

Institut de Droit International – 150^e anniversaire

Cocktail inaugural avec la participation de l'IAI

Hommage au Professeur Emmanuel Gaillard

27 août 2023

Je remercie le Professeur Alain Pellet, pour ses mots, mais aussi d'avoir souhaité rendre hommage au Professeur Emmanuel Gaillard à l'occasion des 150 ans de l'Institut de Droit International.

Pour ma part, je rendrai hommage au Professeur Gaillard sous l'égide d'un autre Institut, l'Institut pour l'Arbitrage International – IAI, dont il avait pris les rênes, avec grand succès, en 1999, et que j'ai l'honneur de présider à sa suite.

Emmanuel Gaillard n'est un inconnu pour aucun d'entre vous. Il compte d'innombrables amis, venant du monde entier, parmi les membres de l'Institut de Droit International. C'est donc avec enthousiasme qu'il avait accueilli l'invitation qui lui avait été faite, notamment par Alain Pellet, de rejoindre cette grande et noble institution.

Il espérait y retrouver ses amis pour s'engager dans la voie de cet exercice qu'il affectionnait particulièrement : porter une réflexion profonde sur l'évolution du droit, qu'il pratiquait – le droit de l'arbitrage international, bien évidemment, mais aussi le droit international privé (qu'il avait l'ambition de soumettre à une nouvelle réflexion dans son Cours général prévu à l'Académie de droit international de La Haye sous le titre « *La nouvelle théorie des conflits des ordres : ordres juridiques étatiques et ordre juridique arbitral* »), et le droit international public, qu'il pratiquait quotidiennement depuis plus de deux décennies. Emmanuel Gaillard avait cette qualité, inégalée, d'allier les talents du praticien du droit le plus redoutable et redouté (ses contre-interrogatoires et ses plaidoiries vaudraient un ouvrage à eux seuls) et l'aptitude du théoricien à la pensée la plus riche, profonde, concise et, comme il aimait à dire, pragmatique.

Emmanuel aimait aussi le droit comparé, en ce qu'il permet, pour le citer, de « dégager des tendances » ; non pour faire ressortir ce qui sépare deux systèmes de droit ou deux traditions juridiques, mais pour faire ressortir ce qui les réunit. Je le cite encore :

« An important difference between a classic conflict-of-laws methodology and a comparative law analysis is that, while the former is static and contemplates the conflict between national laws at a given point in time, the latter is dynamic and takes into account the evolution of national laws. The comparative law method thus registers changes that occur in various legal systems over time and tries to identify legal trends. » (Emmanuel Gaillard, "Comparative Law in International Arbitration", *Ius Comparatum*, [International Academy of Comparative Law: aidc-iacl.org], 1 (2020) 1-35, pp. 33-34).

C'est déjà, là, une expression de son tempérament. C'est ainsi qu'il a milité, dans l'un de ses innombrables articles qui ont fait date, publié au *Clunet* en 1995 et intitulé « *Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit* », pour l'adoption, comme méthodologie routinière des arbitres internationaux, des principes généraux du droit, qui sont bien connus de notre Président Alain Pellet (voir "Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *J.D.I.*, 1995, p. 5 et s. ; et, en anglais, "Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules", *ICSID Review*, 1995, p. 208 et s.).

Emmanuel a marqué, par son empreinte théorique tout autant que par ses leçons de pratique et de vie, ses étudiants, collègues et amis, génération après génération. Sa générosité ne connaissait pas de limite, ni sa pensée, qui a traversé les continents et a été adoptée par de multiples juridictions à travers le monde. Sa doctrine, si riche et puissante, et sa plume, si élégante et unique, étaient toujours attendues. Le Conseiller Dominique Hascher a ainsi pu relater, dans un bel hommage qu'il a rendu à Emmanuel en 2021, combien il était présent, par sa pensée et sa doctrine, pendant les débats et délibérations au sein de la Cour de cassation, au point d'en être devenu un conseiller invisible.

C'est cette richesse qu'Emmanuel aurait offerte à l'Institut de Droit International, en étant associé à ses travaux sur le développement du droit et l'analyse de l'évolution des tendances.

Il y a un certain nombre de travaux en cours dans vos Commissions auxquels Emmanuel aurait sûrement aimé participer : les thèmes de précédent, de choix du droit applicable, ou de sociologie sont des thèmes qu'il a largement abordés dans ses propres travaux.

Bien sûr, il y a eu aussi les intersections nécessaires entre les travaux de l'IDI et ses propres travaux, et son apport sur ces autres sujets possibles auraient été d'une grande richesse. Ainsi, en commentant, dans le Bulletin de l'ASA de 2008, le « *magistral cours* » d'Emmanuel Gaillard à l'Académie de La Haye sur les « *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* », le regretté Professeur Pierre Lalive a pu rappeler :

« . . . Gaillard ne manque pas d'évoquer l'évolution "radicale" de la doctrine internationale la plus autorisée, telle qu'exprimée par le célèbre Institut de Droit International . . . En 1952 et 1957, l'Institut, sur le rapport de notre regretté maître le professeur Georges Sauser-Hall, adoptait à sa session d'Amsterdam une Résolution donnant "en matière de procédure, une place déterminante à la loi du siège", ce qui montrait que ses auteurs étaient "pénétrés de l'analogie entre le juge du siège de l'arbitrage et l'arbitre".

