

privé des contrats désignent dans tous ces systèmes la loi d'autonomie. Repris pour la grande majorité du code civil égyptien, ils prévoient en des termes uniformes : « *est applicable aux obligations contractuelles, la loi du domicile commun des parties et à défaut, la loi du lieu de conclusion du contrat, et ce sous réserve de la convention contraire ou s'il apparaît des circonstances de la cause que l'application d'une autre loi aura été convenue* »⁶². Mais la mise en œuvre des règles de conflit de lois en matière contractuelle n'offre pas une liberté comparable à celle que l'on trouve consacrée dans les systèmes « modernes », puisque soumise à certaines conditions préalables (l'internationalité du litige...)⁶³.

Les parties ont toute liberté pour désigner la loi qu'elles souhaitent voir appliquer au fond du litige. Ce peut être une loi neutre ou tierce, même si elle ne présente aucun lien avec la situation.

Selon M. Sélim Jahel, la Shari'a constitue dans l'ordre juridique saoudien « *le droit par excellence, un corps de règles douées d'une réelle positivité qui couvre toutes les matières juridiques, loi fondamentale de l'Etat et système juridique de droit commun* »⁶⁴.

Or, dans les autres pays arabes, la loi islamique a une place beaucoup plus restreinte (une simple « *source première* », « *principale* » ou simplement « *une des sources de la législation* »), et ne cesse d'être marginalisée à chaque réforme. Elle n'y est qu'un ensemble de principes régissant le droit et la vie sociale.

Ainsi, la seule loi étatique reflétant suffisamment la Shari'a pour pouvoir considérer la loi islamique comme applicable est celle de l'Arabie saoudite.

§2 : L'exigence d'application de la Shari'a résultant des principes de personnalisme et de territorialisme des lois en Arabie saoudite

Selon l'article 7 du nizam al-açaci, la Shari'a gouverne entièrement l'ordre juridique saoudien⁶⁵. De plus, comme nous l'avons vu précédemment, l'Arabie saoudite est le seul pays

⁶² Article 19 du Code civil égyptien, repris par les articles 20 C. civ. syrien ; 20-1 C. civ. libyen ; 25 C. civ. irakien.

⁶³ V. notamment MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, Montchrétien, 2007, p. 62.

⁶⁴ JAHEL Sélim, « Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie saoudite », dans *les Constitutions des pays arabes*, Bruylant, 1999, p. 69.

arabe qui applique strictement les principes de la Shari'a. La réglementation de l'arbitrage n'en est pas exclue. L'article 39 du décret d'application de 1985 dispose en effet que « *les arbitres ne sont tenus de respecter les règles de procédure sauf à respecter les dispositions de la loi sur l'arbitrage. Leurs décisions doivent être conformes à la Shari'a islamique et aux lois en vigueur* ». Cet article est d'ailleurs appliqué strictement en pratique⁶⁶.

La structure de la loi saoudienne de 1983 relative à l'arbitrage et son décret d'application de 1985 sont centrés sur un arbitrage fortement localisé sous le contrôle obligatoire des tribunaux locaux⁶⁷.

Ainsi, l'on comprend mieux l'affirmation selon laquelle « *l'Arabie saoudite, gardien des lieux saints, est le seul pays du Moyen-Orient qui exclut la réception de toute loi étrangère sur son territoire, en application des principes strictes de la Shari'a* »⁶⁸.

En effet, le raisonnement conflictuel désormais reconnu par une large majorité de systèmes n'est pas consacré dans la Shari'a. Les éléments de rattachement à la loi islamique – et donc à la loi saoudienne – sont fondés sur la communauté religieuse et sur le territoire islamique.

La règle veut donc que la loi applicable à l'arbitrage se déroulant en Arabie saoudite ou mettant en cause un saoudien (et même plus largement un musulman) soit la loi saoudienne. Par ailleurs, elle régit aussi l'ensemble des transactions dès lors que l'exécution du contrat s'effectue localement.

Certains auteurs⁶⁹ ont émis la possibilité de désigner une loi étatique différente de la loi saoudienne, qui serait « *conforme à la Shari'a islamique et aux lois en vigueur* » (pour reprendre les exigences de l'article 39 du décret d'application de 1985). Mais en pratique, le droit saoudien exigeant que la convention d'arbitrage soit homologuée par le juge, il est peu probable qu'elle puisse recevoir pareille homologation dans le cas où elle désignerait une loi étrangère.

⁶⁵ Article 7 du nizam al-açaci : « *Le Livre de Dieu et la Sunna de son Prophète sont les hakamayn* (au sens de « piliers » ici) *de ce nizam al-açaci et de tous les anzimats établis par l'Etat* ».

⁶⁶ V. notamment la sentence *ad hoc* rendue le 20 février 1988 à Damman : « (...) *le contrat est soumis pour son interprétation et son exécution à la loi du pays où il a été signé et à la loi du pays où il doit produire ses effets. Toutefois, la Shari'a islamique prévaut sur ce principe* ».

⁶⁷ V. notamment EL-AHDAB Abdul Hamid, « L'arbitrage en Arabie saoudite sous le régime de la nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985 », *Rev. Arb.*, 1986, p. 559 ; et SALEH Samir, *Op. Cit.*, p. 545.

⁶⁸ NAJJAR Nathalie, *Op. Cit.*, p. 251.

⁶⁹ Notamment SALEH Samir, *Commercial Agency and Distributorship in the Middle East*, p. 9 à 58.

La Shari'a s'applique donc à tout arbitrage se déroulant sur le territoire saoudien et lorsqu'un saoudien est en cause. L'arbitre prendra d'ailleurs le soin de l'appliquer même lorsque ces conditions ne sont pas remplies, pour des raisons de reconnaissance et d'effectivité de sa sentence, si celle-ci est appelée à être exécutée dans le Royaume saoudien.

Outre le cas saoudien, la Shari'a peut aussi se voir appliquer dans certains systèmes de par la possibilité de désigner des « règles de droit » pour régir le fond du litige.

Section II : L'application de la Shari'a résultant de la possibilité de désigner des « règles de droit »

A l'origine, le débat qui a lancé la question de l'application de règles de droit était celui relatif au contrat sans loi. Pour certains, il est possible de s'affranchir des règles étatiques. Le contrat ne serait pas alors sans droit, puisque soumis à des règles juridiques particulières, mais sans loi étatique. Il n'est guère besoin qu'un système l'englobe pour qu'il ait force obligatoire.

Cette thèse, bien que toujours discutée en doctrine, semble avoir été reconnue dans un certain nombre de systèmes⁷⁰ et s'est avérée très adaptée à l'arbitrage commercial international pour reconnaître la « *lex mercatoria* »⁷¹.

Mais au delà de cet enjeu de la reconnaissance d'un « ordre transnational », la Shari'a peut avoir à s'appliquer au titre de cette reconnaissance de la possible désignation de règles de droit. En effet, sauf le cas de l'Arabie saoudite, la loi islamique n'est pas un système de droit – au sens de législation positive – mais un « *ensemble de normes et de valeurs qui*

⁷⁰ V. notamment l'évolution dans la jurisprudence française avec l'arrêt *Messageries maritimes*, Cass. Civ., du 21 juin 1950 refusant qu'un contrat soumis à des règles non étatiques, renversé selon certains auteurs par l'arrêt *Valenciana*, Civ. 1, du 22 octobre 1991 consacrant la juridicité de la *lex mercatoria*.

