

L'arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif

Alec STONE SWEET

Leitner Professor of Law, Politics, and International Studies, the Yale Law School

Florian GRISEL

Doctorant, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

RESUME. — Les auteurs défendent que l'arbitrage international – aussi bien commercial que d'investissement – est un mécanisme triadique de création normative, dont la juridicité ne résulte pas d'un système de contrainte et donc, pas d'un « ordre juridique » au sens de la doctrine positiviste. Les auteurs fondent leur analyse dans l'anthropologie juridique, la théorie des jeux, la théorie des systèmes et la psychologie sociale. Le modèle simple qu'ils élaborent est pourvu de trois éléments principaux qui interagissent sous un mode circulaire : la dyade, la triade, et la « *structure normative* ». Ce modèle leur permet d'élaborer une réponse aux questions de la constitution, du maintien et de la modification d'une structure normative. Bien qu'ils utilisent certaines caractéristiques des théories institutionnalistes, ils prétendent atteindre un plus haut degré de précision (par rapport à Santi Romano) et recourir à l'explicitation des « *raisons d'action* » propres à la création normative triadique (par rapport à Joseph Raz). L'émergence de véritables phénomènes jurisprudentiels et les débats portant sur l'adjonction d'un système d'appel au mécanisme arbitral de règlement des différends leur fait conclure à une juridicisation du système arbitral international.

Mots-clé : dyade, triade, Joseph Raz, Santi Romano, structure normative, institutionnalisme

Dans les *Archives de philosophie du droit* de 1964, Berthold Goldman déclençait plusieurs décennies de controverses doctrinales en évoquant l'hypothèse de « frontières du droit » mises à l'épreuve par la *lex mercatoria*, que l'arbitrage international aurait ressuscitée des cendres du droit médiéval des marchands.¹

Le simple fait que l'illustre revue y consacre aujourd'hui un numéro spécial révèle combien l'importance théorique de l'arbitrage est désormais prégnante, et indique que son étude est susceptible de renouveler les cadres juridiques traditionnels.

Certains auteurs ont d'ailleurs fait l'effort louable, ayant distingué la force théorique du sujet, d'en élaborer une philosophie.² D'autres auteurs ont même

1 Berthold Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. droit*, 1963, p. 177.

2 Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, 2008 ; Bruno Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998.

développé un argument fondamental, assimilant l'arbitrage à l'« essence du juridique ».³

Néanmoins, l'ensemble des solutions théoriques proposées dans le paysage doctrinal contemporain découle selon nous de schémas juridiques surannés, et en fin de compte inappropriés. Eu égard à la question du statut juridique des normes créées par l'arbitre, les juristes contemporains semblent être moins effrayés par le non-droit⁴ que par l'absence de « vrai » droit, entendu comme produit d'une organisation étatique (l'ordre juridique étatique) ou pluri-étatique (l'ordre juridique international).

L'hypothèse de l'« ordre sans le droit »⁵ a été soutenue dans une étude contemporaine très importante : l'ordre sans le droit reposerait sur des normes informelles acceptées en tant que telles par une population donnée (dans l'étude précitée, les éleveurs de bétail du comté de Shasta en Californie). Nous défendons ici l'hypothèse apparemment inverse – mais en réalité partie prenante d'un même effort d'envisager les phénomènes pré- ou para-juridiques – d'un droit sans organisation étatique ou pluri-étatique.⁶ Selon nous, un tel système de droit découle de mécanismes sociaux susceptibles de se manifester dans tout type de société humaine. Plus spécifiquement, selon nous, le passage de la norme sociale à un système juridique est susceptible de s'effectuer grâce à l'intervention d'un tiers au cours d'un conflit opposant deux parties. Parmi les conditions de ce passage, la croissance d'un groupe social donné, avec l'effet d'atomisation qui y est associé, crée des besoins accrus de structure normative commune.⁷ De tels besoins, qui répondent à une volonté d'optimalisation de l'échange social, sont particulièrement visibles dans le domaine du commerce et des investissements, dont le volume a connu une croissance importante au cours des dernières décennies.

La théorisation d'un droit sans l'ordre ou d'un droit sans l'État, nous semble cruciale dans un système très largement marqué par les conceptions positivistes du droit. Cette théorisation sera effectuée à l'appui de deux modèles : le modèle de règlement triadique des différends d'une part, et le modèle de « juridicisation » du droit d'autre part. À l'appui de ces deux modèles, nous défendons que l'arbitrage international – aussi bien commercial que d'investissement – est un mécanisme triadique de création normative

3 François Terré, « L'arbitrage comme essence du juridique », *Liber Amicorum Claude Reymond – Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 309.

4 Pierre Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 403.

5 Robert C. Ellickson, *Order without Law : How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991.

6 L'hypothèse du « droit sans l'État » a fait l'objet d'une étude, voir Laurent Cohen-Tanugui, *Le droit sans l'État*, PUF, 1985. L'auteur nous semble toutefois y défendre l'argument du droit sans un certain type d'État, plutôt que celui d'un véritable « droit sans l'État ».

7 Alec Stone Sweet, « Judicialization and the Construction of Governance », *Comparative Political Studies*, 1999, p. 160-1 ; Alec Stone Sweet, « Islands of Transnational Governance », dans Christopher K. Ansell & Giuseppe Di Palma (dir.), *On Restructuring Territoriality*, Cambridge University Press, 2004, p. 122.

dont la juridicisation est aujourd'hui manifeste. En offrant un système triadique de règlement des différends, l'arbitrage international s'inscrit à l'intérieur des « frontières du droit », dont il contribue à modifier le tracé.

Cette hypothèse semble peu banale ; les mécanismes à sa base découlent pourtant de notions très simples, dont certaines des origines peuvent être retracées au sein de la doctrine française. Nous consacrerons les développements suivants au mécanisme triadique de règlement des différends (I) et au processus de juridicisation (II), en tâchant d'en illustrer la pertinence pour l'étude de l'arbitrage international.

I. — LE MECANISME TRIADIQUE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

La genèse du droit est le parent pauvre de la doctrine juridique, qui lie généralement l'existence d'un « droit » à celle d'un ordre juridique issu d'un souverain. Cette assimilation est généralement faite sur la base de l'idée selon laquelle pour exister, le droit requiert l'appui d'un système de contrainte physique de type étatique. Ce mode de raisonnement est si répandu qu'il est à la base de la qualification, ou de la disqualification de l'arbitrage en tant que droit.⁸ Certaines voix se sont néanmoins élevées pour définir la genèse du droit comme intervention d'un tiers désintéressé et impartial, ou plus précisément comme passage d'une structure sociale bipolaire (la « dyade ») à une structure sociale tripolaire (la « triade »).⁹

Une telle approche ne peut être envisagée du point de vue de la théorie classique du droit. Au contraire, cette approche s'est développée à partir de bases théoriques générales issues de l'anthropologie juridique, de la théorie des jeux, de la théorie des systèmes et de la psychologie sociale. Les anthropologues du droit ont décrit tout mécanisme de règlement des différends comme s'inscrivant à un « niveau juridique » donné. Quand deux parties résolvent elles-mêmes un conflit, elles s'érigent en système juridique dyadique ; quand elles demandent à une tierce partie de les aider à résoudre un litige, elles s'érigent en système triadique. Les cours sont une simple forme de système triadique de règlement des différends, qui se situent à des « niveaux juridiques » différents.¹⁰ Les approches économiques du droit se concentrent sur la possibilité pour des normes sociales – dont le droit n'est qu'un type – de réduire les coûts de la coopération dyadique, en particulier les coûts liés au fait de contracter. Une fonction centrale des juges – règlement des litiges par tierce partie – est d'assurer la pérennité de la coopération dyadique tout en adaptant

8 Voir Gaillard, *op.cit.*, note 2 ; Mayer, *op.cit.*, note 2 ; Sylvain Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004.

9 Voir Stone Sweet, *op.cit.*, note 7 ; Galf-Peter Callies, « *Lex Mercatoria* : A reflexive Law Guide to an autonomous legal system », 2 *German Law Journal* 17, 2001.

