

LES ARBITRES COMME ACTEURS DE JUSTICE¹⁴⁵

60

Fabien Gélinas¹⁴⁶

Fabien GÉLINAS
Les arbitres comme acteurs de justice

¹⁴⁵ Ce texte est adapté d'une conférence prononcée le 4 novembre 2021. Le style destiné à la communication orale a été maintenu.

¹⁴⁶ Professeur, titulaire de la Chaire Sir William C. Macdonald en droit à l'Université McGill.

Résumé

D'aucuns qualifieront d'inattendue l'intrusion de l'arbitre dans un volume consacré aux acteurs de la justice tant cette dernière est associée, dans la conscience collective, à l'État et à ses juges. Ne dit-on pas que la justice est fonction régaliennne, une fonction dont l'État doit assurer l'organisation ? Ou que le Souverain est source de toute justice ? Cette contribution cherche à replacer dans une perspective plus large la justice en la distinguant de ses incarnations contemporaines les plus visibles, celles qui, encore aujourd'hui, en déterminent la représentation et l'imaginaire. Ce recul historique et conceptuel permet d'entrevoir le potentiel considérable de la décision de justice hors l'investiture d'un juge, où se profile la figure sans âge, ubiquitaire et récurrente de l'arbitre rendant une justice dénudée de ses atours régaliens, purifiée des traces de son incontournable rôle politique, affranchie de ses contraintes nationalistes, et ramenée à son intemporelle expression.

INTRODUCTION

[1] Bonsoir à tous et merci de votre participation à cette soirée du cycle de conférences sur les acteurs de la justice. On m'a convoqué pour vous parler des arbitres et je dois avouer trouver la chose un peu gênante. Il n'est pas très poli, après tout, de parler de soi-même, du moins aussi longuement que ce que l'on me propose de faire aujourd'hui. Laissez-moi donc vous parler des autres arbitres, en excluant, le temps de nos travaux, la personne qui parle. D'aucuns qualifieront d'inattendue l'intrusion des arbitres dans un cycle de conférences sur les acteurs de la justice tant cette dernière est associée, dans la conscience collective, à l'État et à ses juges. Ne dit-on pas que la justice est fonction régaliennne, une fonction dont l'État doit assurer l'organisation ? Ou que le Souverain est source de toute justice ?

[2] Je vous propose donc ici de replacer dans une perspective plus large la justice en la distinguant de ses incarnations contemporaines les plus visibles, celles qui, encore aujourd'hui, en déterminent la représentation et l'imaginaire. Cette perspective offre au regard un vaste domaine dont les sentiers sont couverts de branches enchevêtrées, et dont les voies d'accès sont encombrées par de longues années de sédimentation. Pour y voir plus clair sans avoir à trop défricher, il sera nécessaire de s'aménager une certaine distance par rapport à notre objet. Je vous propose de couvrir cette distance en six temps.

1. LE DÉCIDEUR DE L'ÎLE

[3] Je vous demanderai dans un premier temps de faire preuve d'indulgence et de bien vouloir me suivre par la pensée en imaginant une île perdue sur laquelle se retrouvent bien malgré eux, mais tout de même heureux d'être vivants, un groupe de naufragés. Ce jeu bien connu au XIXe siècle sert à visualiser une forme de tabula rasa sociale. Pour mettre la table bien à nu, imaginons que les membres du groupe sont frappés d'un type d'amnésie qui les prive de tout souvenir des rapports sociaux qu'ils entretenaient avant le naufrage, et des lois et coutumes qu'ils avaient pu observer dans leurs pays d'origine ou à bord du navire.

[4] Très vite, des désaccords surviennent et un membre du groupe est désigné pour les régler. Il prend cette responsabilité très au sérieux. Dès le départ, il se rend compte qu'il ne peut agir selon ses propres préférences, mais qu'il doit penser et peser ses décisions en fonction du bien commun. Il se rend vite compte aussi que l'on s'attend à ce qu'il soit cohérent : ses décisions seront donc inévitablement considérées comme des précédents appelés à former un ensemble de règles qui, à leur tour, guideront le comportement des membres du groupe. Il se sent vite contraint de s'assurer que chaque décision est la bonne décision, la meilleure pour le groupe à la lumière des objectifs du groupe et des principes du vivre ensemble.