⁷¹ Selon M. Goldman, la *lex mercatoria* serait « un ensemble de principes, d'institutions et de règles, puisées à toutes les sources qui ont progressivement alimenté et continuent d'alimenter les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs du commerce international », dans « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Clunet*, 1979.

*conditionnent les comportements des musulmans et qui commande l'ordre socio juridique de la umma »*⁷².

Désormais, la possibilité de désigner des règles de droit au fond d'un litige arbitral est largement reconnue⁷³, aussi bien dans les droits nationaux que dans les règlements d'arbitrage⁷⁴. Mais trop peu de pays arabes ont suivi cette tendance.

§1 : La consécration de la liberté de choisir des règles de droit

Le problème qui s'est posé en la matière est d'ordre terminologique. En effet, il semblerait que dans les législations arabes, « *qawa'id al-qanoun* » recouvre l'expression « règle de droit ». Le terme « *Qanoun* » désignerait uniquement la loi⁷⁵.

Ainsi, la grande majorité des systèmes modernes de l'arbitrage dans les pays arabes reconnaissent la faculté pour les parties de désigner des règles de droit applicables au fond du litige. Le texte égyptien qui a servi de base à de nombreux droits dans la région avait été discuté avant sa promulgation sur ce terme de « *qawa'id* ». Dans sa rédaction finale, l'article 39 de la loi égyptienne n° 27 du 18 avril 1994 portant sur l'arbitrage dans les matières civiles et commerciales a été traduit comme suit : « 1. *Le tribunal arbitral applique au fond du litige les règles convenues par les parties (...)*. 2. *Si les parties n'ont pas convenu des règles de droit applicables au fond du litige (...)* ». L'article 813 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile libanais disposait déjà en 1983 que « *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies* ».

Au Maroc, la doctrine⁷⁶ semble s'accorder sur le fait que l'article 317 du Code de procédure civile marocain se réfère aux « règles de droit » et non pas uniquement à la « loi ».

De même en Tunisie, d'imminents auteurs tels que M. Ali Mezghani et Mme Kelthoum Meziou⁷⁷ considèrent que le terme « *ahkam al-qanoun* » de l'article 73-1 du Code

⁷² Définition précitée.

⁷³ V. MOLINEAUX Charles, "Reaching for the applicable Law in Arbitration: Rules imposed, chosen, and the Customs of Commerce", *RLAAI*, 2000, n° 16, p. 12.

⁷⁴ V. notamment l'article 33 du règlement de la CCI et l'article 28 de l'AAA : « *The Tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate* ».

⁷⁵ V. FILLION-DUFOULEUR Bernard et LÉBOULANGER Philippe, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994, p. 679.

⁷⁶ Notamment M. Bedjaoui et D. El-Karkouri.

tunisien de l'arbitrage, traduit par « loi » recouvre plutôt l'expression « règles de droit ». En effet, l'article 28-1 de la loi-type CNUDCI parle bien de « *règles de droit choisies par les parties* ». Le Code tunisien de l'arbitrage s'étant fortement inspiré de la loi-type, il faut retourner au sens arabe originel et conserver le sens de cette loi.

Par ailleurs, certains règlements d'institutions arabes d'arbitrage ont repris cette solution, notamment le règlement de la Chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth⁷⁸ qui a repris sur ce point le règlement de la CCI de 1988.

Pourtant, cette tendance demeure minoritaire dans les pays arabes.

§2 : L'exclusion de cette liberté dans la majorité des pays arabes

La nouvelle législation syrienne, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2008, est très hostile à l'application de règles de droit au fond du litige. En effet, elle exige que « *les arbitres appliquent au fond du litige les règles désignées par les règles de conflit de droit international privé* ». Or, ces règles de conflit ne peuvent désigner qu'une loi étatique du fait des critères de rattachement⁷⁹.

En revanche, les systèmes « traditionnels » d'arbitrage⁸⁰ n'évoquent même pas la question des règles de droit. Comme nous l'avons vu précédemment, en cas de lacune, il convient de revenir au droit commun. Celui-ci exige la mise en œuvre des règles de conflit applicables aux obligations contractuelles, et ne peuvent désigner qu'une loi étatique. Ainsi, seule une loi étatique peut être désignée par les parties comme droit applicable au fond du litige (la règle de conflit en matière contractuelle désignant la loi choisie par les parties). Les législations de ces pays ne sont pas hostiles aux règles de droit, mais demeurent seulement dépassées et lacunaires.

⁷⁷ MEZIOU Kelthoum et MEZGHANI Ali, « Le Code tunisien de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1993, n° 4, p. 521.

⁷⁸ Article 13-3 du règlement de la CCIB.

⁷⁹ V. notamment « la méthode du conflit de lois » chez MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, Montchrétien, 2007, p. 109.

⁸⁰ Notamment les codes libyen, koweïtien, irakien, qatari et émirati.

Certains centres arabes d'arbitrage sont quant à eux réticents à l'égard de la notion de « règles de droit ». En effet, l'article 33-1 du règlement du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (s'éloigne sur ce point de la loi égyptienne n° 27 du 18 avril 1994) ainsi que l'article 12 de celui du Conseil de coopération des Etats arabes du Golfe sont très restrictifs et ne permettent aux parties de ne désigner qu'une loi étatique.

Comme le démontre Mlle Nathalie Najjar⁸¹, les raisons de cette hostilité sont multiples. Il peut s'agir aussi bien du refus d'appliquer une « *notion qui fait l'objet de critiques théoriques* », que d'une rancœur vis-à-vis de l'utilisation de principes généraux dans les « sentences pétrolières ».

Cependant, malgré ces critiques adressées à la notion de « règles de droit », il serait étonnant que les pays arabes, même ceux dont les systèmes demeurent traditionnels, refusent de donner l'opportunité aux parties de choisir la Shari'a.

En effet, la loi islamique peut être, comme son nom l'indique, plus perçue dans la conscience collective arabe comme une loi divine que comme un ensemble de règles de droit, malgré l'absence de positivité de telles normes. L'hostilité à l'égard des règles de droit n'est en fait adressée qu'à l'application de la *lex mercatoria* et des principes généraux.

Ainsi, il ne semble pas qu'il soit refusé aux parties de désigner la Shari'a comme droit applicable au fond du litige.

⁸¹ NAJJAR Nathalie, Op. Cit., p. 258.

La Shari'a peut donc avoir à s'appliquer de différentes manières, soit après désignation par les parties comme droit régissant la procédure ou le fond du litige, soit imposée par certains systèmes juridiques.

Théoriquement, son champ d'application peut être restreint de par notamment la non reconnaissance par certains systèmes de la possibilité de désigner des règles de droit, mais il semble qu'il n'en soit pas ainsi dans la pratique des pays arabes, et que la loi islamique, même si considérée comme lacunaire, aura à s'appliquer. Tout au plus les droits locaux pourraient venir compléter les lacunes de la loi islamique.

Bien que la Shari'a soit perçue par certains juges occidentaux comme un droit arriéré et désuet, leurs législations reconnaissent un pouvoir total aux parties pour choisir le droit qu'elles veulent voir appliquer. A ce stade, rien ne peut alors empêcher l'application de la loi islamique.

