

DOCTRINE

LA DESIGNATION DE LA NATURE JURIDIQUE DE L'ARBITRAGE ET LA FONDATION POUR LES RECHERCHES SUR LE DROIT ECONOMIQUE TURC(*)

Prof. Dr. Rabi KORAL

La détermination de la nature juridique de l'arbitrage qui présente cette particularité de prévoir qu'un différend de nature civile ou commerciale puisse être résolu en dehors de la juridiction étatique et par des moyens privés, est encore théoriquement tant en Turquie qu'à l'étranger une des questions les plus controversées.

Tout dernièrement nous avons été témoins d'une pareille controverse lors d'une réunion tenue à l'Hôtel Etap Marmara sous les auspices de la "Fondation pour les Recherches sur le Droit Economique Turc" qui faute de temps nécessaire a dépassé les limites d'une discussion scientifique et a pris l'aspect d'un débat qui a pris fin sans satisfaire l'audience formée d'un choix de personnes compétentes¹.

(*) Traduction de l'article en turc, Rev. Fac. Dr. Ist. 1982.

1) La Fondation de Droit Economique Turc a été fondée en 1969 et a aujourd'hui 14 années d'existence. Son siège est à Istanbul. Son objectif est de fixer les problèmes soulevés par les relations économiques, d'harmoniser, de faire connaître et de développer les règles juridiques qui gouvernent les relations commerciales, industrielles et financières.

Dans ce but, la fondation réunit les hommes d'affaires, les économistes et les juristes qui travaillent dans le commerce, dans l'industrie ou dans la finance, elle valorise leur savoir et leur expérience et ainsi elle apporte une contribution consciente et positive à la cause du développement planifié de la Turquie.

Depuis sa création la Fondation a accompli dans ce sens des

Cette détermination de la nature juridique de l'arbitrage, c'est à dire la résolution de la question de savoir si l'arbitrage parce qu'il s'achève par une sentence doit être considéré de nature juridictionnelle tout comme un jugement de Tribunal ou s'il constitue une activité contractuelle entrant dans le champ du droit

travaux pleins de succès. Durant des conférences et des symposium, qu'elle a organisé en suivant attentivement les incidents juridiques, économiques et sociaux se déroulant dans notre pays des propositions de grand intérêt ont pu être avancées.

Entre autre elle a traité de la crise du pétrole survenue en 1974, de l'organisation économique, juridique et sociale turque, ébranlée en 1980, des plans quinquennaux de la Turquie, de la dévaluation, de l'assurance, de la sécurité du travail, des questions légales, sociales et économiques engendrées par l'urbanisation, enfin elle a étudié avec succès le mouvement syndical et divers problèmes fiscaux, elle a appliqué à la résolution de ces questions une méthode scientifique. La fondation en dernier lieu a tenu sa réunion du 18 Mars 1983 concernant notre sujet.

Cette réunion de la Fondation, consistait en un séminaire sur "la question de l'exécution des sentences arbitrales étrangères". Avant que l'on ait pu aborder la question de "l'exécution" la durée de temps qui nous avait été réservé se trouvait expirée. Dans cette réunion les rapporteurs s'étaient sentis dans l'obligation de s'étendre sur le sujet de la nature juridique de l'arbitrage. Certains ont avancé qu'il s'agissait d'une institution de nature **juridictionnelle**, d'autre que cette institution serait de nature **procédurale** et qu'elle ressortirait donc au droit public. Quand à nous comme par le passé nous avons avancé que l'arbitrage reposait sur une base **contractuelle** et qu'il restait en dehors du terrain du droit public. Bien que nous ayons exprimé que nous étions sensé avoir démontré le bien fondé de cette conviction, faute de temps nous n'avons pas pu terminer notre exposé, pas plus d'ailleurs que ceux de nos confrères qui étaient d'avis différent. C'est pour combler cette lacune que nous rédigeons ces lignes, ceci afin de compléter notre exposé concernant ce problème qui est considéré résolu au moins en fait sinon sur le plan théorique dans beaucoup de pays civilisés. Nous rédigeons enfin ce texte pour aider à empêcher que ce sujet de controverses ne maintienne le caractère scientifiquement bien conflictuel qu'il présente dans notre pays depuis des années.

privé parce qu'il repose sur l'accord des parties, n'est pas seulement une question dont la réponse serait propre à satisfaire notre curiosité scientifique, mais est également une question dont la réponse permet de résoudre nombre de problèmes concernant l'arbitrage tant en droit interne qu'en droit international et permet en outre de combler de nombreuses lacunes de la loi et qui par conséquent contribue à l'élaboration d'une doctrine et d'une jurisprudence appropriées².

Mais il ne faut pas considérer suffisante une détermination de la nature de cette institution qui ne reposerait que sur un ou deux

-
- 2) KORAL : L'exécution des sentences arbitrales étrangères en Turquie, I partie, Rev. Fac. Droit, Istanbul 1951, p. 168 s.; **Même auteur**, L'exécution des sentences arbitrales étrangères en Turquie II partie, Istanbul, 1958, p. 105 s.

Voir entre autres parmi certains ouvrages anciens et devenus classiques traitant en général de la nature de l'arbitrage : WEISS : *Traité de Droit International Privé*, t. IV, p. 29; LAINÉ : "De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères". *Clunet* 1899, p. 641; MERLIN : *Questions de Droit, Jugements*, XIV; NIBOYET : *Traité de Droit International Privé Français*, t. VI, 1950, No. 1985; BARTIN : *Principes de Droit International Privé*, t. I, p. 217 et s.; BATIFFOL : *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, 1959, No. 722, *Précis de Droit International Privé*, 7 ième éd., 1959, No. 428; PILLET : *Traité de Droit International Privé*, t. II, p. 540; GULDENER : *Das internationale und interlokale Zivilprozessrecht der Schweiz* 1951, p. 107; ZANOBINI : "Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri" *Studi in onore de Carlo Fadda* t. VI, 1951, p. 109; REDENTI : *Diritto Processuale Civile*, t. 2, 1951, p. 265; MARMO : "Arbitrati stranieri e nazionali con elementi di estraneità", *Annuario Comparato e di studi legislativi* 1946, No. 14; GLASSON : *Précis de Procédure Civile*, t. V, No. 1855; GARSONNET et CESAR - BRU : *Traité Théorique et Pratique de Procédure Civile* 2ième éd., t. VIII, No. 3078; MORELLI : *Diritto Processuale Civile Internazionale* 1954, No. 145; BELGESAY, *Devletler Hususi Hukukunda Adliye (Droit International Privé en Justice)*, p. 242; ANSAY : *Hukuk Yargilama Usulleri (Procédures Civiles)*, Ankara 1950, p. 344-345; BERKİ : *Devletler Hususi Hukuku (Droit International Privé)*, Ankara 1941, p. 421; GAUP - STEIN - JONAS : *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, t. II, pr. 1025; ROBERT : *Traité de l'arbitrage en droit interne*, 1955, No. 8

de ces qualificatifs ou sur tel ou tel de ses aspects. Par exemple une détermination, qui reposerait sur une différenciation entre d'une part le droit procédural qui, pris en son sens large, ressortit partiellement au droit privé et d'autre par le droit matériel qui envisagé également dans son sens large se compose partiellement de droit public, pourrait, compte tenu des conditions actuelles, ne pas être assez satisfaisante pour se prononcer sur la nature exacte de l'arbitrage et pourrait même parfois nous induire en erreur³.

- 3) En Turquie parmi ceux qui avancent que l'arbitrage serait de nature procédurale, le Prof. ALANGOYA vient en tête: "Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteligi ve Denetlenmesi" (La nature et le contrôle de l'arbitrage en droit de procédure civile), İstanbul, 1973, p. 38 et s. et 52 et s. La raison pour laquelle nous commençons notre recherche en considération de ce critère consiste en ce que c'est celui sur lequel il a été le plus insisté lors du séminaire.