10 Voir Jane Fishburne Collier, *Law and Social Change in Zinacantan*, Stanford University Press, 1973.

les normes aux évolutions de la société dans son ensemble.¹¹ La théorie des systèmes a permis de montrer en matière juridique combien des structures discursives particulières, en particulier des systèmes normatifs discrétionnaires, se développent progressivement de manière autonome, ce qui a été illustré par l'exemple de la *lex mercatoria*.¹² La jurisprudence – en tant que technique primordiale de gouvernance – est liée à une logique simple de légitimation – celle de « donner des raisons » et d'étendre ces raisons par voie de raisonnement analogique.¹³ Les bases théoriques sur lesquelles se fonde notre approche ont pour point commun de nier la spécificité des ordres juridiques étatiques.

Nous pouvons néanmoins placer une partie de nos arguments dans la continuité de la doctrine juridique classique.¹⁴ Une première version de notre argument apparaît ainsi sous la plume d'Hermann Kantorowicz, qui définit la juridicité comme « justiciabilité ».¹⁵ Selon Kantorowicz, la juridicité est liée à la « propriété d'application par un juge »¹⁶ des règles en jeu, c'est-à-dire en d'autres termes, à l'intervention d'un juge qui donne une portée juridique à ces règles. Dans un cadre phénoménologique, Alexandre Kojève a prolongé cette idée en faisant de l'intervention d'un tiers désintéressé et impartial le critère même de la juridicité.¹⁷ Selon Kojève, le droit n'apparaît pas au stade de l'interaction entre deux personnes, mais à partir du moment où une troisième personne – simple tiers, arbitre ou juge – intervient afin de régler le litige les opposant. Pour qu'il y ait structure sociale, selon Kojève, il ne suffit pas que deux personnes interagissent entre elles, il faut et il suffit qu'un tiers se positionne au sujet de leur interaction.¹⁸ Une conséquence fondamentale de cet argument est qu'il exclut la possibilité pour un droit d'émaner d'un simple contrat, dans la mesure où ce dernier ne constitue qu'une simple « interaction ». Ce n'est qu'à partir du moment où un tiers se prononce sur les « droits » d'une partie vis-à-vis d'une autre au regard d'un acte formel que la situation est susceptible d'acquérir un contenu proprement juridique.¹⁹ La

11 Voir Douglass R. North, *Structure and Change in Economic History*, Newton, 1981 ; du même auteur, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.

12 Voir Callies, *id.*

13 Voir Alec Stone Sweet, « Path dependence, Precedent, and Judicial Power, » in Martin Shapiro & Alec Stone Sweet (dir.), *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, 2004, p. 112.

14 Jacques Chevallier, « L'ordre juridique », dans *Le Droit en procès*, PUF, 1983, p. 7, p. 31.

15 Voir Hermann U. Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge University Press, 1958, p. 78 et s.

16 Hermann U. Kantorowicz, « Legal science – A summary of its methodology », 28 *Columbia Law Review* 679 (1928), p. 690 [« [...] the propriety of application by a judge. »].

17 Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981 [1943], p. 73 et s.

18 *Id.*, p. 75.

19 *Id.*, p. 25 : « [...] le phénomène "Droit" (dans son aspect "behavioriste") est l'intervention d'un être humain impartial et désintéressé, qui s'effectue nécessairement lors d'une interaction entre deux êtres humains A et B et qui annule la réaction de B à l'action de A. C'est cette inter-

réflexion de Kojève est quelque peu méconnue mais a une pertinence intuitive considérable, car elle permet d'envisager la juridicité comme intervention d'un tiers désintéressé et impartial, sans se pencher sur le rattachement de ce dernier à un ordre juridique distinct.

L'idée du tiers comme base d'un système normatif a exercé son pouvoir de séduction au-delà du domaine juridique. Dans sa *Critique de la raison dialectique*, Jean-Paul Sartre a ainsi décrit une dyade composée de deux ouvriers, dont la tâche commune est d'exécuter un travail donné. Afin d'établir une norme de travail, cette dyade est transcendée par la présence d'un tiers, le chronométrateur, qui incarne cette norme et lui permet, selon Sartre, d'exister. La présence du chronométrateur donnerait aux ouvriers un objectif à atteindre et permettrait de faire subsister la norme en tant qu'« impératif commun ».²⁰ Ainsi, la norme n'existerait pas en tant que telle ; elle serait intrinsèquement liée à l'émergence d'une sociabilité, concrétisée par la désignation d'un tiers. L'unité sociale semble donc résider dans l'existence d'une triade, le troisième élément de cette dernière permettant à la norme d'émerger en tant que règle et à la dyade de subsister en tant que structure sociale.²¹

L'influence de cette hypothèse théorique sur la doctrine française ne peut être sous-estimée. La plume fameuse de Jean Carbonnier s'en est faite l'écho, en définissant la juridicité comme « mise en question ».²² En effet, selon Jean Carbonnier, le propre du droit est d'organiser sa propre contestation, voire de mettre en place une « institution de la contestation ».²³ Il ne s'agit pas, à proprement parler et dans l'esprit de Carbonnier, d'une contestation de la règle en tant que telle. La contestation porte sur la concrétisation de la règle de droit, c'est-à-dire sur « l'application de la règle au cas présent »²⁴ : il s'agit de la contestation intrinsèque à l'application de la règle au cas d'espèce, qui s'exerce à travers le procès – véritable « indicatif de la juridicité ».²⁵ L'essence du droit selon Jean Carbonnier est d'être une projection perpétuelle des règles sur les faits, dont la cristallisation revient au juge. Le rôle du juge ne serait donc pas d'appliquer une règle préexistante, mais plutôt, comme le chronométrateur de Sartre, de lever les doutes quant à la concrétisation de la règle de droit, d'assurer l'unité de cette règle, et partant, d'assigner une identité juridique à la structure sociale en cause.²⁶ Dès lors, l'intervention du tiers, c'est-à-dire le passage d'une structure dyadique à une structure triadique, constituerait le véritable critère d'émergence d'une règle de droit. Comme l'a souligné Jean Carbonnier, « [d]ès qu'une relation entre deux personnes peut faire l'objet

vention qui est l'élément spécifiquement juridique. C'est elle qui transmet un caractère juridique à l'ensemble de la situation. »

20 Jean-Paul Sartre, *Critique de la raison dialectique*, Gallimard, 1960, p. 196.

21 *Id.*, p. 194 : « [...] l'unité de la dyade ne peut être réalisée que dans la totalisation opérée du dehors par un tiers. »

22 Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, p. 192 et s.

23 *Id.*, p. 193.

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 *Id.*, p. 201.

d'un débat devant une personne tierce qui tranchera, on doit conclure qu'elle n'appartient plus au domaine des mœurs, mais est entrée dans le royaume incertain du droit. »²⁷

À supposer qu'elle soit valide, cette conception de la juridicité a un potentiel explicatif important en matière d'arbitrage international, puisqu'elle permet d'envisager la juridicité de l'institution arbitrale en dehors de tout rattachement à un ordre étatique donné. Une partie de la doctrine a d'ailleurs été réceptive à l'égard d'une telle conception, comme en témoigne la définition de l'arbitrage par François Terré comme « essence du juridique ». ²⁸

Malgré ces quelques mentions, aussi prestigieuses soient-elles, au sein de la doctrine française, le rôle normatif de la triade n'y semble pas recevoir de nombreux échos. Au contraire, cette doctrine définit généralement le droit comme produit exclusif d'un ordre juridique, lui-même conçu sur le modèle de l'État.²⁹ La doctrine française envisage avec hostilité l'idée d'un droit proprement « privé », conçu comme produit d'une pratique sociale spontanée et évolutive.³⁰ La question demeure : comment la création normative peut-elle spontanément découler d'une pratique sociale, spécifiquement de l'intervention d'un tiers à l'occasion d'un litige privé opposant deux parties ?