Fort critiquée par la suite (vu le caractère manifestement "têtu" et rarement significatif du rattachement au siège), cette doctrine a fait place aujourd'hui à une conception "rigoureusement inverse", qui "a prévalu dans la plupart des législations modernes sur l'arbitrage et dans les principaux règlements d'arbitrage". Ainsi, en 1989, dans sa Session de Saint-Jacques de Compostelle, l'Institut de Droit International, sur rapport d'Arthur von Mehren [autre grand ami d'Emmanuel], a rejeté le rattachement au "siège" pour lui substituer celui à l'autonomie des parties (v. Gaillard, N° 93 et 103). »

Ce sont ces points de vue sur le rattachement de l'arbitrage international à un ordre juridique national qu'Emmanuel a repris dans son magistral Cours, pour porter la réflexion encore plus loin, et proposer l'idée très prégnante de « représentations mentales » de l'arbitrage international, qui structurent la matière dans son ensemble. En dégagant ces représentations, qui ont empreint la doctrine, y compris les travaux de l'IDI, et en les portant jusqu'à leur aboutissement, Emmanuel a proposé une autre idée novatrice, celle d'un ordre juridique arbitral détaché de tout ordre juridique national individualisé (que ce

soit celui du siège ou un autre), mais reposant sur « *l'activité normative de la communauté des Etats* ». Je le cite :

« En présence de prétentions contradictoires de divers ordres juridiques à saisir un arbitrage donné — l'un prétend la convention d'arbitrage valable, l'autre nulle ; l'un prétend que les arbitres ne présentent pas les conditions d'impartialité requises, l'autre que l'arbitrage doit se poursuivre normalement — les arbitres ne peuvent se contenter de constater la pluralité de ces prétentions. Ils doivent les départager selon une méthode qui ne peut que suivre la logique conflictuelle — avec l'inconvénient corrélatif de réduire la situation à caractère international à une situation interne en la rattachant à un seul ordre juridique, ce qui est le propre de la méthode conflictuelle — ou reposer sur l'application de règles matérielles, sans doute plus à même de respecter le caractère international de la situation et de prendre en considération l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques ayant exprimé un point de vue sur ce qui peut être considéré comme un arbitrage digne de protection juridique. . . .

D'une représentation monolocalisatrice de l'arbitrage centrée sur la notion de siège, on est ainsi passé à une représentation multilocalisatrice (ou westphalienne), puis à une représentation transnationale de l'arbitrage qui ne conçoit plus chaque Etat de manière isolée mais qui se préoccupe des tendances susceptibles de découler de l'activité normative de la communauté des Etats. C'est dans le passage du pluriel au collectif que tient l'opposition entre la deuxième et la troisième des représentations de l'arbitrage évoquées dans le présent cours. »

Dans un monde de plus en plus empreint d'individualisme, y compris en ce qui concerne les Etats, et un monde qui oublie que le règlement pacifique des différends et le développement de la règle de droit sont destinés à éviter les canons, la force de la doctrine

d'Emmanuel est de nous inciter à réfléchir à la nécessité de dépasser l'individuel pour retrouver la force du collectif.

Cette pensée si féconde et si puissante n'oubliait jamais de donner la voix à d'autres auteurs et d'autres initiatives, notamment à travers l'IAI. Ainsi, il y a 16 ans, en 2007, l'IAI lançait la toute première réflexion sur le concept de précédent arbitral, et l'ouvrage qui s'en est suivi en 2008 est lui-même devenu un précédent incontournable. C'est dans le même esprit de « [contribution] *au développement du droit international et [d'action] pour qu'il soit appliqué* », qui est la raison d'être de l'Institut de Droit International, qu'Emmanuel a entrepris, avec l'IAI, des travaux sur le développement du droit de l'arbitrage international, que nous continuons aujourd'hui. La dernière initiative en ce sens, en hommage à Emmanuel, est le groupe de travail présidé par le Conseiller Hascher sur les règles matérielles en droit de l'arbitrage international.

Chers amis, Chers Collègues, nous célébrons aujourd'hui les 150 ans – pour reprendre le bref historique de l'Institut sur son site internet – d'une « *association privée à laquelle son autorité scientifique, la qualité de ses travaux et son indépendance devaient permettre de 'favoriser le progrès du droit international', selon les termes de ses Statuts (Article premier)* ». C'est donc presque comme un petit frère de 25 ans que l'Institut pour l'Arbitrage International – autre association privée promue par Emmanuel Gaillard et ayant pour mission, par ses travaux scientifiques, de favoriser le progrès du droit et de la règle de droit – vient célébrer ce bel anniversaire, en souhaitant une très longue et une très fructueuse vie à l'Institut de Droit International.

Je vous remercie.

Yas Banifatemi