Pour certains des auteurs Allemands, Suisses ou Autrichiens qui avancent que l'arbitrage serait un contrat d'ordre procédural ou qui présente une relation avec le contrat procédural ou qui traite du droit procédural voir également les noms cités directement ou en références par: ALANGOYA, op. cit., p. 41 et s. et 63 et s. ou bien par NOMER, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (La quatrième Semaine du droit du Commerce et de la Banque), pp. 502, 506, 510, 516; à cette occasion voir aussi TEKINALP: ibidem, pp. 16, 17, 18 et s.; enfin KLEIN: Considérations sur l'arbitrage en droit int. privé 1955, p. 196-204.

Parmi les auteurs qui ont une relation avec la théorie procédurale ALANGOYA, cite les noms de: Schiedmair, Böhm, Goldschmid, Baumbach/Schwab, Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Kornblum, Baumgaertel, Guldener, Fehr, Suter, Kalin, Nötzli, Kisch etc. Parmi les noms cités par TEKINALP il y a Baumbach/Schwab, Forster - Kann, Suter, Nikisch, Fehr, Schuppisser, Hellwig; Selon TEKINALP: Baumbach - Lauterbach, Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Guldener, Rosenberg etc sont à ce propos partisans en arbitrage de la théorie "sui generis". Entre les auteurs cités par KLEIN il y a: Guldener, Guhl, Hellwig et Schidermaier; KLEIN qualifie de modérés les auteurs tels que Joseph Kohler, Nussbaum, M. Meili, Sauser - Hall et même affirme que certains d'entre eux, tout en considérant l'arbitrage de nature procédurale, aient admis que sur le plan du droit international privé l'arbitrage devait être traité en tant que

De même on doit considérer insuffisant de tenter de déterminer la nature juridique de cette institution en ne considérant qu'une seule branche du droit d'un pays donné, par exemple seulement le droit des obligations ou seulement le droit procédural ou en ne considérant que la législation de droit international privé de ce pays. Selon nous il serait beaucoup plus judicieux de tenter de déterminer la nature de cette institution en prenant en considération au moins toutes les branches du droit qui le concernent et même, en considération de son développement plus rapide et plus étendu sur le plan international que celui des autres institutions juridiques, d'ajouter la branche du droit comparé aux branches mentionnées plus haut, c'est à dire pour tenter de fixer les points communs que l'arbitrage présente sur divers plans juridiques⁴.

De même étant donné que l'arbitrage se compose de plus d'une relation juridique, continuer à faire ce qui quelquefois se faisait auparavant, c'est à dire, identifier l'arbitrage selon que l'on prend en considération soit la convention arbitrale (compromis ou clause compromissoire) qui lie les parties, soit le contrat d'arbitrage conclu entre les parties et les arbitres, soit la procédure arbitrale suivie durant l'arbitrage, soit le stade de la sentence qui termine l'arbitrage soit enfin la période post-arbitrale qui s'étend jusqu'à ce que la sentence puisse être exécutée, peut, du point de vue des nécessités modernes de l'arbitrage s'avérer insuffisant. En fait une identification de l'arbitrage qui ne prendrait pas en considération tous les stades essentiels de celui-ci peut très probablement nous conduire à l'histoire de l'éléphant où chacun avait une autre impression de cette créature selon la partie qu'il en avait palpée⁵.

Il faut noter que parfois l'on peut croire identiques certains critères pris en considération pour déterminer la nature juridique

contrat. A ce sujet voir encore l'article de KLEIN "Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire", *Rev. Crit.* 1961, p. 48.

- 4) Dans nos écrits cités plus haut en note No. 2 et dans nos autres articles à ce propos il a été tâché de prendre en considération les diverses relations constituant l'arbitrage.
- 5) Jean ROBERT, (pour la période post-arbitrale), *Arbitrage Civil et Commerciale*, Paris 1967 et particulièrement, p. 281 et s.

de l'arbitrage alors qu'il ne coïncident pas complètement. Par exemple, il existe un groupe de juristes (en général l'école allemande) qui s'interrogent pour savoir si l'arbitrage est un accord de droit matériel (entrant dans le champs du droit des obligations ou du droit commercial) et accordant aux parties des droits de caractère privé ou s'il consiste en un contrat procédural entrant dans le champs du droit procédural d'un pays donné et qui indique la procédure à suivre par les parties pour faire valoir leur droit; d'autre part il existe un autre groupe de juristes (l'école française) qui s'interrogent pour savoir si l'arbitrage est un acte de nature contractuelle appartenant au droit privé ou si il constitue une fonction juridictionnelle similaire à celle exercée par l'Etat quand il use de son pouvoir judiciaire. Or si ces deux groupes continuent leur investigation sans se rendre compte que les deux critères de différenciation ne coïncident pas exactement, cela peut conduire à des résultats qui laisseraient à désirer⁶.

En poursuivant notre investigation concernant ces critères nous pouvons avancer qu'il serait plus avantageux que les auteurs qui analysent l'arbitrage sous l'optique du dilemme "droit matériel - droit procédural" n'envisagent pas seulement la question en droit interne sous l'angle du "droit national des obligations ou du droit procédural national" mais également sous l'angle du droit international particulièrement du point de vue de l'exécution des sentences arbitrales étrangères ou internationales. En effet en adoptant cette optique il apparait clairement plus avantageux d'analyser l'arbitrage sous l'angle du droit international privé.

En fait si l'on s'étend sur ce plan on comprend plus facilement l'avantage d'envisager la question de ce point de vue et par conséquent l'on voit que l'exécution sur le plan international des sentences arbitrales présente une plus grande importance du point de vue des intérêts économiques des pays concernés et que la théorie contractuelle est plus apte à assurer les facilités requises pour les relations internationales.

D'ailleurs si l'on observe l'attitude de la doctrine allemande quand elle analyse l'arbitrage sous l'optique du droit international

6) v. aussi P. Lalive, problèmes spécifiques de l'arbitrage international, *Revue de l'arb.* 1980, p. 343.

on se rend compte que tout en partant de la considération que l'arbitrage appartiendrait au droit procédural, elle se montre plus tolérante au sujet de l'exécution des sentences arbitrales et que, compte tenu de la facilité qu'accorde la théorie contractuelle en ce qui concerne le problème de l'exécution, elle se rallie en définitive à cette théorie en prenant également en considération les intérêts économiques internationaux inéluctables⁷.

Certe, le point de vue que nous avons avancé plus haut peut l'être aussi à l'égard de l'autre critère d'analyse de la nature juridique de l'arbitrage, c'est à dire l'égard du critère qui sert à déterminer si l'arbitrage est de nature juridictionnelle ou contractuelle. Beaucoup de juristes se sont contentés de n'envisager le problème de la nature juridique de l'arbitrage que du point de vue de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ceci sans tenter une analyse en droit interne selon le critère "droit des obligations - droit procédural". On peut prétendre que ces juristes aussi ont fait une investigation insuffisante. Toutefois cette critique que l'on peut adresser en général à ceux qui font cette analyse sous l'optique "contrat - jugement (étatique)" ne s'applique pas nécessairement à ceux qui se sont contentés d'étudier et de résoudre le problème du point de vue de l'exécution des sentences arbitrales⁸.

7) Ergin NOMER, "Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı", IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası ("Conflits de lois dans les conventions internationales concernent l'arbitrage", 4. Semaine du Droit du Commerce et de la Banque), p. 499 et s.; aussi Ünal TEKİNALP: "Hakem Sözleşmesinin Mahiyeti Konusunda Düşünceler" (Considérations sur la nature de la conventions arbitrales", article paru dans le même ouvrage, p. 13 et s.; Voir aussi à ce sujet, KLEIN, à la fin de la note No. 3.