[5] Cette île est empruntée à l'imagination du philosophe et juriste américain, Lon Fuller, qui l'évoquait de manière plus détaillée pour illustrer les deux faces de l'univers juridique que sont le droit découvert par la raison, et le droit que l'on pose d'autorité¹⁴⁷. Pour nos fins, le décideur de l'île, que Fuller décrit comme un juge ou un arbitre, aura simplement eu la tâche de nous rappeler la possibilité de la décision de justice et son potentiel hors les ornières, et par-delà des œillères, formées par le modèle de la justice étatique qui domine la conscience juridique depuis quelques centaines d'années. Peut-on contester que le décideur de l'île puisse bel et bien rendre des décisions de justice sans être investi par un État ? Son exemple ne suggère-t-il pas que la décision de justice peut se concevoir hors le cadre juridique de l'État ? Et qu'un ordre juridique pourrait, du moins en théorie, se construire à partir de la décision de justice ?

2. LE TIERS DÉSINTÉRESSÉ

[6] Gardant tout cela bien à l'esprit, je vous demanderai ensuite, dans un deuxième temps, d'envisager notre sujet sous l'angle de l'indépendance et de l'impartialité que l'on exige du tiers décideur, juge ou arbitre. L'indépendance et l'impartialité du décideur de justice sont surtout connues aujourd'hui sous la forme d'un principe souvent constitutionnalisé d'indépendance de la magistrature. Les efforts consentis par des générations de juristes au développement et au raffinement de ce principe ont formé une espèce de corpus de doctrine, de jurisprudence et de textes législatifs ou de droit souple, auquel ont pu se référer les arbitragistes contemporains à la recherche de critères adaptés à la réalité de leur environnement largement détaché des États. Ces arbitragistes se sont toutefois heurtés à un corpus qui tend à confondre dans une mesure importante l'indépendance du décideur de justice avec les protections visant à assurer la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire de faire contrepoids aux autres branches politiques de l'État. Ainsi, un regard historique sur le droit romain, et même au-delà, nous rappelle que l'indépendance du tiers décideur fut pendant longtemps centrée, d'abord et avant tout, sur le procès. Le Code de Justinien indique que nul ne peut être son propre juge ou juger sa propre cause¹⁴⁸. Il doit donc y avoir deux parties prenantes et un tiers désintéressé, le juge ou l'arbitre. Le tiers ne peut être partie, cela s'entend, mais il perd aussi sa qualité de tiers s'il est associé par des liens étroits à l'une des parties, ou s'il y est assimilé en raison de son intérêt dans le résultat du litige qui lui est confié. Cette idée de la décision de justice comme produit d'une configuration tripartite est centrée sur la procédure, judiciaire ou arbitrale, envisagée indépendamment de son contexte politique ou institutionnel et conçue dans l'intérêt des parties aux litiges. C'est ce que suggère plus clairement encore la formulation du Code de Théodose, plus ancien, qui met en parallèle cette exigence d'indépendance et l'interdiction faite aux parties de témoigner dans leur

¹⁴⁷ Lon Fuller, « Reason and Fiat in Case Law », 59 (1946) *Harvard Law Review* 376.

¹⁴⁸ Code de Justinien, 3.5.1.

propre cause¹⁴⁹. Tous cela est centré sur le procès et la protection des parties.

[7] C'est donc sous cette forme que l'indépendance du décideur peut être présentée comme un principe de justice à la fois ancien et universel, applicable aux juges comme aux arbitres. Ce n'est que plus tard que le développement des institutions étatiques actuelles, et surtout d'un « pouvoir » judiciaire envisagé comme branche de l'État et faisant contrepoids aux branches politiques, a fait en sorte qu'une attention plus soutenue soit portée à l'intérêt de la chose publique, au-delà des litigants, dans le développement d'un principe d'indépendance de la magistrature aujourd'hui difficile à démêler, à certains égards, de la séparation des pouvoirs dans l'État contemporain¹⁵⁰.

3. L'ARBITRE SANS ÂGE

[8] Permettez-moi de vous inviter dans un troisième temps à approcher notre sujet sous l'angle des lieux historiques innombrables où l'on a pu trouver la figure de l'arbitre avant l'avènement de l'État moderne. Vu les contraintes qui me sont imposées ici, je m'en remettrai largement au survol historique offert par Thomas Clay dans sa magistrale étude intitulée « L'arbitre »¹⁵¹. Fort d'un survol des lieux historiques de civilisation où l'on pratiquait régulièrement l'arbitrage, il montre la présence de l'arbitre là où émergent les premiers signes d'écriture, non seulement où l'on retrouve la figure du juge, mais là aussi où cette dernière est absente. Des Assyriens de la première souche, vers la fin du troisième millénaire avant notre ère, à l'Arabie préislamique, on trouve l'arbitre, en passant par l'Inde antique, le droit hellénique et l'Empire romain. Ce dernier fournit une version reconnaissable encore aujourd'hui de la pratique de l'arbitrage dans un encadrement juridique détaillé. Un historien du droit écrivait que « la structure romaine est sans doute complexe, mais elle parvient au même résultat, à quelques différences près [...], que l'arbitrage moderne »¹⁵². C'est que sa forme ne nous a jamais quitté : on la retrouve dans l'empire byzantin¹⁵³, de même que chez les Visigoth, dont les lois prévoyaient non seulement la liberté des parties de choisir un arbitre, mais assuraient aussi l'exécution de sa sentence¹⁵⁴. On retrouve encore l'arbitre dans les foires du Moyen Âge en Europe, puis dans les grandes ordonnances royales, jusqu'à la révolution française, où les arbitres prennent un temps la place des juges discrédités. Les arbitres règlent par ailleurs les différends du droit des gens, préfigurant les tribunaux internationaux