Pour établir le rôle normatif de la triade, nous nous placerons du point de vue de l'évolution du droit. Nous ne considérerons donc pas le droit comme une donnée préconstituée, mais au contraire comme le résultat d'un processus évolutif. Cette approche présente le mérite de refléter l'évolution historique des ordres juridiques.³¹ Nous partirons des propositions suivantes : le règlement de litiges privés a un impact public souvent méconnu ; de nombreux litiges en apparence « privés » ont un impact structurel sur une société donnée, particulièrement au stade de sa formation ; les deux parties à un même contrat (ce que nous appelons une « dyade ») doivent croire à la base normative de leur relation contractuelle afin que cette dernière puisse exister ; cette base normative sera néanmoins dite « sociale » tant que le tiers n'y aura pas donné un contenu proprement juridique.³² Nous écarterons l'assimilation pure et simple entre droit et ordre étatique,³³ dont la pertinence nous semble réduite dans un cadre d'appréhension dynamique des phénomènes juridiques.

27 *Id.*, p. 194.

28 F. Terré, *op.cit.*, note 3, p. 316. Voir également Klaus-Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 1999.

29 Voir *supra*, note 2.

30 *Ibid.*

31 Alec Stone Sweet, « The new *Lex Mercatoria* and transnational governance », 13 *Journal of European Public Policy* 627 (2006), p.628 : « [a] theory of how new legal systems evolve [...] ».

32 Sally Falk Moore, *Law as Process : An Anthropological Approach*, Routledge & Kegan Paul, 1978, p. 91.

33 Stone Sweet, *op.cit.*, note 31, p. 637 : « [...] a theory of law according to which only public authority – the commands of a sovereign – can produce law, or confer legal validity upon private acts. » Voir également Stone Sweet, *op.cit.*, note 13.

Autrement dit, nous considérerons la notion d'ordre juridique indépendamment de celle d'État : nous envisagerons ici la possibilité pour un droit d'exister indépendamment de toute structure étatique ou pluri-étatique. Nous établirons en particulier qu'un droit sans l'État, c'est-à-dire un droit a-national, décentralisé et non hiérarchisé, peut exister.

Notre cadre explicatif est fondé sur un modèle simple, pourvu de trois éléments principaux qui interagissent sous un mode circulaire : la dyade, la triade, et la « structure normative ».³⁴ Nous ne présenterons ici qu'un résumé simplifié de notre théorie.

- La dyade est une unité sociale primordiale liée à la simple interaction d'individus,³⁵ dans le cadre d'un échange de biens (par exemple). La dyade constitue une véritable « microsociété », c'est-à-dire une unité dont l'agrégation avec d'autres unités de taille comparable est susceptible de former une société à part entière. Cette conception de la dyade est donc contraire à celle de Kojève et Sartre, qui soumettent la qualification en tant que « société » à la présence d'un tiers. Selon nous, un certain niveau d'organisation sociale est à la base de la création normative triadique ; cette dernière n'est pas la raison ultime de l'existence sociale.

- La triade est « une technique primale d'organisation de l'autorité sociale »,³⁶ liée à l'intervention d'un tiers dont le rôle est de régler un litige entre les entités de la dyade. L'autorité triadique est déléguée ; elle est susceptible de revêtir deux types de formes. Le premier type est le règlement « consensuel » des litiges : les parties se mettent d'accord pour référer leur litige à une tierce-partie, qui fait exceptionnellement office de juge. Le second type est le règlement « obligatoire » des litiges : la communauté dans son ensemble délègue une autorité à un juge permanent, dont la fonction officielle est de régler de tels litiges.

- La « structure normative » désigne l'ensemble des normes et des « règles du jeu » en place dans une communauté donnée, qui permettent à cette dernière d'atteindre un niveau critique de fonctionnalité. Cette notion de « structure normative » doit être entendue au sens large³⁷ : il peut s'agir d'éléments communs permettant à une communauté de fonctionner – même de manière basique – comme une langue ou une monnaie d'échange ; il peut également s'agir de codes culturels permettant aux différents éléments d'une communauté d'interagir de manière harmonieuse.

Sur la base de ces trois données, nous élaborons une réponse aux questions de la constitution, du maintien et de la modification d'une structure normative. Cette réponse tient à quatre étapes d'évolution entre les trois éléments précédents, utilement figurées sous la forme d'un schéma circulaire (voir figure N° 1). Ce schéma circulaire permet de représenter – de manière

34 Stone Sweet, *op.cit.*, note 7, p. 148 [« *normative structure* »].

35 *Id.*, p. 148-9 [« *primordial social institutions* »].

36 *Id.*, p. 149 [« *a primal technique of organizing social authority and, therefore, of governing* »].

37 *Id.*, p. 150 [« *the system of rules [...] in place in any community* »].

largement réductrice – le passage du simple règlement d'un litige entre deux individus à l'élaboration d'un véritable système normatif.

(i) La première étape est celle du passage de la première « structure normative » au « contrat dyadique », que nous comprenons comme tout échange social entre deux individus doté d'une certaine stabilité.³⁸ Selon nous, afin d'obtenir une interaction dyadique, deux individus ainsi qu'une « structure normative rudimentaire »³⁹ sont nécessaires. Nous avons souligné combien la notion de « structure normative » doit être entendue au sens large. Pour les besoins de cet article, il importe simplement de retenir que la « structure normative » regroupe l'ensemble des normes et usages sociaux permettant à une communauté donnée de subsister. Il faut souligner qu'une telle structure normative est nécessaire à l'interaction dyadique : il peut s'agir par exemple d'une langue commune ou de l'idée même de réciprocité (*pacta sunt servanda*). Cette structure normative permet à la dyade d'exister, dans la mesure où la simple présence de « règles du jeu » autorise des entités distinctes à procéder à plus ou moins long terme à des échanges réciproques.

(ii) La deuxième étape est celle du passage de la dyade à la triade, c'est-à-dire d'une demande adressée par la dyade à une tierce personne en vue de l'interprétation des normes à la base de l'interaction dyadique (e.g., un contrat). Cette demande s'adresse à une tierce personne – arbitre ou juge – qui intervient afin de donner aux mots du contrat un sens juridique, c'est-à-dire une interprétation de ces normes qui permette de résoudre le conflit ; si le conflit est résolu, alors ces normes présentent une certaine valeur obligatoire aux yeux des parties. À ce stade, la question est de déterminer les modalités selon lesquelles le tiers est susceptible de créer de telles normes, c'est-à-dire la manière dont le droit émane de la structure triadique. La réponse à cette question constitue la troisième étape de notre schéma circulaire.

(iii) Cette troisième étape est qualifiée de « création normative triadique ».⁴⁰ En effet, à un certain stade de développement systémique, le tiers subit une crise de légitimité caractérisée par deux exigences contradictoires, dont la tension est à la base de la création normative : d'une part, l'exigence de neutralité du tiers, qui lui permet d'imposer son jugement aux parties ; d'autre part, l'exigence de prise de décision, qui oblige le tiers à désigner un « gagnant » et un « perdant ». Ces deux exigences sont potentiellement contradictoires, dans la mesure où la désignation d'un « gagnant » menace l'apparente neutralité du tiers – au moins aux yeux du « perdant » – au risque de remettre en cause sa réputation en tant que « tiers désintéressé et impartial ». Afin de réconcilier ces exigences de neutralité et de capacité de décision, le tiers développe deux types de stratégies intrinsèques. Premièrement, le tiers cherche à éviter – autant que possible –

38 Stone Sweet, *op.cit.*, note 7, p. 152 [« *dyadic contract* »].

39 *Ibid.* [« *a rudimentary normative structure* »].

40 *Id.*, p. 155 [« *the crisis of triadic legitimacy* »].

la déclaration claire d'un gagnant et d'un perdant, faisant en sorte que chaque partie puisse se prévaloir d'une victoire partielle. Deuxièmement, le tiers donne des raisons à sa propre décision : il les motive à l'appui de justifications normatives. Les normes préexistantes peuvent lui procurer des éléments décisionnels. En outre, le tiers est susceptible de créer de nouvelles normes, qu'il cherchera à présenter comme l'ajustement à la marge ou l'extension de normes préexistantes.

