

ARBITRAGE EN DROIT, ARBITRAGE EN ÉQUITÉ: perspectives historiques

Christophe JUHEL

Maître de conférences, Université de Perpignan

L'expression « modes alternatifs de règlement des conflits » en vogue depuis quelques années et reprise dans l'intitulé de ce colloque est trompeuse. Elle procède d'une vision ethno-centrée moderne et plus spécifiquement occidentale et continentale du règlement des conflits. En effet, le qualificatif « alternatif » est employé par référence au mode de règlement des conflits actuellement privilégié par les sociétés modernes, notamment de la famille romano-germanique: la justice étatique. Or, historiquement, les sociétés traditionnelles les plus anciennes ne connaissaient pas de justice publique mais seulement des modes traditionnels et privés de résolution des litiges pacifiques¹ comme la médiation, la conciliation et l'arbitrage, c'est-à-dire ceux que nous désignons « modes alternatifs de règlement des conflits », ou non pacifiques comme la vengeance privée². Ces procédés étaient mis en œuvre par des autorités reconnues comme des chefs de famille³, de clan ou de village, des prêtres⁴ ou sorciers, des proches tels que des parents et amis, ou des pairs exerçant un même type d'activité professionnelle⁵. Ces

¹ Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1988, pp. 309-310.

² *Ibid.*, pp. 319-332.

³ A Rome, la juridiction domestique a laissé des traces très tardives, notamment en matière d'adultère. Le père surprenant sa fille en flagrant délit d'adultère disposa longtemps du droit de la tuer sur-le-champ, un droit toujours refusé au mari. Voir Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 2006, n° 26.

⁴ Un exemple est fourni par l'arbitrage rabbinique, voir François-Xavier LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. arb.* 2013, n° 1, pp. 57-120.

⁵ Notamment dans la catégorie des commerçants ou marchands. A propos des juridictions consulaires grecques antiques, des foires médiévales et de la France moderne, voir Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, EJA, coll. « Montchrestien », 1989, n° 23, 117-122, 330-347.

sociétés ne connaissaient pas de « droit »⁶ au sens moderne du terme, mais étaient régies par des coutumes ou traditions mêlant les mœurs et la religion. C'est en cela que du point de vue occidental les modes alternatifs de résolution des litiges constituent une double alternative, à la fois à la justice publique et au droit étatique, notamment l'arbitrage qui permet à un simple particulier de trancher un litige au regard de règles et principes juridiques ou non. Il n'en demeure pas moins vrai qu'historiquement l'arbitrage et les autres modes alternatifs de règlement des conflits ont précédé la justice publique et n'ont pas disparu lorsqu'elle s'est développée. D'ailleurs l'arbitrage existe en dehors ou à côté du droit⁷ : il peut coexister et s'articuler avec la justice étatique de même qu'avec la vengeance privée. Dans la mesure où, à l'instar des autres modes alternatifs de règlement des conflits, il représente un formidable processus de pacification, il est tantôt utilisé dans les sociétés modernes pour éviter un procès⁸, tantôt dans les sociétés traditionnelles pour mettre fin à un cycle de violences ou suppléer à la justice traditionnelle⁹.

Toutefois, en dépit de cette antériorité historique, les modes alternatifs de règlement des conflits sont longtemps restés méconnus des Etats occidentaux dont l'avènement correspond, dans les pays de culture juridique romano-germanique, à celui d'un quasi monopole accordé à la justice publique. En France, le culte voué à la loi par les Révolutionnaires, consolidé par la codification napoléonienne et la volonté d'en assurer une application unitaire sur l'ensemble du territoire national à des

⁶ Il s'agit ici du « droit rigoureux », tel que le conçoivent Grotius et Pufendorf (voir *infra*) ; c'est-à-dire le droit émanant principalement de normes de contrainte d'origine étatique. Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Charles EISENMANN, Dalloz, 2^e éd., 1962, 496 p.

⁷ René DAVID, « Arbitrage et droit comparé », *RIDC*, 1959, p. 14.

⁸ Selon l'adage populaire « mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès ». Dans les pays de *common law*, la transaction permet encore de mettre fin à un procès pénal.