8) Dans nos études cités plus haut surtout en note 2 nous avons au début considéré la nature de l'arbitrage sous cet aspect, dans nos études ultérieures nous avons étudié l'arbitrage de façon à englober ses autres aspects: Voir KORAL: "Système Turc Concernant l'Attribution de Nationalité au Sentences Arbitrales et Critères Consarés par Notre Cour de Cassation", Rev. Fac. Dr. Ist. (IHFM.), 1977, (Mélanges en l'honneur du Prof. E. Hirsch), No. 1-4, p. 155 et s., article parû en français: Annales Fac. Droit Ist., 1976 - 78, No. 40, 41, 42). **Même auteur**: "La

Car d'une part, il est possible de rencontrer dans diverses législations un système d'exécution qui correspondrait à cette optique de classification : l'arbitrage considéré de nature contractuelle ou l'arbitrage considéré de nature juridictionnelle, ce qui est un avantage. En effet, pour qui pense que l'arbitrage est une relation juridique de même nature que la juridiction étatique il suffit pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères d'utiliser les dispositions concernant l'exécution des jugements des tribunaux étrangers, par contre si on admet que l'arbitrage soit une relation juridique de nature contractuelle on peut alors utiliser pour son exécution les dispositions concernant les contrats.

Enfin quand il est question d'exécution il se présente un autre avantage pour ceux qui envisagent le problème sous l'angle du critère de l'antinomie "contrat - jugement" cet avantage réside en ce qu'une recherche faite en tenant compte de ce critère conduit à une recherche approfondie de la question du point de vue de droit international privé⁹.

En effet de tous temps, l'exécution a intéressé le droit international privé et a exigé des recherches à son sujet. De ce point de vue il n'a pas été vu d'inconvénients à ce que l'arbitrage soit analysé sous l'angle du critère de l'antinomie "contrat - jugement" tant qu'il a été envisagé du point de vue de l'exécution. Et même bien au contraire, on a reconnu une certaine supériorité aux juristes qui aboutissaient à tel ou tel résultat en basant leur recherches sur ce critère. Alors que l'on ne peut avancer la même chose au sujet des chercheurs qui ont fait leur travaux du point de vue du critère "matériel - procédural" et qui se sont contenté d'une recherche faite dans les limites du droit interne¹⁰.

nationalité de l'arbitrage et critique de l'arrêt de 1976 de la XV Chambre Civile de la Cour de Cassation, (Mélanges à la mémoire du Prof. H. Timur), 1979, p. 419 et s.; étude parue en français : Annales Fac. Dr. Ist. 1981, p. 405 s. **Encore du même auteur** : "Action en exécution dans l'arbitrage et projet de loi sur le droit international de procédure, (Mélanges à la mémoire du Prof. Hıfzi Timur), 1979, p. 493 et s.; étude parue en français, Annales Fac. Droit Istanbul, 1981, No. 44 p., 1 ss.

9) Voir notre étude citée plus haut à la note No. 2, Première Partie, 1951, article cité, p. 150-156.

10) Voir également nos études citées en note 2.

Ajoutons que a part les consirérations exposées jusqu'ici on ne peut nullement prétendre que l'appréciation faite selon le critère de l'antinomie "droit matériel - droit procédural" ou "contrat matériel - contrat procédural" soit supérieure à celle faite selon le critère de l'antinomie "contrat - juridiction" ou "relation contractuelle - relation de juridiction étatique". En effet l'idée de base de ceux qui soutiennent que l'arbitrage serait un acte procédural consiste en ce que la fonction juridictionnelle appartient essentiellement à l'Etat, en ceci que le fait de s'adresser à l'arbitre implique d'ôter de l'Etat une partie de son droit de juger et que par conséquent l'arbitrage doit être considéré appartenir au droit public. Alors que l'opposé de cette vue peut-être soutenu avec la même force. En effet ceux qui sont d'avis contraire envisagent par des affirmations également catégoriques l'arbitrage comme une institution qui sans départir la juridiction étatique de son droit de juger donne fin à un litige du droit privé avant même que ce litige n'ait accès à cette juridiction.

Telle étant la situation, l'on ne peut nullement prétendre en se basant sur ces argumentations que l'un de ces deux points de vue soit supérieur à l'autre. Au contraire si l'on continue la discussion sur ce plan on aboutit à la fameuse question de savoir si c'est l'oeuf qui provient de la poule ou la poule qui provient de l'oeuf. On tombe donc dans un cercle vicieux¹¹.

Pour les raisons que nous avons exprimées plus haut ainsi que nous l'avons indiqué lors de la réunion de la Fondation sur les Recherches du droit Economique Turc nous n'avons pas considéré satisfaisantes les tentatives de solution du problème de l'exécution qui ont été faites lors de cette reunion à l'aide de ce critère. Mais la limitation du temps accordé a empêché que nous puissions exprimer notre pensée.

*
**

11) KORAL, IHFM., étude citée en note 8, (Revue de la Fac. de Droit d'Istanbul, ann. 1977, numéro paru en l'Honneur du Prof. E. Hirsch, p. 162) (étude parue en français, Annales Fac. Droit, Ist. Vol. XLII, No. 1-4).

Maintenant laissons de côté le critère utilisé pour savoir si l'arbitrage est un contrat de droit matériel ou un contrat procédural et recherchons si cette institution, ainsi que nous l'avons fait entrevoir mais que nous n'avons pas pu exposer en détail lors du séminaire, est de nature contractuelle comme nous l'avons soutenu dans nos études élaborées du point de vue de notre droit international de l'arbitrage ou si elle consiste en un acte de nature juridictionnelle, c'est à dire si il s'agit d'un acte issu d'une relation contractuelle ou d'un acte de la nature d'un jugement de tribunal¹².

Tout à commencé en 1892 lors des différents conflits nés de la succession de la Reine d'Espagne Marie - Christine à l'occasion de la sentence arbitrale rendue en Espagne sur ce sujet. A. Lainé, alors professeur à la Faculté de Droit de Paris donna un avis juridique fameux dont les lignes principales étaient celles-ci. Les sentences arbitrales ressemblent en tous points à des jugements de tribunaux, car les arbitres tout comme les tribunaux sont chargés de résoudre un "*litige*", une fois le compromis conclu et les arbitres nommés, les intéressés sont nommés "*les parties*", la mission des arbitres comme d'ailleurs celle des juges est de "*juger*", les arbitres peuvent être *récusés* de même que les juges; à moins que la compromis ne leur donne le pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs les arbitres décideront d'après les "*règles du droit*" enfin la sentence est d'après la loi un "*jugement arbitral*" etc¹³.

Cette interprétation faite par Lainé sur la base des termes de la loi et d'autres raisons similaires et qui a été soutenue par une partie des orateurs lors du séminaire de la Fondation pour les Recherches sur le Droit Economique Turc, interprétation contre laquelle nous nous élevons, avait à l'époque conquis la France et avait été considérée suffisante pour attribuer à l'arbitrage la nature d'un "jugement de tribunal".

12) La raison pour laquelle répétons le, nous sommes entraîné d'entamer cette question est que lors du Séminaire envisagé, la nature juridique de l'arbitrage a été examinée également sous l'angle de ce deuxième critère fondamental. Quand à la raison pour laquelle nous exposons la thèse juridictionnelle en prenant comme base la très ancienne vue de Lainé, elle a été exposée en note 18 du présent article.

13) Pour la vue de Lainé, Clunet, 1899, t. 26, No. VII-X.

Mais depuis lors il est passé beaucoup d'eau sous le pont. Cette vue qui date d'environ cent ans et qui a été élaborée plutôt en utilisant les termes de la loi, maintient d'une part sa fraîcheur ainsi que nous le verrons plus loin mais dans le fond n'est plus apte à répondre aux réalités et aux nécessités économiques, sociales et juridiques internes et internationales actuelles, si bien que cette vue qui avait conquis toute la France il y a cent ans, n'a plus aucun partisan et l'on peut voir que en 1980 et 1981 par les deux décrets de réforme qu'elle a adoptés sur le plan de l'arbitrage interne et international la France en effaçant toutes les traces de la thèse juridictionnelle a instauré en arbitrage la souveraineté des nécessités de la théorie contractuelle¹⁴.