En effet, lorsque les parties se sont mises d'accord sur la règle de droit à appliquer, elle s'impose à l'arbitre. Ce principe est largement reconnu, et notamment dans les pays arabes.⁸² Les sentences arbitrales reconnaissent d'ailleurs expressément que « *L'arbitre n'a pas le pouvoir de substituer son propre choix à celui des parties, dès qu'il existe un choix exprès, clair et sans ambiguïté et [qu'] aucune raison valable n'a été invoquée pour qu'il soit refusé de donner effet à un tel choix* ». ⁸³

Cependant, dans la seconde étape de l'arbitrage, la Shari'a peut être limitée, voir évincée, en considérant qu'elle est contraire aux principes généraux du droit et usages du commerce international, ou qu'elle heurte l'ordre public. L'arbitre se pose ainsi en amont la question de la reconnaissance et de l'efficacité de sa sentence, afin d'éviter une annulation par le juge étatique ou un refus d'appliquer la sentence sur un territoire donné.

⁸² V. notamment l'article 39-1 de la loi égyptienne n° 27 du 18 avril 1994 : « *Le tribunal arbitral applique au fond du litige les règles convenues par les parties* » ; et l'article 813 alinéa 1^{er} NCPCL : « *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies* ».

⁸³ Sentence rendue dans l'affaire CCI n° 1512, JDI, 1974.904, obs. Derains et Thompson.

PARTIE II : LA PRISE EN COMPTE DE LA SHARI'A POUR
LES BESOINS DE RECONNAISSANCE ET D'EFFICACITE
DE LA SENTENCE

Tout dépendre ici du lieu où la sentence devra s'appliquer. En effet, les considérations de l'arbitre sont différentes en fonction que la sentence doive être exécutée ou produire des effets dans les pays arabes ou dans d'autres pays.

Chapitre I : La capacité restreinte de l'arbitre de désigner la Shari'a en tant que droit applicable au fond du litige

A défaut de choix des parties sur le droit applicable au fond, il revient en général à l'arbitre de le déterminer. Il s'agit ici d'une obligation et non d'une simple faculté de l'arbitre. Le litige doit être tranché en droit (sauf en cas de clause d'amiable composition).

Cependant, une certaine jurisprudence arbitrale⁸⁴ a considéré que le fait pour l'arbitre d'être libre de déterminer la loi applicable, ne saurait porter atteinte aux prévisions des parties en désignant une loi annulant leur contrat, celle-ci devant alors être perçue comme inappropriée. Ainsi, il ne serait pas possible pour l'arbitre de désigner la Shari'a, en ce qu'elle prohibe certaines transactions (usuraires et aléatoires notamment). Mais cette jurisprudence a été vivement critiquée. M. Jean-Baptiste Racine affirme à ce sujet que « *La sécurité des transactions ne doit pas aboutir à privilégier, par principe, la validité du contrat (...) il n'existe aucune raison pour que l'arbitre déclare applicable une autre loi au prétexte que la loi désignée annule le contrat* »⁸⁵.

De nombreux pays arabes reconnaissent à l'arbitre le pouvoir de désigner le droit applicable en l'absence de choix des parties et exigent même qu'il prenne en compte les usages du commerce international.

⁸⁴ Sentence CCI n° 4145 de 1984, Rec. CCI, I, p. 558 ; JDI. 1985.985
Sentence CCI n° 7154 de 1993, JDI, 1994.1059
Sentence CCI n° 8113 de 1993.

⁸⁵ RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1999, p. 238.

Mais de toute évidence, dans la majorité des systèmes arabes, les arbitres n'ont pas la même liberté que les parties dans le choix de la règle applicable au fond.

L'arbitre doit pouvoir à ce stade être autonome par rapport aux règles de conflit du siège, afin de désigner un droit applicable au fond qui n'est pas contraire aux usages du commerce international. En revanche, la possibilité pour l'arbitre de désigner des règles de droit est très restreinte dans la grande majorité des pays arabes, pour ne pas dire inexistante.

Section I : La liberté limitée de l'arbitre d'appliquer la Shari'a en tant que droit conforme aux usages du commerce international

La liberté de l'arbitre de désigner un droit applicable au fond est restreinte par certains droits du siège, mais ne doit dans tous les cas pas aboutir à un résultat contraire aux usages du commerce international.

§1 : L'autonomie restreinte de l'arbitre par rapport aux règles de conflit du siège

Traditionnellement, le rôle de l'arbitre est comparé à celui du juge étatique. En effet, la finalité de l'arbitrage est de trancher un litige selon un droit déterminé (sauf en cas de clause d'amiable composition). Cependant, l'arbitrage a une nature hybride : outre sa fonction juridictionnelle, il a une origine conventionnelle. Ce sont les parties qui se sont mises d'accord pour recourir à l'arbitrage. Il est donc normal de considérer que l'arbitre ne sera tenu que par la volonté des parties, et non par une quelconque souveraineté étatique.

Les systèmes modernes consacrent en général tous cette conception transnationale de l'arbitrage. L'arbitre n'est donc pas tenu d'appliquer la règle de conflit du siège de l'arbitrage. Un grand nombre d'institutions arabes d'arbitrage ont aussi reconnu une telle autonomie à l'arbitre⁸⁶.

⁸⁶ Articles 33-1 du règlement du CRCACI ; 13-3 du règlement de la CCIB ; 12 du règlement du Centre du CCEAG.

Cependant, il existe des différences quant à la méthode de désignation du droit applicable. Alors que les plus libéraux (les systèmes libanais et algérien) consacrent une liberté totale de l'arbitre dans le choix de cette méthode⁸⁷, d'autres imposent l'application des « *règles matérielles du droit qui présente les liens les plus étroits avec le litige* »⁸⁸. En droit tunisien, l'arbitre applique la « *loi qu'il estime appropriée* »⁸⁹, alors qu'en droit bahreïni, il applique la « *loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce* »⁹⁰.

Certaines méthodes sont propices à la désignation de la Shari'a, telle que la méthode de la voie directe (l'arbitre désigne directement le droit applicable au fond qui doit tout de même être appropriée pour un souci de prévisibilité) ; d'autres méthodes, notamment celles appliquant des règles de conflit ne pourront désigner la Shari'a qu'à travers la désignation de la loi saoudienne.

En revanche, les systèmes traditionnels arabes se sont heurtés à cette conception en considérant comme nous l'avons vu précédemment que l'arbitre a un for. Mais cette vision des choses est désuète et contraire à la tendance moderne de reconnaissance du caractère transnational de l'arbitrage.

Certains sont hostiles à l'autonomie totale de l'arbitre par rapport au droit du siège, l'arbitre devra donc rendre sa sentence en se conformant au droit étatique (sauf en cas de clause d'amiable composition). Tel est le cas notamment dans la loi yéménite de 1992 imposant à l'arbitre de faire application (à défaut de choix des parties) des règles de conflit du siège ou dans l'article 198 CPCC qatari : « *si l'arbitrage a lieu au Qatar, les lois qatari sont applicables aux éléments du litige, sauf convention contraire des parties* ».

D'autres sont silencieux sur ce point. Il convient donc de se référer aux règles de conflit de droit international privé applicables aux obligations contractuelles du pays du siège de l'arbitrage. En général, à défaut de choix des parties, les règles de conflit désignent la loi du domicile commun ou à défaut la loi du lieu de conclusion du contrat.