La spécificité de la création juridique consiste bien, comme l'a souligné Joseph Raz, à établir des « raisons d'action », c'est-à-dire, dans le cas de la création normative spontanée, à maintenir les parties dans une forme d'illusion concernant l'origine des normes invoquées au sein du jugement. En faisant croire aux parties qu'il juge en fonction de règles préétablies, le tiers chercherait ainsi à échapper au soupçon de discrétion qui pèse sur lui et à assurer sa propre légitimité en tant que tiers désintéressé et impartial. D'autre part, le tiers s'efforce d'anticiper la réaction des parties par rapport au règlement futur de leur litige et d'orienter sa décision en fonction de leurs attentes.

(iv) La quatrième étape est celle de « création normative »⁴¹ proprement dite. À mesure que le tiers se rapproche de l'idéal-type du juge (voir *infra*), c'est-à-dire que ses pouvoirs s'accroissent, ce tiers fait œuvre de création normative. D'une part, en résolvant le litige au fond, le tiers crée des règles concrètes, particulières et rétrospectives. D'autre part, en justifiant sa propre décision, le tiers crée des règles abstraites, générales et prospectives. L'autojustification est consubstantielle au droit : le tiers crée des normes générales afin que les parties acceptent la valeur obligatoire de son propre jugement. En outre, afin de faire adhérer les parties à ce jugement et de préserver sa propre légitimité, le tiers maintient les parties dans l'illusion qu'il ne ferait qu'appliquer des règles préexistantes au cas d'espèce, alors que souvent, ces règles sont créées afin d'être appliquée à ce cas. Ainsi, le schéma circulaire de création normative peut être représenté par une boucle partant de la structure normative et y revenant par les intermédiaires successifs de la dyade, de la triade, et de la création normative triadique (voir figure N° 1).

Cette théorie explique la genèse normative par le passage d'une structure sociale « primale » – la dyade – à une structure sociale plus élaborée – la triade. Plus précisément, selon cette théorie, l'intervention d'un tiers dont le rôle est de trancher le litige dyadique est la source ultime de création normative, à la fois sous la pression des attentes dyadiques et en raison de la recherche de légitimité propre au tiers. Les normes ainsi créées deviennent des normes juridiques dans la mesure où la dyade et les dyades futures envisagent ces normes comme des précédents. Autrement dit, un système juridique est un système triadique qui résout simultanément des conflits particuliers en

41 Stone Sweet, *op.cit.*, note 7, p. 156 [« rule-making »].

référence à des normes sociales (dont le droit) et qui clarifie les normes qui serviront de base aux relations contractuelles futures et aux litiges qui en découlent.

Cette théorie semble partager certaines caractéristiques avec les théories institutionnalistes de Santi Romano et de Joseph Raz. Nous défendons que notre théorie se distingue des théories institutionnalistes par son degré de précision et par son explicitation des « raisons d'action » propres à la création normative triadique.

La théorie de la création normative spontanée se distingue de la pensée de Santi Romano en définissant de manière précise l'institution productrice de normes. D'une certaine manière, il est vrai, cette théorie s'inscrit dans la continuité de cette pensée en définissant le droit par l'intervention d'une institution – sous la forme de la triade. Dans un ouvrage majeur,⁴² Santi Romano assimile ainsi le droit à une « institution » quelconque,⁴³ ce qui lui permet par exemple de qualifier d'ordre juridique une entité sociale infra-étatique comme une Église ou une bande de voleurs.⁴⁴ En faisant de l'organisation sociale la condition nécessaire et suffisante à l'existence juridique,⁴⁵ Santi Romano offre un cadre théorique dont le manque de précision rend la critique particulièrement aisée : toute institution serait susceptible, conformément à sa théorie, de générer des normes juridiques.⁴⁶ Par rapport à ce cadre explicatif, la théorie de la création normative triadique offre une précision accrue en spécifiant ce type d'institution : l'intervention d'un tiers neutre et impartial au cours d'un litige dyadique serait à la base de la création normative et de la construction d'un système juridique.

La théorie de la création normative triadique se distingue également de la pensée de Joseph Raz par son explicitation des « raisons d'action » propres à la création normative. D'une part, Raz estime qu'à la base de la juridicité réside une forme institutionnelle,⁴⁷ caractérisée par l'existence d' « institutions

42 Santi Romano, *L'Ordre juridique*, trad. de la 2^e éd. Lucien François & Pierre Gothot, Dalloz, 2002 [1945].

43 *Id.*, p. 31 : « Les caractères essentiels du droit [...] coïncident avec ceux de l'institution. Que celle-ci soit un ordre, un ordonnancement, cela est certain : les mots organisation, système, structure, édifice, etc. par lesquels on la qualifie tendent précisément à mettre en évidence ce concept ; on peut en dire autant du sens étymologique du mot État, qui désigne aujourd'hui la plus importante des institutions et désignait autrefois aussi d'autres puissances publiques, spécialement les communes. »

44 Santi Romano, *op.cit.*, note 42, p. 32 : « Comme on l'a dit, une société révolutionnaire ou une association de brigandage ne seront pas du droit pour l'État qu'elles veulent abattre ou dont elles violent les lois, tout comme une secte schismatique est déclarée antijuridique par l'Église ; mais cela n'exclut pas que, dans ces cas, on se trouve en présence d'institutions, d'organisations, d'ordres qui, pris isolément et intrinsèquement considérés, sont juridiques. »

45 *Ibid.* : « [...] n'est pas du droit cela et cela seul qui ne présente pas d'organisation sociale ».

46 Pour une telle critique, voir Bollée, *op.cit.*, note 8, p. 70.

47 Joseph Raz, « The Institutional Nature of Law », 38 *Modern Law Review* 489 (1975) p. 805 et s.

d'application du droit ». ⁴⁸ Selon Raz, l'appartenance du droit à un système quelconque est déterminée par la reconnaissance qui en est faite par les organes d'application du droit – autrement dit, par les tribunaux. ⁴⁹ Selon lui, une relation logique existe ainsi entre le droit et la pratique des organes d'application du droit. Afin de déterminer le caractère juridique d'une règle et son appartenance à un système juridique, il suffirait alors, selon Raz, de montrer que cette règle est appliquée par les tribunaux de ce système juridique. Cette conclusion a une importance fondamentale, puisqu'elle permet d'unifier les normes issues de règles de reconnaissance distinctes au sein d'un même système. Ainsi, les tribunaux d'un même système auraient la possibilité d'appliquer ces normes conformément à une « règle ultime de discrétion ». ⁵⁰

Or, selon la critique de MacCormack, cette relation logique est quelque peu contradictoire, dans la mesure où les organes d'application du droit font application du droit précisément parce qu'il s'agit de droit : la juridicité ne peut donc simplement découler de l'application d'une règle par les tribunaux d'un système juridique. ⁵¹ La théorie de la création normative triadique permet d'échapper à cette dernière objection, en soulignant le caractère nécessairement dual des tribunaux, à la fois « organes d'application » et « organes de création » du droit – dans la mesure où ils s'inscrivent dans un schéma circulaire de création normative. D'autre part, la théorie institutionnelle du droit selon Raz prend ses racines dans une assimilation des normes juridiques à des « raisons d'action ». En effet, selon Raz, les tribunaux sont des institutions « primaires » essentielles à l'existence d'un système juridique, et partant, consubstantielles à l'idée même de juridicité, ⁵² puisqu'elles substituent leurs propres « raisons d'action » à celles des parties tout en opérant leur synthèse. ⁵³ Joseph Raz donne l'exemple d'un litige soumis par deux personnes

48 Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, p. 132 [« *Norm-applying institutions and not norm-creating institutions provide the key to our notion of an institutionalized system* »]. Voir également Joseph Raz, « The Identity of Legal Systems », 59 *California Law Review* 796 (1971).

49 *Id.*, p. 803 : « *This solution shifts the emphasis onto the law-applying institutions, and makes recognition by law-applying organs a necessary condition of the existence of laws. Then in turn makes the institutionalized nature of law an indispensable part of the criteria of identity : a law is part of the system only if it is recognized by legal institutions. The emphasis is, however, on the law-applying rather than the law-creating institutions.* »

50 *Id.*, p. 811 [« *ultimate law of discretion* »].