Pour démontrer que la vue de Lainé, malgré avoir été soutenue dans le séminaire de la Fondation, a depuis, des années perdu un à un ses partisans il suffit de mentionner la réforme française des années 1980-1981 qui à notre avis sera un modèle pour le monde entier¹⁵. Nous même, il y a de cela des années, avons exprimé que la vue de la notion juridictionnelle de l'arbitrage devait être abandonnée et avons préconisé une nouvelle ère pour cette institution¹⁶.

D'ailleurs il n'est pas nécessaire de recourir à de longs développements pour réfuter la vue du fameux juristes vu les deve-

14) Gérard CORNU : La réforme du droit français de l'arbitrage Rev. Arb. 1980, No. 4 (Décret du 14 Mai 1980); Philippe FOUCHARD : La réforme de l'arbitrage international en France, Rev. Arb. 1981, no. 4 (Décret du 12 Mai 1981); Voir aussi : Jean ROBERT : La législation nouvelle sur l'arbitrage, Recueil Dalloz - Sirey, 25 Juin 1980. De même FOUCHARD : Le nouveau droit français de l'arbitrage, Rev. de droit Int. et Comp. 1982, p. 29 s. et le même auteur, "L'arbitrage international en France d'après le décret du 12 Mai 1981 (Journal du droit International, 1982, No. 2). Voir encore W. Lawrence CRAIG, William W. PARK, Jean POULSON, French Codification of a legal Framework for international commercial Arbitration (Practice and Procedure of International Chamber of Commerce Arbitration 1982, Paris).

15) Voir plus haut note 14.

16) Voir nos études citées plus haut No. 2, étude de 1951, p. 172 et s. et étude de 1958, p. 80 et s. et 108 et s.

loppements de l'arbitrage dans les dernières années et par rapport au droit comparé actuel. Il suffit de présenter un ou deux arguments dont le nombre peut être augmenté et qui se basent justement sur des études de droit comparé. Par exemple;

a) selon le droit turc les arbitres peuvent de tout temps se prononcer sans prendre en considération ni la loi applicable au fond du litige ni la procédure. Alors qu'il est impossible d'imaginer que les juges puissent faire la même chose.

b) En droit turc et d'ailleurs d'après le droit des pays civilisés les juges doivent absolument indiquer les motifs de leurs jugements. Le contrôle en Turquie par exemple de la part de la Cour de Cassation n'est possible que si les motifs sont connus. Or comme pour beaucoup de pays chez nous aussi il ne se présente aucun obstacle à ce que les arbitres prononcent une sentence non-motivée.

c) Il est nécessaire que les jugements des tribunaux puissent être contrôlés et révisés du point de vue de leur conformité à la loi, à la suite de quoi les jugements peuvent être annulée *en vue d'un nouvel examen* sur tel et tel point. Alors que, dans notre droit, comme dans beaucoup d'autres droits d'ailleurs il n'est pas question de la révision des sentences arbitrales, il n'est question que d'annulation absolue basée sur le fait que : les délais, les limites et certaines conditions semblables prévues par la convention arbitrale n'ont pas été prises en considération. Or on sait que cette catégorie d'annulation ne concerne pas les jugements mais les contrats. C'est ce qu'exprime le fameux adage "les voies de nullité n'ont lieu contre les jugements". Tous ces arguments (comme nous l'avons exprimé d'ailleurs dans le séminaire de la Fondation) réfutent la vue selon laquelle l'arbitrage serait de nature juridictionnelle et nous rapprochent de la théorie contractuelle¹⁷. Ajoutons que si dans cette théorie il était possible de se contenter de comparer l'arbitrage à une fonction juridictionnelle "d'ordre privé", si cette fonction n'avait pas été envisagée comme une fonction publique identique à celle qu'exercent les tribunaux, en raison des

17) BRACHET : De l'exécution internationale des sentences arbitrales, Paris 1928, p. 79.

causes que nous exposons plus loin, cette vue aurait été conforme aux nécessités de l'heure actuelle et à la doctrine et à la jurisprudence moderne et aurait ainsi maintenu sa validité. Toutefois il est possible aussi d'émettre à l'égard de la vue du grand juriste Merlin, que l'on peut considérer comme un des pionniers en France de la théorie contractuelle, des critiques (dont certaines ne surgissent qu'aujourd'hui) parallèles à celles qui ont été émises à l'égard de la vue de Lainé¹⁸.

En effet quiconque a été l'adversaire de la vue de Lainé a considéré que l'arbitrage était un contrat dans toute l'extension du terme, et n'a pas envisagé (certainement pour des raisons afférentes aux dispositions du Code de Procédure Civile Française) la différence qui se présentait là entre la force juridique et la nature juridique de l'arbitrage, alors que les vues actuelles envisagent l'arbitrage comme contractuel selon sa force et sa base juridique mais comme judiciaire selon sa nature¹⁹.

Il serait bien juste selon nous de prendre en considération la vue selon laquelle l'arbitrage est juridictionnel par sa nature mais contractuel par sa force, vue que peut-être nous avons été parmi les premiers à édifier dans nos diverses études, et qui constitue actuellement l'idée moderne de l'arbitrage telle qu'elle est soutenue sur le plan du droit international par beaucoup d'auteurs. En effet il ne serait pas erroné de conclure que l'arbitrage est à côté de

18) **Répetons** la raison pour laquelle dans cette étude nous exposons la vue de Lainé en tant que défenseur de la thèse juridictionnelle réside **uniquement en ce que lors du séminaire la thèse juridictionnelle ait été soutenue sur la base des principes avancés par cet auteur** et seulement pour la raison de combler la lacune surgissant du fait que pendant le séminaire la question n'a pas été suffisamment débattue. Car sans aucun doute la défense de la thèse selon laquelle l'arbitrage serait de nature juridictionnelle a été faite depuis lors en des formes et des arguments plus convaincants et plus conformes au développement du droit et aux conceptions modernes de cette institution et sous des aspects plus actuels, pourtant quand même, selon nous, voués à échouer.

19) MERLIN: De l'exécution internationale des sentences arbitrales, Clunet, 1899, p. 652.

la justice étatique ou publique une institution judiciaire aussi importante que celle-ci mais autonome et de nature privée^{19a}.

La conclusion à laquelle on aboutit généralement aujourd'hui est que l'arbitrage doit être envisagé, non pas en prenant les relations qui le constituent une à une mais dans son ensemble. Nous sommes conduits également à la même conclusion par l'étude de l'arbitrage non pas sous l'optique de la législation d'un seul pays mais sous celle du droit comparé en prenant en considération les législations de différents pays. C'est également la conclusion à laquelle aboutit une appréciation faite non pas seulement sous l'angle du droit interne mais aussi sous celui du droit international privé.

En résumé grâce aux recherches faites conformément aux nouvelles méthodes il convient que nous considérions l'arbitrage comme une institution qui se base sur la volonté des parties et qui prend place ne fût-ce à titre privé à côté de la justice publique avec une force et une valeur égale et que nous résolvions les problèmes concernant cette institution en envisageant ces considérations²⁰.