Or, dans ce contexte, la Shari'a ne va pas pouvoir être appliquée autrement que par la désignation par la règle de conflit de la loi saoudienne.

⁸⁷ Articles 813 alinéa 1^{er} NCPCL et 458 bis 14 CPC algérien : « *conformément à celles [les règles de droit] qu'il estime appropriées* ».

⁸⁸ Articles 39-2 des lois égyptienne et omanaise et 36-b de la loi jordanienne.

⁸⁹ Article 73-2 du Code tunisien de l'arbitrage

⁹⁰ Article 28-2 de la loi-type de la CNUDCI telle que reprise en droit bahreïni.

Cependant, quelque soit le droit désigné par l'arbitre, celui-ci ne doit pas être contraire aux usages du commerce international.

§2 : Un choix qui ne doit pas être contraire aux usages du commerce international

La tendance actuelle est de considérer que l'arbitre tienne compte des usages du commerce, quelque soit la règle applicable au litige⁹¹. Un certain nombre de législations arabes le prévoit expressément. Ainsi, l'article 39-4 de la loi égyptienne n° 27 du 18 avril 1994 dispose que « *le tribunal arbitral doit tenir compte (...) des usages du commerce applicables à l'opération* »⁹².

L'arbitre doit donc les prendre en compte même si les parties se sont référées à un autre droit. Il pourra s'appuyer sur un usage pour compléter les stipulations contractuelles ou remédier aux insuffisances du droit désigné. Ces usages peuvent se voir soulever d'office à condition de soumettre leur existence et leur contenu à la discussion contradictoire des parties. Celles-ci ont cependant la possibilité d'écarter conventionnellement leur application.

Dans ce cadre, la Shari'a peut donc se voir limitée ou complétée par les usages du commerce dans certains pays arabes.

Il semble cependant que la Shari'a accepte largement les usages du commerce, cette notion étant confondue dans le Fiqh avec la coutume (*'urf*). Mlle Nathalie Najjar parle même de « faveur » témoignée par la Shari'a aux usages.⁹³ Elle reprend Louis Milliot et Schacht pour constater que les usages (la coutume) ont joué un rôle très important dans la constitution du droit musulman classique, permettant de compléter les lacunes de la Shari'a et de s'adapter aux besoins de la société musulmane, et pouvant être consacrés à tout moment par l'*ijtihad*⁹⁴ ou l'*ijma*'⁹⁵.

Une doctrine importante relève par ailleurs la « parfaite identité » entre les usages et coutumes reconnues par la Shari'a et ceux du commerce international.

⁹¹ Notamment l'article 1496 NCPC français.

⁹² Les articles 73 du Code tunisien de l'arbitrage et 813 alinéa 1^{er} CPCL reprennent cette solution dans des termes analogues.

⁹³ NAJJAR Nathalie, Op. Cit., p. 261.

⁹⁴ L'*ijtihad* correspond à l'effort d'interprétation.

⁹⁵ L'*ijma* recouvre l'idée de consensus des docteurs de la loi.

Cependant, le problème se pose lorsqu'un usage ne satisfait pas aux conditions prévues par la loi islamique : il doit être continu, contemporain, et ne pas être contraire à un consensus, un texte sacré (Coran ou Sunna) ou un principe impératif de la Shari'a. Mlle Najjer reprenant Nabil Saleh considère sur ce point que ce problème est moindre lorsque l'usage entre en contradiction avec « *une règle déduite par analogie ou une autre source subsidiaire de droit en Islam* »⁹⁶.

Mais la question reste en suspens dans les autres cas. L'arbitre devra-t-il écarter certaines dispositions de la Shari'a au profit d'usages qui lui sont contraires ? Dans pareil cas, l'arbitre pourra craindre au refus de reconnaissance de sa sentence et à sa non effectivité si elle est amenée à être exécutée dans un pays arabe de système « traditionnel » d'arbitrage, et notamment en Arabie saoudite où la Shari'a est « reine ».

Il semble donc qu'il fera son possible pour concilier les dispositions contraire plutôt que de rejeter en bloc la Shari'a comme ce fut le cas à l'extrême dans les « sentences pétrolières ».

La Shari'a ne pourra donc s'appliquer à ce stade que de manière restreinte, et le sera encore plus exceptionnellement en tant qu'ensemble de « règles de droit ».

Section II : L'exclusion du recours de l'arbitre à des « règles de droit » dans la majorité des pays arabes

Seules les législations libanaise et algérienne prévoient expressément la possibilité pour l'arbitre de recourir à des règles de droit⁹⁷. Ainsi, dans la grande majorité des systèmes arabes, il existe un déséquilibre entre la liberté des parties et celle de l'arbitre de choisir le droit applicable au fond, celui étant contraint de désigner une loi étatique.

Mais à l'inverse, cette restriction empêchera l'arbitre d'appliquer la *lex mercatoria*.

⁹⁶ L'intérêt public (*istislah*) et la préférence (*istihsan*) par exemple.

⁹⁷ Articles 813 alinéa 1^{er} NCPCL et 458 bis 14 CPC algérien : « conformément à celles [les règles de droit] qu'il estime appropriées ».

§1 : L'obligation de l'arbitre de désigner une loi étatique

Les législations sont plus ou moins claires sur ce point.

L'article 39-3 de la loi égyptienne n° 27 du 18 avril 1994⁹⁸ dispose en effet que l'arbitre appliquera « *les règles matérielles du droit qu'il estime entretenir les liens les plus étroits avec le litige* ». Or un tel droit ne semble pouvoir être qu'une loi étatique. En faisant abstraction de la loi saoudienne, il serait illusoire de considérer que la Shari'a puisse, de nos jours, entretenir des liens plus étroits avec un litige que n'importe quelle autre loi étatique.

Dans l'article 73-2 du Code tunisien de l'arbitrage, la « *loi qu'il estime appropriée* » semble devoir être interprétée au sens de « norme étatique *stricto sensu* ». Cependant, comme nous l'avons vu précédemment, certains auteurs s'accordent pour considérer que le terme « *Qanoun* » recouvre plus généralement la notion de « droit »⁹⁹.

En revanche, dans les législations qui renvoient aux règles de conflit de droit international privé¹⁰⁰, ces règles ne peuvent désigner qu'une loi étatique.

De même, les règlements des institutions arabes d'arbitrage¹⁰¹, contrairement à la tendance générale suivie par les grands centres d'arbitrage¹⁰² exigent l'application d'une loi étatique et non de « règles de droit ».

Ainsi, dans la majorité des systèmes arabes, la Shari'a ne pourra être appliquée par l'arbitre (en l'absence de choix des parties) qu'à travers la désignation de la loi saoudienne.

Mais malgré tout, cette interdiction de recourir à des règles de droit peut avoir une incidence bénéfique sur le champ d'application de la Shari'a.

⁹⁸ Repris par les législations omanaise et jordanienne.

⁹⁹ MEZIOU Kelthoum et MEZGHANI Ali, Op. Cit., p. 534.

¹⁰⁰ Lois yéménite, libyenne, irakienne, koweïtienne, émirati notamment.

¹⁰¹ V. les règlements du CRCACI, du CCEAG et CCIB (à noter que ce dernier est plus restrictif que le NCPCL).

¹⁰² En particulier la CCI, l'AAA et la LCIA qui reconnaissent la liberté totale de l'arbitre de choisir des « règles de droit ».