51 Geoffrey MacCormack, « 'Law' and 'Legal System' », 42 *Modern Law Review* 285 (1979), p. 290 : « *If, as seems to be the case, the courts have a duty to apply a rule because it already counts as a rule of law, one has either to admit that a rule may be a rule of law although it does not belong to the legal system or find a test for membership of the system other than the 'application' by the courts.* »

52 Raz, *op.cit.*, note 48, p. 134 et s.

53 Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 42 : « *The two features, dependence and pre-emptiveness, are intimately connected. Because the arbitrator is meant to decide on the basis of certain reasons, the disputants are excluded from later relying on them. They handed over to him the task of evaluating those reasons. If they do not then deny them as possible bases for their own action they defeat the very point and purpose of the arbitration. The*

à un tribunal arbitral, qu'il qualifie d'exercice typique d'une forme d'autorité.⁵⁴ L'arbitre a l'autorité de régler ce litige car les parties se sont accordées d'avance à respecter sa décision. Raz souligne que la décision de l'arbitre constitue une raison d'action pour les parties, dans la mesure où cette décision tient compte des différentes raisons (ou « arguments ») des parties, en offre une synthèse et se substitue à ces dernières. La raison d'action élaborée par l'arbitre n'est pas simplement une synthèse : elle réfléchit les raisons d'action des parties et se substitue à ces dernières.⁵⁵ La décision de l'arbitre constitue donc une norme à part entière, dans la mesure où elle permet de dépasser les raisons d'action des parties en s'y substituant. La théorie de la création normative triadique permet de préciser la nature de ces raisons d'action et d'explicitier le processus de création normative par une tension se manifestant au sein de l'entité triadique, au regard même de la nécessité de substituer une raison abstraite et générale d'action aux raisons concrètes et individuelles des parties au litige.

En définitive, notre schéma permet d'envisager la création de normes juridiques abstraites, générales et prospectives en l'absence de système de contrainte et donc, d'ordre juridique au sens de la doctrine positiviste. L'effectivité du mécanisme de création normative dépend entièrement du passage entre contrat dyadique et structure triadique.

Le mécanisme triadique de création normative a permis d'explicitier l'évolution du système de résolution des différends du GATT,⁵⁶ l'intégration européenne,⁵⁷ ou encore l'évolution du droit constitutionnel français sous la V^e République.⁵⁸ Ce modèle théorique s'applique d'autant mieux à l'arbitrage international qu'il permet d'envisager les ressorts d'un phénomène juridique au stade de sa genèse, sous la forme d'une interaction triadique. Ainsi, le modèle triadique de création normative permet selon nous d'expliquer la nature juridique des règles émanant sous un mode spontané du travail normatif des tribunaux arbitraux internationaux. Certains travaux laissent d'ailleurs présupposer la pertinence d'un tel modèle à cet égard. Plusieurs études d'anthropologie juridique,⁵⁹ d'histoire du droit,⁶⁰ et d'économie⁶¹ ont ainsi

only proper way to acknowledge the arbitrator's authority is to take it to be a reason for action which replaces the reasons on the basis of which he was meant to decide. »

54 *Ibid.* [« a typical authority »].

55 *Ibid.* : « *The arbitrator's decision is also meant to replace the reasons on which it depends. »*

56 Stone Sweet, *op.cit.*, note 7, p. 165 et s.

57 Alec Stone Sweet & James Caporaso, « La Cour Européenne et l'Intégration », *Revue française de science politique*, p. 195 ; Thomas Brunell, « Constructing a Supranational Constitution », dans Alec Stone Sweet (dir.), *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, 2004. Dans ces travaux, la théorie élaborée dans *Judicialization and the Construction of Governance* a été confrontée à des données exhaustives utilisant des méthodes à la fois quantitatives et qualitatives.

58 Alec Stone Sweet, « La politique constitutionnelle », dans Bastien François & Roland Drago (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 117.

59 Falk Moore, *op.cit.*, note 32 ; Marc Galanter, « Justice in many rooms : courts, private ordering, and indigenous law », 19 *Journal of Legal Pluralism* 1 (1981).

montré l'émergence de processus de création normative détachés de toute structure juridique préalable. Ainsi, il a été souligné que le droit émergeait « *par le bas* » en matière d'arbitrage international, par opposition à une création normative « *par le haut* », en référence à des normes juridiques préétablies.⁶² En outre, certaines études économétriques ont montré que l'arbitrage ne participait pas d'une création normative délibérée, mais qu'au contraire, l'évolution naturelle des marchés aurait suscité l'émergence spontanée de ce mode de règlement des différends.⁶³ Selon ces études, la croissance des marchés économiques élargirait spontanément la gamme des partenaires institutionnels – parmi lesquels les tribunaux arbitraux – à la disposition des acteurs économiques, ce qui entraînerait en retour la division, ou du moins l'affaiblissement des coalitions traditionnelles (étatiques).⁶⁴ Aussi, contrairement à l'allégation traditionnelle de la doctrine positiviste selon laquelle l'apparition de mécanismes arbitraux de règlement des différends serait le produit délibéré des ordres juridiques étatiques, ces derniers auraient été contraints de composer avec le caractère spontané de leur apparition. En définitive, l'émergence de mécanismes arbitraux de règlement des différends internationaux serait la traduction juridique d'évolutions spontanées du marché, dont elle influencerait en retour le développement subséquent.⁶⁵

La possibilité pour une norme juridique d'émerger spontanément semble donc établie, dans la mesure où cette norme constitue le produit naturel d'une interaction sociale déterminée, l'entité triadique. Après avoir étudié la constitution d'une telle structure normative, il nous reste à en déterminer les conditions de développement spontané, ce que nous ferons à l'appui du modèle dit de « *juridicisation* ».

60 Louis Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Recueil Sirey, 1955, p. 61 et s. Gernet semble d'ailleurs hésiter quant à l'explication du passage spontané de l'arbitre au juge. Voir du même auteur, *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, Flammarion, 1982, p. 64 et s. [voir la scène judiciaire du « Bouclier d'Achille »].

61 Voir *infra*.

62 Robert D. Cooter, « Decentralized Law for a Complex Economy: the Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant », 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1643 (1995-6).

63 Alessandra Casella, « On market integration and the development of institutions: The case of international commercial arbitration », 40 *European Economic Review* 155 (1996) ; du même auteur, « The Role of Market Size in the Formation of Jurisdictions », 68 *Review of Economic Studies* 83 (2001).

64 *Id.*, p. 84 : « *The enlargement of the market enlarges the range of possible coalition partners with whom institutions can be designed and shared, and causes the break-up of the old coalitions.* »

65 Voir A. Casella, *op.cit.*, note 63, p. 180 : « *Through international trade, individuals in different countries engaged in the same economic activity come into contact and develop a system of laws attuned to their needs, and in large part independent of national laws. As they do so, they create the institutional basis for further expansion of trade. Private trade leads to the creation of a new, supra-national jurisdiction, and starts the process towards further international integration. International commercial arbitration is a concrete and important example of the link between economic transactions and the creation of international coalitions of private individuals, the emergence from the bottom of international jurisdictions.* »

II.— LE PROCESSUS DE JURIDICISATION

Nous avons explicité un modèle de création triadique des règles juridiques. Ces normes sont abstraites, générales et prospectives dans la mesure où elles interviennent à l'appui de la décision du tiers, et que ce dernier s'adresse – même implicitement – à travers le cas d'espèce qui lui est soumis, à une communauté sociale plus vaste. Le jugement d'espèce n'en demeure pas moins individuel, et afin d'acquérir le statut de norme, c'est-à-dire – au sens commun du terme – un « état habituel, conforme à la majorité des cas »,⁶⁶ les règles juridiques qui y sont invoquées doivent trouver un écho au sein de jugements relatifs à des cas d'espèce similaires. Le phénomène jurisprudentiel, proprement lié à cette exigence, trouve ainsi deux justifications distinctes. D'une part, le phénomène jurisprudentiel est une étape structurelle du schéma de création normative spontanée : au stade (iv) de ce schéma, une structure normative est créée et sert de base d'émergence à d'autres contrats dyadiques – ces derniers n'étant plus, contrairement aux premières formes dyadiques, des « contrats sans loi ». Par conséquent, cette structure sert également de support normatif aux tiers en charge de trancher les litiges dyadiques subséquents. D'autre part, ce phénomène jurisprudentiel est un résultat de la crise de légitimité triadique qui intervient au stade (iii) de notre schéma. En effet, comme nous l'avons souligné, le tiers cherche à justifier sa décision par des techniques normatives. Parmi ces techniques figure la méthode jurisprudentielle, par laquelle le tiers se réfère aux décisions d'entités triadiques confrontées à des cas d'espèce similaires. Cette méthode de raisonnement est étroitement liée à la démarche juridique,⁶⁷ et constitue un instrument fonctionnel de création normative par le juge.⁶⁸ Cette méthode présuppose d'ailleurs un certain degré de publicité des jugements, afin que le tiers puisse se référer au travail triadique fourni antérieurement.