149 Code de Théodose, 2.2.1.

150 Sur cette problématique, voir Fabien Gélinas, « The Dual Rationale of Judicial Independence » in Alain Marciano, dir., *Constitutional Mythology*, Londres, Springer : 2011, 135.

151 Thomas Clay, *L'Arbitre*, Paris, Dalloz : 2001, 2-10

152 Michel Humbert, « Arbitrage et jugement à Rome », *Droit et cultures*, vol. 28, 1994, 47, p. 49.

153 Daphné Papadatou, « L'arbitrage byzantin », *Revue de l'arbitrage*, 2000, 349.

154 *Lex Visigothorum*, livre IV, Titre II, 14, 26

interétatiques dont l'expérience est ensuite reprise, notamment par la Chambre de commerce internationale au début du XXe siècle pour les affaires internationales entre parties privées, avant d'être reprise encore pour l'arbitrage mixte des investissements. On pourra avec quelque raison croire que l'arbitre s'est abreuvé à la fontaine de jouvence, car il est sans âge.

4. L'ARBITRE AFFRANCHI

[9] Je vous invite à considérer dans un quatrième temps que l'arbitre semble s'être affranchi de tout élément d'institutionnalisation ou de cristallisation des pratiques qui l'empêcherait de poursuivre sa course à travers le temps et l'espace : il est ubiquitaire et protéiforme. L'arbitrage se pratique entre États et entités étatiques ; entre personnes privées – physiques ou morales – et entre États ou entités étatiques et parties privées. L'arbitrage est aussi mis en œuvre entre les entités constitutives d'une fédération et des organisations internationales gouvernementales ou non gouvernementales, et il peut être adapté à des situations impliquant des associations ou des groupements qui ne correspondraient pas exactement à la nomenclature utilisée jusqu'ici. Un exemple récent de ce dernier cas est celui de l'arbitrage conduit sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage entre le gouvernement du Soudan et le mouvement armé de libération du peuple soudanais¹⁵⁵. L'arbitrage peut se retrouver dans toutes les sphères d'activités et de domaines juridiques.

65

[10] L'arbitre est donc bien en selle sur une monture infatigable, ne craignant aucun terrain et répondant à l'appel de justice dans les espaces négligés par le droit institutionnalisé des États. Il est l'exemple parfait du naturel qui, chassé, ne tarde jamais à revenir au galop. De manière primordiale, l'arbitre met en application des normes provenant de toutes sortes de sources, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que toute combinaison de règles et pratiques qu'il soit possible d'imaginer.

5. L'ARBITRE ET SON DROIT

[11] Ceci nous permet de considérer dans un cinquième temps le rapport de l'arbitre au droit. Le sujet est si vaste qu'il sera devenu autre avant que nous ayons pu ne serait-ce que songer à lui rendre justice. Quelques brèves remarques devront suffire ici. Les arbitres ont à toutes les époques été associés d'un peu plus près que les juges à diverses formes d'équité, ou à l'application plus souple des règles de droit. Aristote en parle à plusieurs reprises, affirmant par exemple que l'arbitre voit l'équité là où le juge ne voit que la loi¹⁵⁶. Les degrés qui séparent le juge de l'arbitre à cet égard ont considérablement varié au fil du temps et des contextes, mais on peut dire

¹⁵⁵ Arbitrage Abyei, Sentence, 22 juillet 2009, Affaire nO 2008-07.

¹⁵⁶ *Rhétorique*, 1-1374 b

avec assurance que cette distinction est dans l'ensemble avérée. Elle se présente aujourd'hui sous trois formes principales.

[12] D'abord, l'amicable composition se retrouve aujourd'hui comme une option systématiquement proposée aux parties par les instruments internationaux gouvernant l'arbitrage. Le pouvoir d'un arbitre de trancher en amiable compositeur doit lui être confié par les parties : il n'est jamais présumé. Les parties n'y ont recours, à notre époque, que très rarement.