*
**

-
- 19a) KORAL: "İç Hukukumuzda Tahkim" (L'arbitrage dans notre droit interne), IHFM. (Rev. de la Fac. de Droit d'Ist.), année 1947, p. 1049 et s. et encore "Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim" (L'arbitrage dans notre nouveau et dans notre ancien droit), même Rev. 1947, s. 208. v. **Fouchard**, Le juge et l'arbitrage, Colloque, Rapport général, Rev. arb. 1980, p. 416 ss.
- 20) Voir dans cet ordre d'idées: KLEIN: Considération sur l'arbitrage en droit international privé; de la nature juridique de l'arbitrage, p. 181-204. **Même auteur**: "Autonomie de la volonté et arbitrage" Rev. Crit. 1958, p. 256 et s.; encore du **même auteur**: "Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire", Revue de l'arbitrage 1961, p. 48 et s.; **FOUCHARD**: L'arbitrage commercial international, Paris 1965 (Chapitre concernant la notion d'arbitrage commercial international, p. 1-50); **même auteur**, Le juge et l'arbitrage Xème colloque des Instituts d'études Judiciaires, Rapport général, Rev. Arb. 1980, No. 2; **GOLDMAN**, Dalloz, Répertoire de droit international 1968, Arbitrage (droit international privé, p. 112-138), **même auteur**: "Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de

Quand à nous qui avons dès les premiers jours considéré l'arbitrage comme une institution de justice privée de plus en plus indépendante de la justice publique, nous avons avancé dans nos premières études que des qualificatifs ressortissants au droit public tels que l'autorité de la chose jugée, la force exécutoire ou le caractère définitif ne modifiaient nullement l'essence de cette institution qui consistait à être une "justice privée" et nous avons également avancé que sur le terrain du droit international privé ou particulièrement s'exerce l'arbitrage c'est à dire quand il s'agit de l'exécution de sentences arbitrales soit étrangères, (soit internationales ou supranationales), la prise en considération du carac-

droit privé", Rec. des Cours, La Haye 1963 et surtout Ch. N. FRAGISTAS: "Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé", Rev. Crit. 1960. Tout en trouvant conforme le résultat auquel aboutit M. Fragistas dans son brillant article qui attire l'attention sur le fait que l'arbitrage est une institution de justice de nature particulière basée sur la volonté de deux parties nous voulons exprimer qu'en raison des principes faciles à comprendre se trouvant à la base de notre article, nous ne partageons pas certaines de ses vues, par exemple celle selon laquelle la relation principale en arbitrage serait non pas la convention arbitrale mais la sentence arbitrale. La vue de cet auteur à laquelle nous ne nous rallions par est exprimée comme suit: "D'autre part le point essentiel dans l'arbitrage n'est pas la convention d'arbitrage mais la sentence arbitrale qui est de nature judiciaire. La sentence arbitrale est l'acte principal de l'institution, celui qui réalise son but, à savoir le règlement du différent. La convention d'arbitrage est un acte préparatoire de ce règlement et l'acte principal de l'institution ne peut pas être considéré comme un accessoire ou une projection de l'acte préparatoire".

Malgré tout on se rend compte que M. Fragistas n'est pas complètement satisfait de cette ascertainment, car il termine par cette phrase son exposé cité plus haut: "toutefois il n'est pas permis d'exagerer la portée pratique de l'une ou de l'autre de ces constructions, la solution des questions pratiques dans le cadre international doit être déduite de considérations elles mêmes pratiques plutôt que de constructions dogmatiques" (art. cit. Rec. Cri. 1960, p. 3). Balladore PALLIERI: "L'arbitrage privé dans les rapports internationaux", Rec. Cours, La Haye 1935, t. I, p. 291 et s. et p. 301 et s.

tère et de l'essence ressortissants au droit privé que présente l'arbitrage était nécessaire²¹.

Nous pouvons exprimer sans être taxé d'exagération que la conception moderne de l'arbitrage a rejoint cette vue, que les juristes français à qui revient l'honneur du critère basé sur l'antinomie (juridictionnel - contractuel) et les auteurs qui partagent leur vue se sont ralliés à cette évolution de leur concepts, c'est à dire qu'ils ont admis que l'arbitrage ne devait pas être traité en considération des qualificatifs de droit public surajoutés mais devait être traité en tant qu'institution de "justice privée" prenant sa place à côté de la justice publique. Les Français qui au début étaient les champions du critère où s'affrontaient les thèses de la nature soit juridictionnelle de l'arbitrage ont par la suite rattaché cette institution à la notion de "justice privée" et l'ont élaborée comme une institution judiciaire autonome et ressortissant au droit privé. Cette vue est conforme à l'idée que nous avons soutenue de tous temps idée selon laquelle l'arbitrage était une institution contractuelle de par sa force et judiciaire de par sa nature^{21a} (v. *Fouchard*, Le juge et l'arbitrage, Rev. Arb. 1980 (N. 2).

21) KORAL, notre étude parue en turc citée à la note 2, *IHF*M. 1951, p. 179-190 et à la même note notre étude parue en turc datée de 1958, p. 66-75. A cette occasion revoir la brillante étude du Prof. FRAGISTAS, citée dans la note, No. 20, parue en 1960. Nous nous réservons le droit d'exprimer notre pensée au sujet du contenu des art. 1040 du Code de Procédure Allemand et 1500 du nouveau Code de Procédure Civile Français.

21a) Parmi anciens et nouveaux auteurs qui, sans être nécessairement tous d'avis identique, soutiennent la **théorie contractuelle** contre la théorie juridictionnelle, ou tout au moins la considèrent avec indulgence ou qui font, en fin de compte, reposer l'arbitrage sur le contrat nous pouvons citer: Merlin, Weiss, Foelix, Aubry et Rau, Bartin, Lerebours - Pigeonnière, Belgesay, Koral, Salem, Sabri Şakir Ansay, Berki, Erkuyumcu, Klein, Kalpsüz, Balladore Pallieri, Nomer, Tekinalp, Minoli, Domke, Robert, Carabiber, Kopelmanas, Eiseman, Fouchard, Sanders, Glossner, Coulson, Motoulsky, Mezger, Loussouarn, Bredin et quantité d'autres auteurs. Aujourd'hui la liste de ceux qui se rallient ouvertement ou tacitement à la théorie contractuelle est interminable. Et même on peut se rendre compte par les conclusions auxquelles ils aboutissent dans leurs écrits que de

A l'heure actuelle selon une conception qui gagne de plus en plus du terrain, le pouvoir de créer du droit ne réside plus exclusive-

nombreux auteurs, sans faire allusion à la controverse entre les théories contractuelle et juridictionnelle, sont en faveur de la théorie contractuelle. Parmi ces derniers citons les auteurs mentionnés plus bas à la note, No. 23. En effet il nous faut admettre que ces auteurs qui se montrent avancés jusqu'au point d'adopter la "lex mercatoria" doivent certainement être considérés avoir admis que l'arbitrage ait une base contractuelle.

En bref, l'arbitrage international qui aujourd'hui ne se développe que grâce à son caractère contractuel, que grâce à la liberté contractuelle et aussi, d'après un point de vue, que grâce aux règles juridiques qui ne sont soumises à la loi d'aucun pays et qui font sentir leur présence dans le monde du commerce est redevable du grand développement qu'il a réalisé au fait qu'à la base de cette institution se trouve le principe contractuel.

Plus haut nous avons énoncé les noms de ceux des auteurs Turcs qui avaient foi en la théorie contractuelle. Par contre parmi les partisans de la théorie juridictionnelle, nous pouvons toujours trouver des juristes distingués tel que les professeurs Postacıoğlu, Baki Kuru et Üstündag. En tant que juristes étrangers fameux qui partageant la même vue on peut citer le professeur Sauser Hall et Arminjon.

Quand aux auteurs turcs récents étudiés par nous citons : le Professeur Erdoğan GÖKER qui sans l'exprimer ouvertement semble préférer la théorie contractuelle en matière d'arbitrage international : Devletler Hususî Hukuku, Ankara, (Droit International Privé, Ankara), 1975, p. 360; le Professeur Yılmaz ALTUĞ, dont l'ouvrage : Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi, (La compétence judiciaire en droit international privé), Istanbul 1970, p. 167-168, indique sa préférence pour la théorie juridictionnelle. Mme. le Professeur Gülören TEKİNALP a soutenu la même thèse que le professeur Altug au cours du séminaire. Dans son ouvrage Milletlerarası Özel Hukuk (Droit International Privé), Istanbul 1981, p. 273 Mme le professeur Tekinalp n'indique pas la thèse à laquelle elle se rallie, tout en avançant qu'il convient d'envisager séparément la convention arbitrale (qui d'après elle est plutôt de caractère contractuel) de la sentence arbitrale et du problème de leur exécution. Mme. Tekinalp tout en n'ayant pas pris une position ferme dans son livre au sujet de la nature de l'arbitrage semble s'être basée lors des débats au cour du dit séminaire sur les principes

ment dans l'État. Tant en droit matériel qu'en droit procédural le rôle de la volonté des individus dans la création de règles juridiques de droit privé augmente et influe sur le comportement du législateur. Ce même pouvoir se manifeste sur le terrain de la justice privée c'est à dire sur le terrain de l'arbitrage²².