Le schéma précédent doit donc intégrer deux données supplémentaires qui sont parties intégrantes du processus de création normative triadique : d'une part, en tranchant un litige dans un cas d'espèce déterminé, l'arbitre crée des règles juridiques abstraites, générales et prospectives ; d'autre part, si ces règles sont absorbées dans la structure normative d'une communauté, l'arbitre s'y référera au cours de conflits futurs, afin d'assurer sa propre légitimité. Si la communauté en question est consciente que l'arbitre en fera ainsi, les dyades futures tiendront compte de ces normes à l'occasion d'interactions contractuelles à venir.

La juridicité est désormais indépendante de la notion d'ordre de contrainte, dans la mesure où l'émergence du droit est intrinsèquement liée, selon notre théorie, à l'existence d'une communauté dont l'intérêt est de développer l'échange social, en plus d'une structure triadique et de la crise de légitimité qui s'y exprime. Pourtant, la notion classique d'ordre juridique garde un potentiel

⁶⁶ *Le Petit Robert* 2007.

⁶⁷ Voir à ce titre Stone Sweet, *op.cit.*, note 13.

⁶⁸ *Ibid.*

explicatif important en matière d'évolution des structures juridiques, notamment au regard des exigences d'unité et de prévisibilité de la règle de droit. À divers égards, le mécanisme triadique de création normative se développe de manière incrémentielle sous une forme structurée. Nous qualifions cet ancrage juridique de « juridicisation » du système triadique. Ce phénomène intervient par l'intermédiaire de raisons intrinsèques d'action, à savoir la création de règles de droit par le tiers et le développement de mécanismes jurisprudentiels.

Le processus de « juridicisation » du règlement triadique des différends suit une inclinaison naturelle de la figure du négociateur à celle du juge (figure N° 2), ce dernier constituant selon Martin Shapiro la « moins consensuelle et la plus contraignante des institutions triadiques de résolution des différends ».⁶⁹ En effet, à mesure que l'intervention du tiers s'accroît et que sa raison d'action se substitue à celles des parties, ces derniers perdent progressivement le contrôle de l'instance. Autrement dit, pour employer la terminologie de Raz, la raison d'action du tiers est de moins en moins une synthèse de celles des parties et acquiert progressivement une valeur autonome par rapport à ces dernières. Le passage de l'arbitre au juge est consacré lorsque le tiers s'exprime non plus au nom des parties, mais pour le compte d'une communauté plus largement comprise. Certes, cette ligne de rupture n'est jamais parfaitement nette, dans la mesure où les parties au litige appartiennent généralement à une communauté donnée, et où le juge s'exprime toujours et partout pour le compte des parties lorsqu'il résout un différend au nom d'une communauté. David Caron n'en assimile pas moins cette ligne de rupture à celle séparant les arbitres des juges,⁷⁰ ce qui nous semble justifié au regard du caractère fictif de ces figures « parfaites » : la figure idéale du juge s'exprimerait ainsi exclusivement, même de manière fictive, au nom d'une communauté ; à l'autre bout de l'échelle triadique de règlement des différends, le négociateur s'exprimerait exclusivement au nom des parties, à tel point qu'il n'opérerait pas de substitution de sa raison d'action à celles de ces dernières, mais ne ferait qu'en retranscrire la substance au sein d'un acte de négociation.

Le droit apparaît donc, en dehors de tout ordre étatique, lorsque le tiers substitue, impose ou agrège sa raison d'action à celle des parties. L'arbitre se différencie du juge « idéal » par le degré de synthèse et de compromis qu'il opère vis-à-vis des raisons d'action des parties : il y a création de droit à partir du moment où la raison d'action du tiers, qu'il soit arbitre ou juge, se substitue aux raisons d'action des parties, en opérant la synthèse de ces dernières et en les dépassant. Or à un certain stade, l'arbitre – qui s'érige alors en véritable juge – cherche à justifier ce dépassement à l'appui de données extérieures, qui lui

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Voir David D. Caron, « Towards A Political Theory of International Courts and Tribunals », 24 *Berkeley Journal of International Law* 401 (2006), p. 418 : « *The substitution of a community for the parties as the originating basis for the institution is crucial in this sense and in my view marks the transition from an international arbitral tribunal to an international court.* »

permettent de faire plus largement *adhérer* les parties à sa sentence. L'arbitre occupe des fonctions similaires à celles d'un juge lorsqu'il offre des raisons normatives générales et prospectives, c'est-à-dire des raisons susceptibles d'être prises en compte dans des cas d'espèce futurs. L'arbitre est un juge quand il tient compte d'une communauté sociale et de ses évolutions potentielles, et à chaque fois que les parties à un litige futur se réfèrent à ses décisions afin d'y puiser des arguments juridiques. L'ordre juridique est un ensemble de techniques d'acceptation par les parties du dépassement de leurs raisons d'action, allant de l'acceptation induite à l'acceptation forcée. En tout état de cause, le concept même de droit est distinct de la notion d'ordre juridique étatique, dans la mesure où ce dernier intervient de manière extérieure à la création triadique, afin de lui donner l'appui nécessaire à sa propre acceptation.

Historiquement, à un certain stade de développement, les institutions judiciaires ont effectivement initié un tel mouvement de centralisation par l'intermédiaire de systèmes d'appel, dont l'action est assimilable à celle de véritables structures législatives.⁷¹ Ainsi, l'apparition de mécanismes d'appel manifesterait l'émergence d'un ordre juridique, en raison du pouvoir centralisateur exercé par de tels mécanismes. Martin Shapiro a ainsi mis en évidence la fonction centralisatrice de l'appel, dont l'exercice s'effectuerait selon deux modalités.⁷² D'une part, l'existence d'un système d'appel jouerait un rôle psychologique primordial pour les parties au litige.⁷³ La possibilité de remettre en cause la décision du tiers renforcerait la légitimité de ce dernier. À l'issue d'un procès, l'existence d'un système d'appel autorise en effet la partie perdante à ne pas avouer son échec tout en témoignant de son respect vis-à-vis du processus de règlement des différends, grâce au droit dont elle dispose de se pourvoir en appel. En outre, en amont du procès, les parties peuvent plus aisément donner leur consentement au règlement triadique des différends quand l'existence d'un système d'appel leur préserve une porte de sortie en cas de désaccord profond avec la décision du tiers. En définitive, donc, l'existence d'un système d'appel permet à l'institution triadique d'être mieux acceptée par les parties. D'autre part, l'existence d'un système d'appel joue un véritable rôle législatif, puisque ce système permet d'unifier les normes émises par les

71 Martin Shapiro, « Appeal », 14 *Law and Society Review* 629 (1980).

72 *Ibid* ; voir également Martin Shapiro, *Courts : A Comparative and Political Analysis*, Chicago University Press, 1981, p. 43 et s.