⁹ A l'instar des autres MARC.

hommes désormais libres et égaux en droits a favorisé la construction d'un mythe, celui du monopole de la loi et de la justice étatique érigée en service public, réduisant les autres modes de résolution des litiges à la marginalité, voire la confidentialité, si ce n'est dans le cadre judiciaire¹⁰. La réalité est pourtant tout autre.

Dès lors, l'engouement récent dont les modes alternatifs de règlement des conflits sont l'objet chez les praticiens, législateurs et universitaires qui découvrent les vertus de ces procédés¹¹ peut apparaître quelque peu « naïf ». Cependant il s'explique. Ces procédés se sont développés à la faveur de l'accélération de l'internationalisation des échanges, c'est-à-dire de la mondialisation. Depuis les années 1990 ce phénomène, qui touche aussi bien les échanges financiers et mobiliers qu'humains, a conduit des traditions juridiques porteuses de visions différentes de la justice et du droit à entrer en contact, si ce n'est se télescoper, notamment dans le commerce où les hommes d'affaires et praticiens des Etats occidentaux¹² ont les premiers éprouvé les insuffisances des justices étatiques et tenté d'y parer en recourant à des modes privés de résolution des litiges¹³. La candeur du regard porté sur ces procédés par les

¹⁰ A propos de la conciliation devant les juges de paix, voir Roch CARAIL, *Les débuts de la justice de paix à Montpellier (1789-1799)*, Thèse, Droit, Perpignan, 2004, 449 p. ; et *infra* la loi des 16-24 août 1790, notamment dans Carine JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle*, Thèse, Droit, Montpellier I, 2004, 471 p.

¹¹ Alors que la justice publique est sans cesse discréditée du fait de son incapacité à répondre aux attentes des litigants dans de multiples domaines.

¹² Les travaux relatifs à l'arbitrage commercial international sont aujourd'hui très nombreux. Widad BOULEGHLIMAT, *L'arbitrage commercial international dans les pays arabes et les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Thèse, Droit, Paris II, 2014 ; Alma SIGNORILE, *La sentence arbitrale en droit commercial international*, L'Harmattan, 2013, 151 p. ; Nora EL HOUDAIGUI, *Arbitrage commercial international au Maghreb : droit et pratiques*, L'Harmattan, 2012, 550 p. ; Mostefa TRARI-TANI, *L'arbitrage commercial international : avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Lybie, Maroc Mauritanie et Tunisie)*, Bruylant, 2011, 358 p. ; Jean-Baptiste RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, 623 p.

¹³ Même en droit de la consommation ces procédés se développent à l'initiative des professionnels. Voir Eric CAMOUS, *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation, Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements de conflits*, LGDJ, 2002, 551 p.

juristes français s'explique également par les méthodes d'enseignement du droit en France qui reflètent encore trop souvent une vision plutôt passéiste du droit. Les cours professés dans les facultés de droit, dès la première année, insistent sur le sacrosaint principe de séparation des pouvoirs, proclamé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789¹⁴, en vertu duquel le législateur adopte des lois dont le pouvoir exécutif assure l'exécution et que le pouvoir judiciaire sanctionne¹⁵. Les rôles ainsi dévolus aux législateurs et aux juges ne laissent aucune place à d'autres sources de droit ou à d'autres procédés susceptibles de solutionner un litige.

Pourtant, depuis longtemps déjà, anthropologues, comparatistes et historiens du droit refusent d'adhérer à une conception aussi étroite du droit et de la justice. Ils opposent deux types de sociétés au sein desquelles le droit et l'Etat n'occupent pas du tout la même place : d'une part, il existe des sociétés modernes où l'Etat est développé, sécrétant un droit écrit et rigide, toujours plus volumineux dans la mesure où le législateur est très actif et fait évoluer ce droit de plus en plus vite¹⁶, de manière parfois brutale¹⁷, et qu'une structure judiciaire étatique pyramidale met en œuvre ; et d'autre part des sociétés traditionnelles¹⁸ où l'Etat est en retrait parce que des organisations claniques ou tribales, religieuses ou professionnelles, conservent

¹⁴ Son article 16 énonce que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

¹⁵ Les étudiants découvrent les textes de loi, ceux des volumineux codes que leurs professeurs brandissent et consultent, les règlements qui en permettent l'application, et les décisions de justice qui en révèlent l'effectivité pratique.