Aujourd'hui, les moyens de coercition dont jouissent les diverses institutions nationales ou internationales d'arbitrages pour réaliser les exigences de celui-ci sans qu'il soit besoin de s'adresser au moyens coercitifs de l'État, l'influence efficace que ces institutions exercent sur les gouvernements pour la conclusion de con-

émis par le Prof. Lainé dont nous avons fait mention.

Quand au Prof. Agrégé Dr. Ata SAKMAR, dans son ouvrage nommé "Yabancı İllamların Türkiye'deki Sonuçları" (Les Effets en Turquie des Jugements étrangers), Istanbul 1982, p. 26 et s.; après avoir cité trois théories au sujet de la nature de l'arbitrage c'est à dire: la nature **contractuelle**, la nature **juridictionnelle** (le droit public) et la nature **mixte**, a soutenu la thèse selon laquelle la nature de l'arbitrage était mixte c'est à dire qui tenait et du privé et du public.

Avant de terminer l'examen de ce sujet nous tenons à rappeler, qu'en général ainsi que nous l'avons exposé auparavant, qu'aujourd'hui dans la littérature juridique des pays avancés en matière d'arbitrage le problème en question n'est plus traité qu'indirectement. Ce problème a été repris par nous dans cet article non seulement par le fait que le séminaire cité plus haut se soit fourvoyé dans une impasse et dans le but d'y apporter une certaine clarté mais aussi en même temps à cause de la contradiction qui continue toujours à exister entre une partie de la doctrine et la jurisprudence turque. Jurisprudence qui elle même adopte, quelquefois des critères pour la solution des questions de l'arbitrage qui paraissent incompatibles l'un avec l'autre. (Voir à cette occasion nos articles sous note n. 8). En outre il ne faut pas oublier qu'à la base de beaucoup de questions concernant l'arbitrage se trouve le problème de la nature de celui-ci et que ce problème une fois résolu la solution de beaucoup d'autres questions s'en trouve facilitée.

- 22) KLEIN, *Considérations*, p. 185-186 et cité par le même auteur O.A. GERMANN: *Imperative und autonome Rechtsauffassung, Methodische Grundfragen*, 1946, p. 23 et s. et encore BLOMEYER, *Beitrage zum zivilprozess* (Mélanges en l'Honneur du 70^{me} anniversaire de Leo Rosenberg) et enfin PALLIERI, *op. cit.*, p. 299.

ventions internationales d'arbitrage, enfin la *lex mercatoria* à la naissance et à l'extension de laquelle l'arbitrage a donné lieu sur le plan international, étant donné comme on le sait, que cette institution était celle à laquelle on s'adressait depuis des années pour régler les litiges internationaux; cette *lex mercatoria* qui sans être sujette à la législation d'aucun Etat comprend des règles internationales de droit materiel et procédural toutes nouvelles qui s'affirment dans les relations internationales du commerce de l'industrie ou de la construction, tout cela (moyens de coercition, influence dans l'élaboration des conventions, et *lex mercatoria*) prouve que l'arbitrage se développe en tant qu'institution autonome et qu'il s'impose comme une *nouvelle règle juridique* sur le terrain du droit²³.

23) Voir au sujet des partisans de la *lex mercatoria* B. GOLDMAN, Répertoire, No. 41, 45, 187, 195, 227, 265. FOUCHARD, L'arbitrage Commercial International, No. 508, 517, 576, 586, 756; surtout FRAGISTAS, article cité, p. 15 et s. Il est à remarquer que l'auteur tout en ayant dit dans son article précité que: "C'est dans cette règle, **donc dans la loi** que la volonté individuelle puise le pouvoir de déterminer le droit ... applicable à l'affaire, **la suprématie de la loi** par rapport à la volonté individuelle reste donc intacte" et en ayant ajouté plus bas "nous abordons maintenant une autre question encore plus grave. Les parties peuvent-elles **détacher** l'arbitrage international **de tout ordre juridique étatique** et lui donner un caractère supranational? ... si l'on détache l'arbitrage de tout droit étatique, il faut le soumettre à un autre ordre juridique quelconque, l'arbitrage supranational ne peut être suspendu en l'air".

L'auteur conclut son exposé au sujet du droit supranational qui se développe en connexion avec les relations du commerce privé international, par exemple les contrats en général ou les sociétés internationales, enfin les relations arbitrales, en ajoutant quand même ceci: "Malgré ces difficultés je pense que l'arbitrage privé supranational est un fait social, une réalité **que l'on ne peut méconnaître**". Voir dans ce sens ou d'une acceptation limitée ou nuancée pourtant assez accentuée de la *lex mercatoria* P. LALIVE, diff. articles dans: Rev. Arb. 1976, No. 3, p. 155; Pub. Instit. Univ. hautes études int., Genève 1977, s. 387; Rassegna Arb. 1977, No. 1, p. 1.

Voir en outre A. PANCHAUD, Le siège de l'arbitrage inter. en dr. privé, Rev. Arb. 1966; à ce sujet aussi R. DA-

Aujourd'hui, il convient de se montrer perplexe sur le bien fondé d'une ascertainment selon laquelle en dépit de ces réalités qui apparaissent sur le terrain du droit international privé et qui s'imposent de plus en plus, l'arbitrage national et international prendrait encore sa source de l'ordre juridique procédural se trouvant sous le monopole de l'Etat et pour cette raison constituerait une institution ressortissant au droit public avec la conséquence que les arbitres tout comme les juges remplissaient une fonction publique.

VID, Arb. inter. ou arbit. étranger (Fests. für H.G. Ficker, p. 126). L'imminent juriste qui peut-être considéré comme l'un des précurseurs d'un nouveau droit matériel commercial International écrit à ce propos dans les termes suivants : "des règles de fond autres que les règles de droit interne... sont nécessaires au juge français pour résoudre le problème qui lui est posé. Et ces règles ne peuvent pas être les mêmes règles que l'on applique dans le cas des arbitrages ayant trait à des apports internes français. A différents égards le juge français pourra chercher la solution dans une loi étrangère; mais à d'autres égards il appliquera les règles de la loi française **ou des règles originales jugées appropriées à la situation.**"

D'autre part en ce qui concerne notre point de vue au sujet du droit "anational" ou "supranational" ou "neo lex mercatoria" qui se développe nouvellement, voir KORAL, "La nationalité de l'arbitrage et la critique de l'arrêt de 1976 de la XV^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation, ouvrage cité, 1979, p. 461, 466, 470 et les notes concernant ces pages.