73 *Id.*, p. 49 : « One of the functions of a 'right of appeal' may be to provide a psychological outlet and a social cover for the loser at trial. For appeal allows the loser to continue his rightness in the abstract without attacking the legitimacy of the legal system or refusing to obey the trial court. Indeed the loser's displeasure is funneled into a further assertion of the legitimacy of the legal system. Appealing to a higher court entails the acknowledgment of its legitimacy. [...] The purpose of a trial is to effect a termination of conflict. But too abrupt a termination may be counter-productive if true conflict resolution. Appeal, whether actually exercised, threatened, or only held in reserve, avoids adding insult to injury. The loser can leave the courtroom with his head high of talking of appeal and then accept his loss, slowly, privately, and passively by failing to make an appeal. »

différentes structures triadiques de rang inférieur. Ainsi, le juge d'appel assurerait l'unité structurelle de la règle de droit en harmonisant les précédents triadiques au regard des intérêts propres à une communauté plus vaste que les différentes dyades en jeu.⁷⁴ Pour cette raison, Shapiro a qualifié les cours d'appel d'« institutions gouvernementales aux fonctions multiples », ⁷⁵ puisque ces dernières sont tout aussi susceptibles de juger que de légiférer et que dans les deux cas, elles contribuent de manière considérable à la centralisation de l'ordre juridique en cause.⁷⁶

L'ordre juridique au sens de la doctrine classique émerge donc à un certain stade de développement triadique, entre les figures de l'arbitre et du juge, lorsque le tiers décide de juger un litige donné au nom d'une communauté sociale plus large que la simple dyade. Plus précisément, selon nous, cette notion d'ordre juridique – caractérisée par la compétence obligatoire et l'existence d'un système d'appel – apparaît quand les techniques traditionnelles permettant aux tiers d'affirmer leur légitimité ne remplissent plus leur fonction que de manière imparfaite. Cet ordre juridique apparaît quand le besoin de légitimité propre à la structure triadique n'est plus satisfait par les moyens *intrinsèques* à cette structure – par exemple, le raisonnement analogique – mais est assuré par l'adjonction de structures *extrinsèques* – typiquement, un système d'appel. L'État représente alors un type d'ordre juridique particulièrement centralisé et faisant l'objet d'une institutionnalisation spécialement aboutie,⁷⁷ puisque la raison d'action des décisions triadiques y réside ultimement dans l'existence d'un système de sanctions. Pourtant, avant même d'atteindre ce stade ultime de centralisation par la contrainte, un ordre juridique est susceptible d'exercer une autorité sur une communauté donnée par des moyens alternatifs et graduellement établis. Ainsi, le système d'appel développe une fonction quasi-législative permettant d'améliorer le degré d'acceptation des décisions triadiques, ce qui autorise en retour le tiers – juge ou arbitre – de s'exprimer au nom d'une communauté plus vaste. Un cercle vertueux de création normative spontanée permet donc au droit de se développer à l'appui d'un certain type d'ordre juridique, ce dernier étant compris comme un *ensemble de techniques d'acceptation extrinsèque par les parties du dépassement de leurs propres raisons d'action*. Ces techniques ont pour caractéristique commune de suppléer aux méthodes propres à la structure triadique par l'adjonction de structures externes : une structure quasi-législative comme un système d'appel, une structure

74 Shapiro, *op.cit.*, note 72, p. 43-4 : « [...] it is clear that where an appellate body seeks to formulate a legal rule, it must consider the fit of that rule to the society at large, not just to the two contending parties. »

75 *Id.*, p. 31 [« multiple-function governmental institutions »].

76 William Schwartz, « The Unification and Centralization of the Administration of Justice », 51 *Judicature* 337 (1967-8), p. 337 : « In many jurisdictions there is still nothing resembling a unified judicial system, but only a protean conglomeration of individual courts, held together by nothing more substantial than the thread of appellate review. »

77 Stone Sweet, *op.cit.*, note 7, p. 161 : « The modern state is the institutionalization of coercive TDR. »

proprement législative comme un Parlement, et – dans le cas des ordres juridiques étatiques – un système centralisé de sanction. Ainsi, l'État se résume à un type d'ordre juridique particulièrement abouti, car assurant une efficacité normative maximale, qui n'en reste pas moins spontanée, tout comme la structure triadique originelle. L'ordre étatique ne constituerait jamais qu'un type d'ordre juridique présentant un certain degré de centralisation de raisons d'action extrinsèques.

Deux phénomènes nous semblent témoigner de la juridicisation du système arbitral international : d'une part, l'émergence de véritables phénomènes jurisprudentiels ; d'autre part, les débats portant sur l'adjonction d'un système d'appel au mécanisme arbitral de règlement des différends.

Les tribunaux arbitraux internationaux, qu'ils soient commerciaux ou d'investissement, se réfèrent de plus en plus largement aux décisions prises par d'autres tribunaux arbitraux confrontés à des cas d'espèce similaires.⁷⁸ Ce phénomène est lié à la publicisation croissante des décisions arbitrales, que cette dernière soit menée par les institutions arbitrales elles-mêmes⁷⁹ ou de plus en plus souvent, par les praticiens.⁸⁰ Le simple fait que ces derniers cherchent à diffuser – de manière plus ou moins informelle – les sentences arbitrales montrent leur conscience de la valeur normative de ces sentences. De même, les tribunaux arbitraux attachent une grande importance aux précédents et s'y réfèrent de manière extensive au sein de leurs sentences. Cette pratique est d'autant plus significative que ces tribunaux sont censés agir sur une base *ad hoc*, au nom des parties qui les ont nommés et dans le cadre spécifique du litige opposant ces derniers entre elles. En se référant à une véritable jurisprudence arbitrale, les tribunaux arbitraux cherchent à satisfaire les attentes légitimes des acteurs économiques et à s'engager dans une véritable production normative au nom d'une communauté juridique plus large que les simples parties au litige. Ainsi, deux tribunaux arbitraux d'investissement ont récemment souligné leur « devoir [de] s'efforcer de contribuer au développement harmonieux du droit des investissements et, ce faisant, de satisfaire à l'attente légitime de la communauté des États et des investisseurs quant à la prévisibilité du droit en la matière. »⁸¹ La tendance est moins nette dans le domaine de l'arbitrage commercial, dans la mesure où les décisions arbitrales y sont moins publicisées.⁸² Néanmoins, il est clair que les tribunaux arbitraux commerciaux tiennent largement compte des solutions prônées par

78 Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ? », *Arbitration International*, 2007, p. 357.

79 Voir les *Recueils de sentences arbitrales* publiés par la CCI, ou l'activité du CIRDI en la matière, voir <[www.http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp](http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp)>.

80 Voir par ex., sur Internet, le site Transnational Dispute Management, <<http://www.transnational-dispute-management.com/>>.

81 *Saipem S.p.A. c/ République populaire de Bangladesh* (Affaire CIRDI No. ARB/05/07), Décision sur la compétence et recommandations sur les mesures provisionnelles du 21 mars 2007, par. 67 ; *Victor Pey Casado et Fondation 'Presidente Allende' c/ République du Chili* (Affaire CIRDI No. ARB/98/2), Sentence arbitrale du 8 mai 2008, par. 119.

82 Voir par ex., Kaufmann-Kohler, *id.*, p. 363.

leurs prédécesseurs, ce qui est favorisé par le phénomène de « club » caractérisant la « communauté » arbitrale.⁸³ L'émergence de phénomènes jurisprudentiels témoigne selon nous de la juridicisation de l'arbitrage international en tant que mécanisme de recours par les arbitres à des raisons d'action *intrinsèques*, qui permettent de renforcer la cohérence d'un système normatif en gestation.