¹⁶ Le phénomène d'inflation législative est connu pour l'Empire romain tardif, ce dont témoignent les compilations entreprises au IV^e siècle à l'initiative de Théodose II et au VI^e siècle sous le contrôle de Justinien. Il est également aujourd'hui patent en France.

¹⁷ Il lui arrive de heurter les mœurs et les convictions de la population ou d'une partie de celle-ci, notamment lorsqu'il intervient en droit de la famille en matière de mariage, de divorce, de filiation...

¹⁸ Ce qualificatif est actuellement préféré à ceux d'« archaïques » ou « primitives » autrefois utilisés mais ayant acquis une connotation péjorative liée aux théories évolutionnistes développées au XIX^e siècle par les premiers anthropologues et ethnologues. Voir Norbert ROULAND, *op. cit.*, pp. 55-68.

une place centrale et prépondérante et où le droit se compose de coutumes diverses et orales, évoluant lentement, de manière souple¹⁹, appliquées grâce au contrôle social et à une justice traditionnelle exercée par des institutions coutumières ou la vengeance privée lorsque les membres de plusieurs groupes sont en cause. Cette vision est schématique car ces deux descriptions correspondent à deux modèles extrêmes entre lesquels la plupart des sociétés se situent, présentant un profil mixte, à dominante moderne ou traditionnelle. Il en ressort cependant qu'a priori les sociétés modernes semblent évincer la justice privée de leur organisation.

Pourtant, force est de constater que l'arbitrage est un phénomène universel, pratiqué de tous temps et en tous lieux, et sous des formes très diverses, y compris dans les sociétés modernes, d'où la difficulté pour les juristes de lui trouver une définition claire²⁰ et unique. Les définitions données par les législateurs modernes ne sont pas satisfaisantes en ce qu'elles n'embrassent pas l'arbitrage dans toute son ampleur. L'arbitrage se présente en effet sous plusieurs formes susceptibles d'être regroupées en deux grandes catégories : la première est constituée par l'arbitrage en droit, qui repose sur l'application

¹⁹ En suivant les mœurs qui évoluent lentement.

²⁰ En effet, l'arbitrage reste mal distingué des autres MARC que sont la médiation, la conciliation ou la transaction, voire des procédures telles que l'expertise. Cela explique que la plupart des manuels et écrits relatifs à l'arbitrage prennent le soin de préciser les différences existant entre les différents MARC. Cette confusion tient à plusieurs causes. Les MARC sont il est vrai généralement étudiés globalement car ce sont tous des alternatives à la justice publique. De plus, ces procédés sont complémentaires et susceptibles de se combiner. Ainsi les experts peuvent se muer en arbitres lorsque leurs avis diffèrent. C'était le cas en Mésopotamie où en cas de désaccord, les marchands, pouvaient plutôt que de saisir un tribunal public, recourir à des experts pour trancher leur différend. Chacune des parties désignait un expert qui donnait son avis, et en cas de désaccord, ces deux hommes en choisissaient un troisième, tiers arbitre, avec lequel ils formaient un tribunal arbitral tranchant le litige selon les usages et l'équité (Sophie LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000, pp. 557-590). Les experts et arbitres peuvent aussi se confondre dès leur désignation, à l'instar des « experts-arbitres » nommés à l'époque moderne pour résoudre les conflits entre marchands (Jean HILAIRE, *op. cit.* p. 223). Ces modes peuvent également se succéder pour parvenir à un dénouement. Ce qui peut parfois être en contradiction avec la rapidité dont les MARC seraient naturellement dotés.