[13] Ensuite, les parties sont, devant les arbitres, libres de choisir les règles de droit applicables au fond de leur litige sans devoir nécessairement recourir au droit étatique, permettant ainsi la désignation d'un droit a-national ou transnational, voire d'un droit hybride concocté par l'amalgame de sources variées. Aussi, dans les cas où les parties n'ont pas désigné de règles applicables au fond de leur litige, les arbitres sont généralement affranchis de tout recours aux règles et systèmes de conflit de lois qui lient les juges dans la détermination du droit et confinent ces derniers au droit national pour trancher des questions transnationales. Non seulement le juge est-il contraint d'appliquer les règles de conflit de son propre système ; ce système le contraint aussi d'appliquer un droit national, que les règles de conflit nationales désignent inmanquablement.

[14] Finalement, l'étude des sentences arbitrales internationales suggère que les arbitres tendent à adopter une conception plus large des usages du commerce leur permettant dans certaines circonstances d'écarter les résultats inattendus d'un droit étatique désigné par les parties¹⁵⁷.

[15] À la lumière de ces éléments qui distinguent le juge de l'arbitre apparaissent les linéaments d'une représentation de ce dernier le plaçant au centre d'une constellation de droits, de règles et de systèmes pouvant avoir vocation à s'appliquer. L'arbitre en est le juge, ou le conciliateur.

6. LE DROIT ET LA DÉCISION DE JUSTICE

[16] Je vous invite dans un dernier temps à considérer très brièvement la thèse soutenue par Alexandre Kojève¹⁵⁸, et plus récemment par François Ost. Ces derniers proposent une représentation des pratiques juridiques à travers le temps et l'espace qui font de l'intervention d'un tiers, impartial et désintéressé, le critère même de la juridicité, le noyau du droit¹⁵⁹. Le législateur et le prince sont bien sûr des acteurs tiers qui participent à l'œuvre du droit, mais cette qualité de tiers n'est pas la condition première de leur intervention. Il s'agit donc essentiellement de placer au centre de notre

¹⁵⁷ Voir Emmanuel Jolivet, Giacomo Marchisio et al., « Trade Usages in ICC Arbitration », dans Fabien Gélinas, dir., *Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration*, New York, OUP: 2012, 211.

¹⁵⁸ Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard : 1981.

¹⁵⁹ François Ost, *Le droit ou L'empire du tiers*, Paris, Dalloz : 2021.

conception du droit la décision de justice, plutôt que, en amont, la loi posée par un législateur ou, en aval, l'exécution forcée de la décision de justice par le prince, puisque le juge et l'arbitre représentent l'idéal-type du tiers, le tiers par excellence.

[17] Cette perspective permet de s'éloigner d'une perception légicentriste ou managériale du droit, la première étant toujours dominante aujourd'hui, surtout en Europe continentale, après avoir succédé à la seconde. Cette perspective centrée sur la décision de justice nous permet d'entrevoir le potentiel d'une conception du droit axée sur la décision de justice, autour de laquelle seraient en orbite les pratiques et usages, les attentes légitimes, les normes posées ou émergentes, voire les systèmes juridiques et leurs prétentions. Il s'agit d'une perspective qui réhabilite en quelque sorte la raison face à l'autorité, tout en reconnaissant bien sûr, pour des raisons de légitimité et de sécurité juridique qui lui sont intelligibles, que la raison tend à rendre à César ce qui lui revient. Cette perspective a eu l'heur d'être longtemps obstruée par la domination du droit par l'État, et tout particulièrement à travers l'appropriation, c'est-à-dire la nationalisation, du droit international privé, des règles qui permettent de gérer les conflits de lois ou, comme mon défunt collègue Patrick Glenn le dirait, d'opérer la conciliation des lois¹⁶⁰.

CONCLUSION

[18] Que retenir de notre périple en six temps ? Le décideur de l'île que nous avons d'abord rencontré nous a permis d'entrevoir le potentiel considérable de la décision de justice hors l'investiture d'un juge par l'État. Les temps qui se sont ensuite succédé nous ont permis de retrouver par la figure sans âge, ubiquitaire et récurrente de l'arbitre le noyau de la décision de justice dénudée de ses atours régaliens, purifiée des traces de son incontournable rôle politique, affranchie de ses contraintes nationalistes, et ramenée à son intemporelle expression. Oui, l'arbitre est un acteur de justice au même titre que le juge : l'un et l'autre s'observent comme dans un miroir, chacun songeant, le temps d'une soirée, à son passé comme à son avenir.

160 H. Patrick Glenn, *La conciliation des lois* (Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye, no 364), Leiden, Brill : 2013.