Le débat sur l'adjonction d'un système d'appel en matière d'arbitrage international n'est pas récent.⁸⁴ Ce débat s'est néanmoins renforcé au cours des dernières années, notamment dans le domaine de l'arbitrage d'investissement. Nous avons souligné précédemment le rôle complexe joué par les organes d'appel, dont l'intervention permet au système normatif d'asseoir sa propre légitimité et de subsister en tant que tel. Il est selon nous significatif qu'à son stade actuel de développement, le système arbitral cherche à se doter d'une structure d'appel. Les raisons en sont multiples et correspondent précisément à la logique de légitimation qui sous-tend le modèle triadique de création normative : le système normatif arbitral cherche à unifier des lignes jurisprudentielles qui se superposent les unes aux autres sans grande cohérence⁸⁵ ; ce faisant, ce système normatif se conçoit désormais comme un véritable « service public » de la justice⁸⁶ s'adressant à une communauté sociale de plus en plus large ; enfin, l'existence d'un système de contrôle permet au système normatif de se développer de manière spontanée par deux moyens : d'une part, en créant la possibilité pour les arbitres de faire une œuvre normative courageuse tenant compte des intérêts de cette communauté sociale⁸⁷ (grâce à la connaissance de l'existence de contrôles *ex post*), d'autre part, en créant la possibilité pour la communauté arbitrale de « tester » le travail de nouveaux arbitres et d'accroître sa propre taille critique.⁸⁸ Les propositions se sont ainsi multipliées, visant à l'adjonction d'un mécanisme de contrôle du travail normatif des tribunaux arbitraux. Une première proposition consiste en la création d'une cour permanente d'appel, par exemple dans

83 Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *Dealing in virtue : international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, The University of Chicago Press, 1996.

84 W. Michael Reisman, *Nullity and Revision – The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, Yale University Press, 1971, p. 823.

85 Voir par ex. en matière de droit des investissements, le traitement jurisprudentiel de la question de l'état de nécessité en Argentine, ou encore, de l'interprétation des « clauses parachute ».

86 Alain Plantey, cité par Laurent Gouiffès, « L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de justice ? », dans *Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé*, LGDJ, 1997, p. 1, p. 27 (note 6).

87 Van Vechten Veeder, « The Necessary Safeguards of an Appellate System, » 2 *Transnational Dispute Management* (avril 2005), p. 7.

88 Jan Paulsson, « Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration », *Yearbook of the Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce*, 1990, p. 49 : « The ICC Court's scrutiny of awards makes it easier for parties and the Court, knowing that mistakes of ignorance may be averted, to accept arbitrators with little or no experience of international cases. There is no question that this factor enables the ICC to increase the pool of prospective arbitrators, all the while holding true to its standards. »

le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI),⁸⁹ ou d'une chambre spécialisée de la Cour internationale de Justice (CIJ).⁹⁰ Une seconde proposition consiste à aménager les mécanismes de contrôle en présence, par exemple les comités *ad hoc* d'annulation du CIRDI afin de leur donner un véritable pouvoir d'appel.⁹¹ Une troisième proposition consiste en la création d'un mécanisme de renvoi préjudiciel similaire à celui prévu au niveau communautaire (Article 234 Traité CE).⁹² Toutes ces propositions ont pour objectif commun d'accroître la légitimité du système arbitral en offrant des possibilités d'unification de la base normative créée par le système triadique de règlement des différends. Il est selon nous significatif que le débat sur le système d'appel émerge à un moment où la jurisprudence acquiert une très grande importance dans la pratique arbitrale. Ce débat révèle la réalité du travail normatif fourni par la triade en même temps que l'institutionnalisation progressive de tout système normatif. L'émergence du débat sur un système arbitral d'appel témoigne selon nous de la juridicisation de l'arbitrage international en tant que mécanisme de recours par les arbitres à des raisons d'action *extrinsèques*, qui permettent à un système normatif donné de se développer.

L'émergence de mécanismes jurisprudentiels en matière arbitrale et les débats portant sur l'adjonction d'un mécanisme d'appel nous laissent penser que l'arbitrage international a atteint un stade critique de développement, entre système consensuel (au nom des parties) et système obligatoire de règlement des différends (au nom d'une communauté transnationale des affaires).⁹³ Il nous paraît en outre avéré qu'en l'absence de tout rattachement à un ordre juridique, l'arbitre international crée des normes juridiques autonomes, dont le développement constitue un exemple pertinent de règlement triadique des différends et de la juridicisation spontanée qui en découle.

89 ICSID Secretariat, « Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, » 22 oct. 2004, p. 14 et s.

90 Asif H. Qureshi, « An Appellate System in International Investment Arbitration », dans Peter Muchlinski, Federico Ortino & Christoph Schreuer (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 1154, p. 1165 et s.

91 Barton Legum, « The Introduction of an Appellate Mechanism : the U.S. Trade Act of 2002 », dans Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi (dir.), *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, 2004, p. 289, p. 296-6.

92 Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations : Are there Differences ? », dans Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi (dir.), *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, 2004, p. 189, p. 221.

93 Nous analysons cette situation du point de vue de la théorie de la délégation dans Alec Stone Sweet & Florian Grisel, « Transnational Investment Arbitration : From Delegation to Constitutionalization ? », dans Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni & Ernst-Ulrich Petersmann (dir.), *Human Rights, International Investment Law, and Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, à paraître 2009.

Structure
Normative
(i)

Les parties perdent progressivement le contrôle de
L'intervention du tiers devient de plus en plus
importante.

Triade (iii)

DU CONTRAT DYADIQUE AU SYSTEME NORMATIF

95

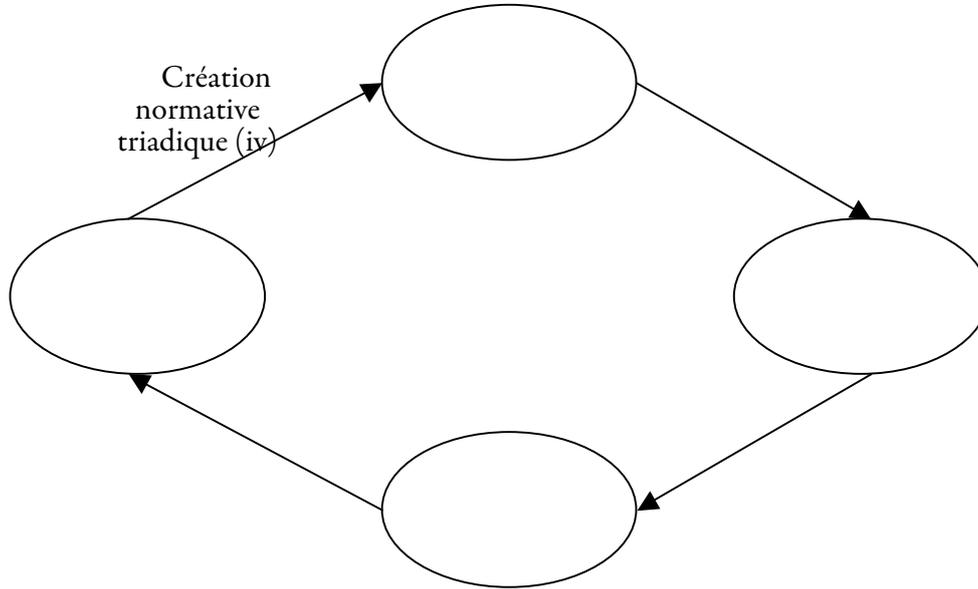


Figure N° 1 – La création normative spontanée⁹⁴



Figure N° 2 – L'échelle triadique de règlement des différends⁹⁵

⁹⁴ Stone Sweet, *op.cit.*, note 7, p. 152.

⁹⁵ Cette échelle est évoquée par Shapiro et Stone Sweet. Voir Shapiro, *op.cit.*, note 72, p. 8 : « Courts are clearly the least consensual and the most coercive of triadic conflict resolving institutions. [...] Courts share with their fellow triadic conflict resolvers along the continuum the need to elicit their consent. » ; Stone Sweet, *id.*, p. 156 : « Modes of TDR can be arrayed along a continuum constituted on one pole by mediation and on the other pole by adjudication. In mediation, the dispute resolver helps the disputants arrive at a mutually satisfactory settlement of the conflict. In adjudication, the dispute resolver authoritatively resolves the dispute on her own. » La formalisation du schéma revient à Jeswald Salacuse, « Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution », United Nations Commission for Trade Aid and Development (UNCTAD), 2006, p. 17.