du droit déterminé, la loi choisie par les parties au litige, ou à défaut de choix la loi qui semble la plus appropriée à l'arbitre ; la seconde consiste dans l'arbitrage en équité, qui vise à s'écarter du droit pour lui préférer d'autres critères de décision que l'on regroupe sous le terme « équité ». Ces deux catégories possèdent une foule de variantes dont l'histoire fournit de multiples exemples. Cette variété est inhérente à la nature non juridique de l'arbitrage. Même si le législateur moderne tend parfois à l'encadrer²¹ et l'instrumentaliser pour le mettre au service du droit, l'équité continue de l'animer. La dualité de l'arbitrage est donc une constante historique depuis que sous l'Antiquité (I) l'équité, fondant les solutions trouvées par de simples particuliers, ayant vu apparaître le droit mis en œuvre par la justice publique ou par des arbitres ; une concurrence qui a perduré sous l'Ancien Régime (II).

I. L'équité de l'arbitrage antique déjà concurrencée par le droit

Au regard des spécificités propres à chacune d'elle, les deux civilisations antiques inspiratrices du droit occidental, grecque (A) et romaine (B), méritent d'être successivement envisagées.

A. Le règne de l'équité dans l'arbitrage grec

En Grèce, les modes alternatifs de règlements des conflits sont, depuis les temps les plus reculés, très développés car pour un bon citoyen la voie la plus honorable n'est pas la voie judiciaire : il est toujours préférable pour lui de trouver un terrain d'entente, au besoin en faisant des concessions avec son adversaire plutôt que de le traîner en justice. La morale sociale lui impose alors d'épuiser toutes les possibilités de résolution extra-judiciaire du litige. Les premiers recours à l'arbitrage

²¹ Christophe JUHEL, « *L'arbitrage commercial international : approche historique d'une pratique aujourd'hui encadrée par la loi* », colloque « La justice négociée en droit économique », Fès, 13-14 juin 2013.

traditionnels sont perceptibles en Grèce archaïque où des arbitres uniques tranchent es méson, littéralement « au milieu », cherchant la solution qui engendrera des pertes et bénéfices égaux pour les deux parties²². De la sorte, une réconciliation doit s'opérer entre les adversaires. Il existe aussi des collèges arbitraux où chaque arbitre doit proposer une solution, et parmi les opinions ainsi formulées est choisie « la plus droite » pour servir de sentence. Il s'agit sans doute de celle tenant compte des intérêts des deux parties et qui ménage au mieux les rapports entre les deux groupes sociaux des litigants²³. Ainsi, aucune des parties n'est anéantie par la décision arbitrale porteuse d'une solution « équitable ».

A l'époque classique²⁴ se développe un arbitrage public²⁵. En effet, aux Ve et IVe siècles, l'Etat règlemente et favorise cette institution en l'autorisant avant ou après l'introduction de l'affaire devant le tribunal populaire. Une loi de 403-402 met en place un arbitrage public, confié à des magistrats, soumis à des règles légales quant aux personnes, aux affaires et à la procédure à suivre. Il s'agit en réalité d'une juridiction étatique spécialisée dans quelques catégories d'affaires. L'arbitrage devient obligatoire pour les litiges concernés et les sentences prononcées sont, à la différence de celles des arbitres privés, soumises à la voie de l'appel²⁶. Parallèlement, l'arbitrage privé conserve toute sa vitalité. Il est désormais confié à des philoi, c'est-à-dire des « amis » des parties qui créent un climat

²² Louis GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Sirey, 1955, p. 103 et s ; Julie VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *art. cité*, pp. 9-26.

²³ Julie VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *art. cité*, pp. 14-16.

²⁴ L'arbitrage se pratiquera bien après cette époque en Grèce. Voir Daphné PAPADATOU, *La résolution extrajudiciaire de différends privés pendant les époques moyennes et tardives byzantines*, Athènes, 1995, 177 p. ; Efi BASDRA, « L'institution de l'arbitrage dans le droit de l'ère post-byzantine – Le cas l'île de Paxi », *Etudes balkaniques*, 10, 2003, pp. 65-91.

²⁵ Julie VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *art. cité*, p. 18.