§2 : L'interdiction faite à l'arbitre d'écarter la Shari'a au profit de la *lex mercatoria*

L'arbitre ne peut appliquer des « règles de droit », et à ce titre la Shari'a, que dans les seuls systèmes libanais et algérien et dans la majorité des systèmes non arabes.

Cette restriction n'a pas que des désavantages, car elle permet d'éviter la prise en compte de la *lex mercatoria* (sauf à considérer les usages du commerce international comme vu précédemment) et notamment des principes généraux du droit¹⁰³.

En effet, les pays arabes avaient eu à cœur aux lendemains des « sentences pétrolières » de se protéger contre l'éviction de leur droit (la Shari'a à l'époque) au profit de ces principes généraux du droit reconnus par les « nations civilisées ».

Ainsi, cette restriction pourrait être perçue comme un moyen de garantir l'application de la Shari'a.

Cependant, il ne semble pas qu'il y ait une incompatibilité absolue entre ces principes généraux du droit et la Shari'a.

En effet, certains¹⁰⁴ soutiennent que les auteurs de droit musulman trouveraient dans les principes généraux du droit un équivalent aux « *qawa'id koulliyat* », normes globales connues du droit musulman classique. Exception est faite des prohibitions sharaïques fondamentales que sont le *riba*¹⁰⁵ et le *gharar*¹⁰⁶.

Il faut par ailleurs citer un grand nombre de principes fondamentaux du droit reconnus comme essentiels dans la Shari'a¹⁰⁷ : la bonne foi dans l'exécution des contrats, la réparation du dommage résultant d'un acte illicite, la révision du contrat pour cause d'imprévision, la règle *pacta sunt servanda*¹⁰⁸ ...

¹⁰³ V. GAILLARD Emmanuel, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991.

M. Gaillard y définit les principes généraux du droit comme « les règles qui ne sont pas tirées d'un seul ordre juridique étatique mais qui sont dégagées soit de la comparaison des droits nationaux, soit directement de sources internationales telles que les conventions internationales, en vigueur ou non, ou la jurisprudence des tribunaux internationaux ».

¹⁰⁴ Notamment Nathalie NAJJAR dans Op. Cit., p. 263.

¹⁰⁵ Transaction usuraire.

¹⁰⁶ Transaction aléatoire.

¹⁰⁷ V. JAHEL Sélim, « Chari'a et contrats internationaux », *Clés pour le siècle*, Dalloz. 294, n° 335.

¹⁰⁸ V. notamment les versets I de la Sourate V (« Ô croyants soyez fidèles à vos engagements contractuels ») et 33 de la Sourate IV (« Ô vous qui croyez conformez-vous à vos contrats »).

Outre l'application de la Shari'a par la désignation de l'arbitre du droit applicable au fond, la loi islamique peut aussi intervenir au stade de la prise en considération de la règle morale islamique.

Chapitre II : L'application extensive de la Shari'a de par la règle morale islamique

Nous écarterons ici l'hypothèse où l'arbitre applique la Shari'a en tant que loi de police¹⁰⁹, ce concept étant nécessairement lié à l'intérêt d'un Etat¹¹⁰, il ne concerne donc que la seule loi saoudienne.

A côté de ces lois d'application nécessaire, l'arbitre, toujours dans un souci de reconnaissance et d'efficacité de sa sentence qui peut avoir à être exécutée dans les pays arabes, pourra faire prévaloir certains aspects de la Shari'a à travers la morale islamique ou sera contraint de la prendre en considération en vertu de l'ordre public arabe.

Notons que dans le premier cas, l'arbitre est autonome par rapport aux règles de conflit du droit du siège, alors que dans le second, il est totalement lié par le « for arbitral ».

¹⁰⁹ D'après la définition de Francescakis, les lois de police sont des « règles dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays ».

Selon M. Ali Mezghani, « il faut assurer à certaines lois qui ont un caractère fortement impératif, une application certaine, indépendamment de leur désignation ou de leur non désignation par la règle de conflit », *Cours de droit international privé*, Master 2 Droit des pays arabes, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, année 2007-2008.

¹¹⁰ V. notamment SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001.

Section I : L'impérieuse nécessité de faire prévaloir certains aspects de la Shari'a à travers la morale islamique

Dans les systèmes où l'arbitre est autonome par rapport au droit du siège, aucune obligation ne lui est imposée d'appliquer la Shari'a en tant qu'ordre public. En effet, ces pays se sont généralement dotés de systèmes « modernes » qui ne considèrent pas la loi islamique comme recouvrant la notion d'ordre public. Il pourrait cependant craindre pour l'exécution de sa sentence dans les systèmes « traditionnels », mais ne serait malgré tout pas contraint d'appliquer la Shari'a.

Cependant, dans un entretien accordé par M. Pierre Mayer¹¹¹, celui-ci considère qu' « *un arbitre musulman pourrait ressentir l'impérieuse nécessité de faire prévaloir tel ou tel aspect de la Shari'a* », et ce, par l'application de la règle morale islamique¹¹².

En effet, l'arbitre, contrairement au juge étatique n'est pas le serviteur de la loi (la conception du for arbitral n'étant pas reconnue dans les systèmes « modernes »). Ainsi, il lui serait possible d'écarter le droit applicable (en l'absence de choix des parties, sinon il y serait tenu) au nom de considérations morales. M. Mayer constate à cet égard que même lorsque l'arbitre est tenu d'appliquer les règles de droit (même lorsqu'il n'a pas reçu les pouvoirs d'amiable compositeur), il ne voit dans ces dernières qu' « *un ensemble de règles de jugement destinées à guider sa décision* », lui permettant « *d'infléchir leur application dans le sens que sa perception de ce qui est juste et moral lui dicte* ». La règle morale, quant à elle, n'est pas à rechercher dans un ordre juridique, mais est dictée à l'arbitre par sa propre conscience.

En suivant ce raisonnement, la règle morale peut intervenir de deux façons. D'une part elle peut simplement être prise en considération, soit parce que le droit applicable l'ordonne (commandant à l'arbitre de se référer à des critères moraux), soit parce qu'au contraire elle permettrait de déterminer le droit applicable. En effet, c'est très souvent l'arbitre qui choisit le droit applicable, à raison de son caractère « approprié ». La règle morale peut donc jouer un rôle accru à ce stade. Il faut d'ailleurs noter que l'arbitre peut trouver ici une justification à l'application de la Shari'a comme loi de police (à travers la loi saoudienne), s'il considère que la morale l'exige.

¹¹¹ Professeur de droit international privé à l'Université Panthéon-Sorbonne de Paris 1 et arbitre.

¹¹² V. MAYER Pierre, « La règle morale dans l'arbitrage international », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991.

D'autre part, et de manière beaucoup plus contestable, la règle morale peut se voir appliquée directement. Nous écarterons ici le cas de l'arbitre amiable compositeur qui ne pose pas de problème en la matière. On considère ici que lorsque l'arbitre statue selon la *lex mercatoria* (très peu reconnu dans les pays arabes, sauf en tant que droit choisi par les parties), ces règles de droit peuvent servir de base pour justifier l'application directe de la règle morale.

Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si la règle morale pouvait servir à évincer les dispositions d'une règle de droit désignée parce qu'elle conduirait à un résultat immoral. L'arbitre pourrait dans ce cas appliquer cette règle morale à travers l'ordre public des pays dans lesquels la sentence est susceptible de s'appliquer. La Shari'a pourrait donc avoir à s'appliquer dans ce cadre à travers la règle morale islamique. Mais il n'est pas tenu de le faire, puisqu'il est indépendant de tout système étatique.