Pour les plus récents ouvrages et publications concernant le droit anational ou supranational voir Julian D.M. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York 1978. Dans l'ouvrage intitulé **Le Droit des Relations économiques internationales** (Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris, 1982) : FOUCHARD, Les usages, l'arbitre et le juge; Yves DERAIS, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrage internationale; Philippe KAHN, *Droit International Economique, Droit du développement, Lex Mercatoria, concept unique ou pluraliste des ordres juridiques*. Paul LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, Arthur TAYLOR, *To what extent is international commercial arbitration autonomous?* François RIGAUX, *Souveraineté des Etats et arbitrage transnational*, Michel VIRALLY, *Un tiers droit? Reflexions théoriques et se référer aux autres articles concernant ce sujet.*

En effet particulièrement ces dernières années, dans les arbitrages dont le nombre s'accroît de plus en plus et qui se déroulent selon le règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce inter. siégeant à Paris on assiste parfois à ce fait qu'au lieu d'appliquer la loi que les règles de conflit de lois classiques connues jusqu'à aujourd'hui considèrent compétente, cette méthode classique se trouve écartée et on applique des règles juridiques de nature "anationale" ou "supranationales" qui se généralisent par leur continuel usage, sur les plans de l'arbitrage privé international et du droit commercial international et on peut donc dire qu'un ordre de *neo-lex mercatoria* s'institue pour la solution des litiges qui surviennent.

Il est évident que cet ordre qui s'élabore au sein de la CCI par la pratique du droit international privé n'a rien à avoir avec le droit public.

Face à ces réalités et en dépit de leurs implications dire encore que le droit procédural ressortit au droit public, que la compétence juridictionnelle est sous le monopole de l'Etat que par conséquent l'arbitrage départit l'Etat de cette compétence et que donc l'arbitrage doit être considéré de droit public et aboutir à la conclusion que la fonction de l'arbitre est de même nature de celle du juge institué par l'Etat, revient à dénier une institution toute nouvelle qui se base en droit interne et en droit international sur la volonté des parties et qui surtout ces dernières années se développe selon les principes de l'autonomie absolue de la volonté sur le terrain international. En effet les nouveaux développements indiquent qu'un tout nouvel ordonnancement du droit international privé prend naissance et qu'il se fait admettre par diverses voies dans la vie commerciale et économique interne et internationale moderne²⁴.

En résumé il est indubitable qu'un arbitrage se développe fruit d'une activité judiciaire privée non du droit public mais de l'ordonnancement privé, et se base sur l'accord des volontés des parties, qui existe parallèlement à la justice publique, qui présente la même importance que cette dernière mais qui se s'en

24) Se référer aux ouvrages et articles mentionnés à la note, No. 23.

sépare quand à sa nature. Ici il faut avouer que l'arbitrage est une fonction judiciaire comme celle du juge institué par l'Etat, que l'arbitre appliquant le droit ou tâchant de résoudre le différend comme amiable compositeur a en définitive pour mission de réaliser *le droit et la justice*.

Enfin il faut admettre que ce pouvoir de juger qu'acquiert l'arbitrage ne repose pas sur le droit public mais sur le contrat, qu'il prend sa force du contrat, que les vues actuelles présentent un adoucissement dans l'idée que l'Etat serait dans la société la source unique de toutes lois, de tout ordre ainsi que de toutes les forces et puissances, de même qu'il convient aussi d'admettre que de nouvelles vues se développent dans le sens qu'au sujet de création du droit et de l'usage et du droit de juger, les individus jouent un rôle à côté de l'Etat et que ce rôle acquiert de plus en plus une nature autonome²⁵.

En résumé il ne faut jamais oublier que du point de vue fonctionnel l'arbitrage consiste en une fonction juridictionnelle mais que du point de vue de sa force il est issue d'une base contractuelle et qu'il tient son existence de la volonté des parties, et que sous cet angle il est différent de la justice publique.

Dans les jugements des tribunaux la force exécutoire existe ipso jure dès leur prononcé, car les jugements des tribunaux sont l'expression de la puissance publique. Alors que dans l'arbitrage qui est lui de nature contractuelle les sentences rendues par les arbitres ne présentent jamais par elles - même une force de coercition ou une possibilité d'exécution forcée. Il faut que la juridiction étatique se les approprie et leur accorde par la suite cette force. Tous ces éléments mettent en évidence que la fonction arbitrale

25) A ce sujet en plus de ce qui a été cité dans les notes plus haut, voir Georges R. DELAUME: State contracts and transnational arbitration, *The American Journal of International Law*, vol. 75, 1981; Lazare KOPELMANAS: International Conventions and Standard contracts as means of escaping from the application of Municipal Law, *The Sources of the Law of International Trade*, Schmitthoff, London 1964; Jan POULSON, Arbitration unbound, award detached from the law of it's country of origin, Schmitthoff, New York 1982.

est de nature judiciaire (visant à la justice) mais qu'elle constitue une institution de droit privé reposant sur une relation contractuelle²⁶.

Le fait qu'en Turquie l'arbitrage ne soit pas sujet à appel mais uniquement à un contrôle aboutissant à une annulation de la part de la Cour de Cassation, est un fait qui renforce cette évidence. Le fait que chez nous l'arbitrage ne soit pas sujet à appel ni à une révision de la part de la juridiction étatique, que par conséquent la justice publique et la justice arbitrale ne peuvent s'intégrer est un autre élément que l'on peut présenter en Turquie en faveur de la thèse du caractère contractuel de l'arbitrage.

En prenant l'arbitrage dans son ensemble en l'envisageant sous l'angle du droit comparé, et avec une juste évaluation des critères utilisés en vue de la détermination de sa nature, on s'aperçoit facilement qu'il débute par un contrat mais que par la suite il ne se limite pas à être un contrat et qu'il se transforme en une institution de justice privée. Le fait que l'arbitrage se base dans son essence sur un contrat n'implique pas que tant du point de vue force que du point de vue nature il doive rester dans les limites contractuelles. En effet bien que restant dans les limites contractuelles quand à la force, il les déborde du point de vue de sa nature²⁷.

En résumé on voit que l'arbitrage envisagé selon les données citées plus haut constitue un ordre judiciaire tout comme celui des tribunaux étatiques mais avec cette différence que cet ordre est celui d'un jugement privé, c'est un *ordo judiciorum privatorum*.

La pensée juridique moderne, tout en admettant que cette relation repose sur une base contractuelle, empêche quand même qu'elle soit considérée jusqu'au bout comme consistant uniquement en un contrat²⁸.

En effet il convient d'insister sur le fait que l'arbitrage n'est pas seulement une relation basée sur l'accord des parties et dont

26) KORAL, voir nos articles cités aux notes 2 et 19, voir aussi les auteurs cités à la note 21a.

27) Voir nos articles cités aux notes 2 et 19.

28) KORAL, Rev. de la Fac. de Droit d'Istanbul, (IHFM.), 1951, p. 178. v. aussi Fouchard, art. cit. N. 19a.

le contenu et la nature restent emprisonnés dans les limites de cette relation. Il ne faut pas entrevoir la question comme un simple acte selon lequel, en signant un compromis ou en incluant une clause compromissoire à leur contrat, les parties s'engageraient à substituer la volonté de l'arbitre à la leur. Par cet acte les parties abandonnent la solution de leur conflit à une tierce personne en prévoyant de suivre sa décision impartiale à ce sujet et en s'engageant à accepter d'adopter le comportement que ce tiers trouvera juste.

C'est en ce sens que l'arbitrage ressemble à la justice étatique mais qu'il s'en sépare en ce que c'est une institution de justice privée qui se développe sur le champ du droit privé et qui acquiert chaque jour encore plus son indépendance en rompant de plus en plus son lien à la justice étatique tant sous l'angle du contrôle que sous celui du soutien de cette dernière²⁹.

Aujourd'hui, cela ne fait aucun doute que l'arbitrage en s'étendant démesurément par rapport au passé rempli des nouvelles phases de la vie juridique et économique nationale et internationale et acquiert une nature qui lui fait de par son importance, concurrencer la justice étatique.

On peut se rendre compte du fait que l'arbitrage gagne de plus en plus son indépendance face à la justice étatique et qu'il est une institution en plein développement du fait que les Etats se sentent dans l'obligation de renouveler continuellement leur législation à son sujet.