Ainsi, l'utilisation par l'arbitre de la règle morale peut permettre l'application de la Shari'a de part la règle morale islamique. Mais encore faut-il que l'arbitre ait des connaissances en la matière et se sente proche de cette morale islamique. En effet, il serait étonnant qu'un arbitre non arabe retienne une impérieuse nécessité d'appliquer la règle morale islamique.

Cependant, il convient de noter que cette notion peut se retourner contre l'application de la Shari'a. L'arbitre occidental peut en effet faire prévaloir une règle morale pour refuser d'appliquer certaines dispositions de la loi islamique normalement applicable.

Malgré tout, cette théorie de prise en compte de la règle morale ne fait pas l'unanimité et semble difficile à vérifier en pratique. Les arbitres qui le feraient se refuseraient certainement à le proclamer tel quel. Ils essayeront plutôt de trouver des bases juridiques afin de justifier leurs solutions fondées en réalité sur leur conception de la morale¹¹³.

Appliquer la Shari'a à travers l'ordre public islamique paraît bien plus sûr.

¹¹³ M. Mayer affirme pourtant que « l'arbitre n'est pas même obligé de prétendre, encore moins de justifier, que la règle morale qu'il applique a été consacrée par un quelconque ordre juridique. Rien ne lui interdit de l'appliquer en tant que telle », Art. précité, p. 393.

Section II : L'exigence de prise en compte de la Shari'a à travers « l'ordre public islamique »

L'ordre public est l'arme ultime qui permet au juge d'annuler les sentences arbitrales¹¹⁴.

Exiger ici la prise en compte de la Shari'a à travers l'ordre public arabe ne peut se concevoir quand dans les systèmes dont la loi islamique « inonde » l'ordre public. L'arbitre doit par ailleurs être privé d'autonomie par rapport au droit du siège pour la désignation du droit applicable. Ces deux conditions sont respectées dans la majeure partie des systèmes « traditionnels ».

« Exiger » ne veut pas dire qu'une obligation serait mise à la charge de l'arbitre, mais que s'il ne le fait pas, sa sentence sera annulée par le juge. Ainsi, toujours dans un souci de reconnaissance et d'efficacité, l'arbitre se mettra lui-même cet obstacle.

Michel Soumrani a résumé le problème de la manière suivante : « *l'arbitre doit-il sacrifier l'effectivité de sa sentence qui serait rendue ou exécutée dans l'un de ces pays au nom de la justice universelle ; ou bien doit-il adopter une position positive et rendre une sentence qui sera réellement appliquée ?* »¹¹⁵. Le débat est ouvert en doctrine, mais la tendance majoritaire semble être à l'effectivité de la sentence. L'article 35 du nouveau règlement de la CCI dispose sur ce point que « (...) *la Cour internationale d'arbitrage et l'arbitre procèdent, (...) en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale* ».

L'ordre public dont il est question ici est un ordre public international. Il se distingue de « *l'ordre public véritablement international* »¹¹⁶, puisqu'il est propre à chaque Etat, et de l'ordre public interne, car il n'est utilisé que dans les relations de droit international privé. Certains auteurs¹¹⁷ lui préfèrent ainsi l'appellation d'« *exception de l'ordre public au sens du droit international privé* ».

¹¹⁴ V. MAYER Pierre et HEUZE Vincent, « Refus d'appliquer la loi étrangère : l'exception d'ordre public », *Droit international privé*, Montchrétien, 2007, p. 147.

¹¹⁵ SOUMRANI Michel, « Le droit applicable au fond du litige, aspects nouveaux et contrôle judiciaire : Effectivité de la sentence arbitrale au regard du droit applicable au fond », *RLAAI*, 2000, n° 14 et 15, p. 27.

¹¹⁶ Ordre public qui n'est pas particulier à un Etat mais commun à la société internationale des marchands et des commerçants. On l'appelle de plus en plus « *ordre public transnational* ».

¹¹⁷ M. Ali Mezghani notamment.

Le problème de l'ordre public islamique est important, car très peu de pays arabes¹¹⁸ (notamment les systèmes « traditionnels ») distinguent entre ordre public interne et ordre public international.

Certaines lois exigent ainsi la conformité à la Shari'a, même pour les sentences étrangères. M. Samir Saleh considère par exemple qu'en Arabie saoudite, « *l'ordre public [est] fortement localisé, centré sur le respect de la Shari'a* »¹¹⁹. M. Abdul Hamid El-Ahdab va plus loin en retenant que « *l'ordre public [y] est celui de la Chari'a islamique* », justifié par le *Hadith* : « *les musulmans doivent se conformer aux conditions (imposées par la Chari'a) car nulle condition n'a jamais interdit une bonne action ou autorisé une mauvaise* »¹²⁰.

En effet, l'article 39 du décret réglementaire saoudien de 1985 impose aux arbitres que leur décision soit « *conforme à la Shari'a islamique et aux lois en vigueur* »¹²¹. Cette exigence est même requise des sentences étrangères.

De même, les conventions de Riyad (article 37) et de Mascate de 1996 (article 2)¹²² ne reconnaissent pas les sentences arbitrales non conformes à la Shari'a et n'autorisent pas leur exécution.

Cette exigence ne se retrouve pas dans d'autres pays arabes, mais la Shari'a y est tout de même une source de droit. A ce titre, elle nourrit le système socio-juridique qui est une composante de l'ordre public. Mais l'intensité de cette source varie en fonction de son degré d'influence dans les ordres juridiques.

Cependant, comme le souligne Mlle Najjar, « *l'une des principales difficultés que suscite la règle d'ordre public islamique est son caractère restrictif, voire prohibitif, eu égard aux pratiques et besoins du commerce international. On a pu dire de la Chari'a qu'elle est dotée d'une « redoutable impérativité » et que la liberté contractuelle y est réduite à des*

¹¹⁸ A part l'Algérie, la Tunisie et le Liban.

¹¹⁹ SALEH Samir, « La perception de l'arbitrage au Machrek et dans les pays du golfe », *Rev. Arb.*, 1992, p. 537.

¹²⁰ EL-AHDAB Abdul Hamid, « L'arbitrage en Arabie saoudite sous le régime de la nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985 », *Rev. Arb.*, 1986, p. 564.

¹²¹ De même, articles 53 de la loi yéménite sur l'arbitrage et 284 du CPCC yéménite.

¹²² La convention de Mascate précise même que la sentence étrangère ne peut être exécutée si elle est « *contraire à l'ordre public, à la Shari'a ou à la Constitution du pays d'exécution* ».

limites étroites »¹²³. Ainsi, on peut considérer que l'arbitre pourrait écarter une règle prohibitive de la Shari'a au titre de l'ordre public international (ou « ordre public transnational » ou « véritablement international »), lorsque la règle d'ordre public islamique serait inadaptée aux besoins du commerce international.

Cette possibilité doit malgré tout rester exceptionnelle. M. Racine précise à cet égard que « *seule une contrariété manifeste entre l'ordre public et la lex causae*¹²⁴ et les besoins du commerce international devrait justifier l'éviction par l'arbitre d'une disposition impérative déterminée ». Il ne faut donc pas retomber dans une condamnation systématique de la Shari'a comme ce fut le cas dans les années 50-60 avec les « sentences pétrolières ».

Il faut noter enfin que les restrictions de la Shari'a peuvent dans certains cas être contournées grâce à l'usage des « *hiyal char'iyya* », subterfuges légaux du droit musulman, permettant ainsi d'atténuer la rigidité d'une règle d'ordre public islamique¹²⁵. En effet, comme le précise M. Ibrahim Fadlallah, « *Il appartient aux spécialistes du monde musulman d'éclairer le monde des affaires sur la manière d'éviter ces prohibitions : le droit musulman enseigne plus d'une astuce. Une autre voie à explorer serait de s'interroger sur des règles dont l'application pourrait être limitée aux croyants, en laissant libre les relations où une seule des parties relève du droit musulman* ».

¹²³ NAJJAR Nathalie, Op. Cit., p. 342.

¹²⁴ Loi qui présente le plus de liens à régir l'intégralité du litige, qu'elle soit contractuelle ou qu'elle soit celle qui présente les liens les plus étroits avec le litige.

¹²⁵ V. notamment JAHÉL Sélim, « Chari'a et contrats internationaux », précité, p. 295 ; et NAJJER Nathalie, Op. Cit., p. 343.

CONCLUSION

La Shari'a peut donc se voir appliquer de manière plus ou moins étendue selon les systèmes, tant pour la procédure qu'au fond, sous la forme d'une loi étatique (la loi saoudienne) ou de règles de droit choisies ou imposées.

L'arbitre peut aussi la prendre en considération de part la morale islamique et l'ordre public arabe.

Sa prise en considération est néanmoins tributaire dans une large mesure de la personne de l'arbitre et de son souci de faire prévaloir l'effectivité de sa sentence sur une justice universelle qui peut être en contradiction avec certaines dispositions shariïques.

Enfin, il est nécessaire de noter que la loi islamique présente de nombreuses lacunes lorsqu'elle tend à être appliquée dans un arbitrage. M. Samir Saleh a pu dire à ce sujet que « *l'arbitrage conformément à la Shari'a est une institution éminemment respectable, mais reste une procédure en vase clos, fortement enracinée dans sa terre natale* »¹²⁶. En effet, alors qu'un tel système présente des garanties certaines sur le plan de la morale et de la procédure, il ne permet pas de régler un grand nombre de contrats internationaux¹²⁷. L'administration de la preuve telle que prévue par la Shari'a semble par ailleurs inadaptée à un arbitrage international¹²⁸.

C'est la raison pour laquelle nombre d'auteurs doute encore de la compatibilité de la Shari'a avec les besoins du commerce international.

Mais comme nous l'avons vu, il existe des techniques pour contourner et combler les lacunes de la Shari'a, permettant ainsi de ne plus condamner *in toto* la loi islamique.

¹²⁶ SALEH Samir, « La perception de l'arbitrage au Machrek et dans les pays du golfe », art. précité, p. 541.

¹²⁷ Tels que le contrat « usine clefs en main », le transfert de technologie, les contrats de vente de pétrole et même les ventes internationales les plus linéaires.

¹²⁸ La Shari'a prévoyant la primauté de la preuve testimoniale et sa réglementation hiérarchisée en faveur du témoin mâle.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages

- AHDAB (EL) Abdel-Hamid
L'arbitrage dans les pays arabes, Economica, 1988.
Arbitration with the Arab countries, Kluwer Law International, La Haye, 1998.
- BALLANTYNE William, *Commercial Law in the Arab Middle East*, Graham & Trotman, Londres, 1998.
- MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, Montchrétin, 2007.
- POUDRET J.-F. et BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Bruylant, Schulthess, 2002.
- RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1999.
- SALEH Samir, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East: Shari'a, Lebanon, Syria and Egypt*, Second Edition, Hart Publishing, 2006.
- VIDAL Dominique, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Gualino éditeur, 2004.

2. Cours

- CHARFI Mohammed, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », RCADI, tome 203, 1987.
- GOLDMAN Berthold, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », RCADI 1963, vol.51, 1965.
- MAYER Pierre, *Cours de droit international privé*, Master 1 Droit international général, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2006-2007.

- MEZGHANI Ali

Cours de droit international privé comparé, Master 2 Droit des pays arabes, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2007-2008.

Cours de droit musulman, Master 2 Droit des pays arabes, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2007-2008.

- NAJM Marie-Claude, *Cours de droit du commerce international et de l'investissement étranger*, Master 2 Droit des pays arabes, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2007-2008.

- SERAGLINI Christophe, *Cours d'arbitrage interne et international*, Master 1 Droit international général, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2006-2007.

3. Thèses et mémoires

- BEN ACHOUR Souhayma, *Le droit applicable au fond du litige à la lumière du nouveau Code tunisien de l'arbitrage*, Mémoire, Université Panthéon-Assas Paris 2, 1994.

- CHAMI Edouard, *L'arbitrage commercial international dans les pays arabes*, thèse, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 1985.

- DELAUNAY Jean-Claude, *Services, cultures, mondialisation, les services juridiques dans les relations économiques euro-arabes*, De Boeck, 1993.

- JAROSSON Charles, *La notion d'arbitrage*, thèse LGDJ, 1987.

- NAJJAR Nathalie, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, 2004.

- RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Avant propos de L. Boy, Préface de PH. Fouchard, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1999.

- SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001.

- ZAHI Amor, *L'Etat et l'arbitrage : étude comparée principalement du droit des Etats arabes*, thèse, Université d'Orléans, 1979.

4. Colloques, conférences et séminaires

- *Arab Comparative and Commercial Law : The International Approach, Volume 1 ;The Shari'a & its Relevance to Modern Transnational Transactions through Arbitration; Joint Ventures*, International Bar Association Series et Graham & Trotman Limited, Londres, 1987.

ABDULMAGD Kamal, « The Application of the Islamic *Shari'a* ».

BALLANTYNE William, « The Shari'a & its Relevance to Modern Transnational Transactions ».

JADULHAQQ Ali Jadulhaqq, « The Islamic Shari'a: An Eternal Legislative Source ».

OKUNOLA Muri, « Shari'a and Transnational Economic Law ».

- *Conférence sur l'investissement dans les pays arabes*, organisée le 6 mai 2008 par l'association du Master 2 Droit des pays arabes de l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1.

BEN HAMIDA Walid, « Introduction sur l'environnement législatif permettant l'investissement dans les pays arabes : les mesures d'incitation et de sécurisation de l'investissement ».

EL-AHDAB Jalal, « La sécurisation des investissements au travers de la pratique de l'arbitrage dans les pays arabes ».

5. Articles et chroniques

- BALLANTYNE William, « The Second Coulson Memorial Lecture: Back to the *Shari'a*? », *ALQ*, 1988.317.

- BEDJAOUI Mohammed, « Le monde arabe dans l'arbitrage CCI », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, suppl. spéc., Mai 1992, vol. 3, n°1.

- BEN ABDERRAHMAN Dahman, « A Contribution to the Study of the Koranic Sources of Saudi Arabian Business Law », *ALQ*, 1988.132.

- DERAIS Yves,

« Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Travaux du Comité français de DIP*, éd. CNRS, Paris, 1987.

« L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986.

« Les normes d'application immédiates dans la jurisprudence arbitrale internationale » dans *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, 1981.