Par exemple la France ayant renouvelé par les réformes des années 1980 et 1981 sa législation sur l'arbitrage a sans aucun doute rendu hommage à la nature privée à l'autonomie et au développement tant national qu'international de cette institution. La Turquie a de même sur le plan de l'exécution des sentences arbitrales internationales adopté des dispositions indiquant l'autonomie de l'arbitrage face aux jugements des tribunaux. Autrefois

29) KORAL, (Mélanges in l'Honneur du Prof. E. Hirsch), 1977, p. 177 et s.; du même auteur, (Mélanges à la mémoire de Hifzi Timur), 1979, p. 441 et s.

tant en France qu'en Turquie la question de l'exécution des sentences arbitrale étrangères se résolvait non pas par l'adoption de nouvelles dispositions légales conformes à la nature de l'arbitrage, mais en assimilant les sentences arbitrales tantôt à des sentences arbitrales nationales tantôt à des contrat tantôt enfin à des jugements de tribunaux et en utilisant les dispositions déjà existantes concernant ces institutions.

Alors qu'aujourd'hui la situation a complètement changé. Les recherches de droit comparé démontrent que dans de nombreux pays et entre autres en France et partiellement en Turquie les matières concernant l'arbitrage sont règlementées par des dispositions tout à fait indépendantes qui différent de celles concernant d'autres institutions et qui sont conformes à la spécificité de l'arbitrage.

En effet la Turquie qui auparavant assimilait les sentences arbitrales étrangères à des jugements de Tribunaux étrangers se trouve maintenant avoir adopté avec la loi No. 2675 du 20 Mai 1982 des dispositions spéciales pour l'exécution en Turquie des sentences arbitrales étrangères en prenant par principe en considération la nature privée et autonome ainsi que le caractère de justice privée de cette institution^{30 31}.

30) Pour notre critique concernant la nouvelle loi voir, KORAL, La nouvelle loi sur le droit international privée la procédure internationale et le principe de la réciprocité dans l'arbitrage, publié, en Turc dans le Bulletin de Droit International et de Droit International Privé, Istanbul, No. 1, 1982, p. 1 et s. et en français dans la Revue de l'arbitrage, Paris 1983, no. 3.

Pour confirmer la nécessité soutenue dans notre présent article de **l'indépendance de l'arbitrage** à l'égard de la justice publique, voir en plus de ceux précités: DAVID, Arbitrage du XIXe et arbitrage du XXe siècle (Mélanges offerts à René Savatier), 1965, p. 210 et s.; Fouchard, art. cit. à 19a.

D'autre part pour confirmer **la méthode comparative** dont au début du présent article nous avons préconisé l'application du point de vue de la détermination de la nature juridique de l'arbitrage voir DAVID, Arbitrage et droit comparé (extrait de la Revue Internationale de Droit Comparé 1959, No. 1); de même DAVID, Le concept d'arbitrage privé et les conventions

internationales (Etudes juridiques offertes à Juliot de la Morandière), Paris 1964, p. 14) et s.

De même qu'il se présente des similitudes entre la notion, que nous avons mentionnée plus haut et à la note No. 23, d'ordre juridique international c'est à dire: de "retour à l'idée de droit international", de résurrection de l'idée de **jus gentium**", d'existence d'un "ordre juridique international" qui doit s'appliquer à l'arbitrage du Professeur **René David**, et la notion d'ordre juridique qui dérive du "droit (public) international", qui devrait contenir des solutions de droit international privées "supranationales" sur lesquelles le professeur **FRAGISTAS** base son régime de l'arbitrage international, il est également possible d'avancer que les points de vue des deux auteurs se rapprochent par le fait qu'ils ne peuvent envisager un arbitrage **non soumis à quelque ordre juridique supérieur** et dans laquelle les sentences arbitrales internationales se trouvent en état pour ainsi dire flottant.

Toutefois on comprend que sous l'angle que nous envisageons il y ait une différence entre la notion d'arbitrage international de caractère anational ou supranational que l'on qualifie aussi comme **lex mercatoria** que Messr. Les Professeurs Goldman et Fouchard ont soutenu et celle soumise à une loi ou à une règle supérieures préconisées par Messr. David et Fragistas (v. **GOLDMAN**, Répertoire, t. I, Arbitrage; **FOUCHARD**, Arbitrage Commercial International, 1965, p. 16 ss et 303 ss.).

Pour une idée plus limitée voir nuancée de l'arbitrage international de **P. LALIVE** dont nous avons brièvement fait mention au numero 23, voir notamment ses articles (1) Sur la contribution de l'arbitrage au développement d'un droit du Commerce International, pub. Institut Universitaire de hautes études internationales, Genève 1977, p. 399 ss.; (2) Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage, Rassegna dell'arbitrato, 1977, N. I, p. I ss.; (3) Les règles du conflit de lois appliquée au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Rev. de l'arbitrage, 1976, N. 3, p. 178 ss.

*
**

- 31) Principales publications du Prof. Rabi Koral sur l'arbitrage:
I. L'Arbitrage Dans L'Ancien et Le Nouveau Droit Turc (Revue Fac. Droit, Istanbul, Vol. 13, 1947). II. L'Arbitrage Dans Le Droit Interne Turc (Revue Fac. Droit, Istanbul, Vol. 13, No. 3, 1947). III. L'Arbitrage Dans Le Droit International Privé Turc (Receuil à l'honneur du Prof. Muammer Rasit Sevig, Istan-

bul 1956). IV. L'Execution Des Sentences, Arbitrales Etrangeres En Turquie, I (Revue Fac. Droit, Ist. V. I, 17, 1951). V. L'Exécution Des Sentences Arbitrales Etrangeres En Turquie, Vol. II, Istanbul 1958. VI. La Conference Le New York Et La Convention du 10 Juin 1958 Sur L'Exécution Des Sentences Arbitrales Etrangeres (Revue Fac. Droit, Vol. 24, 1961). VII. La Conférence de Genève et La Convention du 21 Avril 1961, Sur L'Arbitrage Commercial International (Revue Fac. Droit, Vol. XXX, 1965). VIII. Le Reglement Pacifique Des Conflits Collectifs de Travail En Droit Turc et Français. En Français, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, No. 21-22, 1965, Istanbul 1965). IX. Le Systeme Turc D'execution Des Sentences Arbitrales Etrangères (IV. Semaine de Droit Commercial et Bancaire, Ankara 1965, p. 473 et s.). X. The Creation of Arbitration Center Within The Frame of The World Peace Throught Law Center (World Peace Through Law, The Geneva World Conference, 1969, p. 293). XI. Notion De Sentences Arbitrales Etrangeres Dans Le Droit Turc Et Critere de L'Arret de La Cour de Cassation de 1951 Toutes Chambres Reunies. Revue Fac. Droit 42, 1979, en français: Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Volumes 1976-77-78, Nos. 40-41-42. XII. The Structure and Rules of The Ecafe Center For Commercial Arbitration, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, en anglais, Annales FDI, Vol. 1977-78, No. 41. XIII. La Nationalite de L'Arbitrage et La Critique de L'Arret de 1976 de La XV Chambre Civile de la Cour de Cassation Turque (Recueil en l'honneur du Prof. Dr. Hıfzı Timur, Istanbul 1979), (Traduc. en français, Annales Fac. Droit, N. 44). XIV. L'Action En Execution Dans L'Arbitrage International Et Projet de Loi Sur Le Droit International Privé de Procedure (Recueil en l'honneur de Prof. Timur, Istanbul 1979). (Traduc. en français, Annales 44). XV. La Nouvelle loi Turque sur Le droit international privé et la procédure internationale et le principe de la Réciprocité dans l'arbitrage Bulletin de droit international et des relations internationales, Istanbul 1982, I; Publiée en français Revue de l'arbitrage, 1983, No. 1. XVI. La désignation de la nature juridique de l'arbitrage et la Fondation pour les Recherches du droit économiques turc. RFDI (Rev. Fac. Dr. Ist.), 1982, vol. XLVIII, No. 1-4; en français: Annales, AFDI (Ann. Fac. Dr. Ist.), 1982, Tome XXIX, N. 45.