- EL-AHDAB Abdul Hamid, « L'arbitrage en Arabie saoudite sous le régime de la nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985 », *Rev. Arb.*, 1986.

- FILLION-DUFOULEUR Bernard et LEBOULANGER Philippe, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994.

- GAILLARD Emmanuel

« La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991.

« Arbitrage commercial international – Instance arbitrale – Loi applicable à la procédure – Introduction de l'instance arbitrale », *J.-cl. Droit international*, Fasc. 586-8-1 ; *J.-cl proc civile*, Fasc. 1067 (1994).

« Arbitrage commercial international – Sentence arbitrale – Droit applicable au fond du litige », *J.-cl. Droit international*, Fasc. 586-9-1 ; *J.-cl proc civile*, Fasc. 1070-1 (1996).

- GOLDMAN Berthold

« La volonté des parties et le rôle des arbitres dans l'arbitrage international », in « La réforme de l'arbitrage international en France. Décret du 12 mai 1981 », travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris 23 septembre 1981, *Rev. arb.*, 1981.

« La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Clunet*, 1979.

- JAHSEL Selim, « Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie saoudite », dans *Les Constitutions des pays arabes*, Bruylant, 1999.

- JARROSSON Charles

Compte rendu du colloque tenu par la CCI relatif à « La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres », *Rev. arb.*, 1988.748.

« Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », dans « Les institutions d'arbitrage en France », travaux du Comité français de l'arbitrage, Paris, 19 juin 1990, *Rev. arb.*, 1990, n°2 (numéro spécial).

- KADIDI Khaled, « La clause compromissoire dans la Chari'a islamique », *Bull. CCI*, suppl. spéc. « L'arbitrage commercial international dans les pays arabes », mai 1992, vol. 3, n°1.

- KASSIS Antoine, « Particularités des problèmes de l'arbitrage dans les droits des pays arabes », *Revue de droit international et de droit comparé*, Etablissement Emile Bruylant, Tome LXII-1986, n°1-2.

- LINANT DE BELLEFONDS Xavier, « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives », *Rev. arb. dr. comp.*, 1955.

- MAHASSNI Hassan, « Les principes généraux de la Chari'a islamique », *Bull. CCI*, vol. 3, n°1, mai 1992, suppl. spéc. « L'arbitrage commercial international dans les pays arabes ».

- MAYER Pierre

« L'arbitre et la loi » dans *Le droit privé français à la fin du XXème siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001.

« La règle morale dans l'arbitrage international ». *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991.

- MEZGHANI Ali, « Le droit applicable au fond », dans « L'arbitrage international dans le nouveau Code tunisien ». Actes du colloque organisé à Tunis les 26-27 novembre 1993, éd. Centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis, 1995.

- MEZIOU Kelthoum et MEZGHANI Ali, « Le Code tunisien de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1993, n° 4.

- MOLINEAUX Charles, « Reaching for the Applicable Law in Arbitration: Rules imposed, chosen, and the Customs of Commerce », *RLAAI*, n°16.

- NAJJAR Nathalie
 - « La jurisprudence libanaise en matière d'arbitrage commercial international depuis la promulgation du nouveau code de procédure civile », *Revue de l'arbitrage*, 2005.
 - « Compte rendu de l'ouvrage de Samir Saleh : Commercial Arbitration in the Arab Middle East (Shari'a, Syria, Lebanon and Egypt) », *RLAAI*, n° 38, 2006.

- NATHAN K. V. S. K., « Who is Afraid of Shari'a? – Islamic Law and International Commercial Arbitration », *The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 1993.

- RAHAL Ali, « La qualification des arbitres dans les pays du Moyen-Orient », *RLAAI*, n° 38, 2006.

- SALEH Samir, « La perception de l'arbitrage au Machrek et dans les pays du Golfe », *Rev. arb.*, 1992.537.

- SEFRIOUI Abdelhaï, « Pratique de l'arbitrage et tendances réformatrices nouvelles », dans *Arbitrage euro-arabe III*, Graham and Trotman, Londres, 1991.

- SLIM Habib, « Le droit applicable au fond du litige et qui s'impose à l'arbitre : les règles choisies par les parties et les usages du commerce », *RLAAI*, n°18.

- SOUMRANI Michel, « Le droit applicable au fond du litige, aspects nouveaux et contrôle judiciaire : Effectivité de la sentence arbitrale au regard du droit applicable au fond », *RLAAI*, n°14 et 15.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
PARTIE I : LA POSSIBILITE ACCORDEE AUX PARTIES DE CHOISIR LA SHARI'A COMME DROIT APPLICABLE À L'ARBITRAGE	9
Chapitre I : L'application de la Shari'a comme ensemble de règles procédurales régissant l'instance arbitrale.....	10
Section I : L'application choisie ou imposée de la Shari'a suivant les possibilités d'écartement des règles de procédure du siège	11
§1 : L'exigence de prévisibilité et de liberté pour les parties dans les systèmes « modernes » d'arbitrage	11
§2 : L'exigence d'application de la Shari'a de par les règles de procédure du siège dans les systèmes « traditionnels » d'arbitrage	13
Section II : La limitation du choix procédural de la Shari'a par des règles impératives du droit du siège.....	15
§1 : La primauté de principe de la liberté des parties dans les systèmes « modernes » d'arbitrage	16
§2 : La liberté résiduelle des parties dans les systèmes « traditionnels » d'arbitrage.....	18
Chapitre II : L'application de la Shari'a comme droit régissant le fond du litige	20
Section I : L'application de la Shari'a résultant du droit saoudien.....	21
§1 : La liberté de choisir la Shari'a à travers le choix de la loi saoudienne	21
§2 : L'exigence d'application de la Shari'a résultant des principes de personnalisme et de territorialisme des lois en Arabie saoudite	22
Section II : L'application de la Shari'a résultant de la possibilité de désigner des « règles de droit »	24
§1 : La consécration de la liberté de choisir des règles de droit.....	25
§2 : L'exclusion de cette liberté dans la majorité des pays arabes	26

PARTIE II : LA PRISE EN COMPTE DE LA SHARI'A POUR LES BESOINS DE RECONNAISSANCE ET D'EFFICACITE DE LA SENTENCE	29
Chapitre I : La capacité restreinte de l'arbitre de désigner la Shari'a en tant que droit applicable au fond du litige	30
Section I : La liberté limitée de l'arbitre d'appliquer la Shari'a en tant que droit conforme aux usages du commerce international.....	31
§1 : L'autonomie restreinte de l'arbitre par rapport aux règles de conflit du siège.....	31
§2 : Un choix qui ne doit pas être contraire aux usages du commerce international.....	33
Section II : L'exclusion du recours de l'arbitre à des « règles de droit » dans la majorité des pays arabes.....	34
§1 : L'obligation de l'arbitre de désigner une loi étatique	35
§2 : L'interdiction faite à l'arbitre d'écarter la Shari'a au profit de la <i>lex mercatoria</i>	36
Chapitre II : L'application extensive de la Shari'a de par la règle morale islamique	37
Section I : L'impérieuse nécessité de faire prévaloir certains aspects de la Shari'a à travers la morale islamique	38
Section II : L'exigence de prise en compte de la Shari'a à travers « l'ordre public islamique » ..	40
CONCLUSION	43
BIBLIOGRAPHIE	45
TABLE DES MATIÈRES.....	52