²⁶ *Ibid.*, pp. 18-19.

de confiance, prodiguant des conseils à huis clos et rendant à terme une sentence équitable affectant « de façon plus ou moins égale les intérêts patrimoniaux des deux parties »²⁷. En pratique, ils officient au départ comme des conciliateurs ou médiateurs pour tracer une « voie médiane », proposant des concessions mutuelles et offrant des satisfactions réciproques. Et si les parties ne se réconcilient pas, ils se muent alors en « juges » et tranchent l'affaire selon leur propre conviction²⁸. D'ailleurs, Aristote synthétise clairement cette différence entre juge et arbitre privé. Pour lui, « l'arbitre se laisse guider par l'équité ; le juge par la loi », ajoutant que « l'arbitrage a été établi afin que l'équité fasse valoir son influence »²⁹, et « l'équité est cette justice naturelle qui existe indépendamment des lois humaines »³⁰. Cette mise en parallèle du droit et de l'équité pour parvenir à la résolution d'un conflit va perdurer à Rome jusqu'à ce que le droit impérial soit imposé avec rigueur au détriment des autres normes de conduite.

B. La mutation de l'arbitrage romain causé par le triomphe du droit impérial

En la matière Rome connaît initialement une évolution proche de celle des cités grecques: séparant d'abord clairement la justice et le droit de l'arbitrage et l'équité, elle voit l'autorité publique intervenir pour encadrer l'arbitrage avant de connaître une différence substantielle avec les cités grecques. Ces dernières n'ont pas vécu l'ultime étape franchie en droit romain tardif où l'empereur Justinien dénature totalement l'arbitrage

²⁷ *Ibid.*, p. 24.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ ARISTOTE, *Rhétoriques*, Liv. I, Chap. XIII. Etienne GROS (trad.), *La Rhétorique d'Aristote*, Paris, 1822, p. 187.

³⁰ *Ibid.*, p. 183. Un peu plus loin, il précise que l'équité consiste « à avoir de l'indulgence pour la faiblesse humaine, à ne pas examiner la loi mais le législateur ; à s'attarder à l'esprit plutôt qu'à la lettre de la loi (...) à conserver une parfaite égalité d'âme, lorsqu'on souffre une injustice ; à terminer une contestation plutôt par des moyens de conciliation que par des voies de fait, à se soumettre à la décision des parties, plutôt que de porter l'affaire devant les tribunaux. »

pour bannir l'équité et instaurer un type unique d'arbitrage, l'arbitrage en droit. La première mention du mot arbitrer remonte à la Loi des XII Tables³¹. A cette époque il est utilisé pour désigner plusieurs intervenants en justice, et notamment l'arbitre stricto sensu, celui ayant le « pouvoir d'énoncer une solution définitive, de rendre une décision irrévocable »³². Son pouvoir semble alors illimité, sa décision étant inattaquable dans la mesure où elle a été acceptée d'avance par les parties. Le droit romain autorise en outre les parties à recourir à un collègue d'arbitres sous réserve de définir les pouvoirs de chacun d'eux, notamment en déterminant si la sentence peut être prononcée à l'unanimité ou à la majorité des voix, et si chacun des arbitres est apte à rendre seul la sentence³³.

En droit classique, sous l'influence des prudents, s'inspirant eux-mêmes des auteurs grecs, sont préférées des solutions rendues en équité, reposant notamment sur la bonne foi³⁴. Cicéron et Sénèque vantent les mérites de l'arbitrage³⁵. Le premier affirme que « nous allons devant l'arbitre avec l'idée que nous n'aurons pas la totalité de ce que nous voulons, mais que nous ne serons pas entièrement déboutés... ». Le second oppose la liberté de l'arbitre capable de juger selon l'humanitas et la misericordia à l'obligation pour les juges de prendre des décisions conformes à la lex et à la justitia³⁶. L'arbitre juge en

³¹ Il existait probablement à Rome des coutumes d'arbitrage variées bien avant le V^e siècle avant J.C. Michel HUBERT, « Arbitrage et jugement à Rome », *Droits et cultures*, n° 28, 1994, pp. 47-63 ; Bruno de LOYNES de FUMICHON et Michel HUBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.* 2003, n° 2, pp. 285-348.

³² Bruno de LOYNES de FUMICHON et Michel HUBERT, *art. cit.*, p. 290. Ce « pouvoir potestatif » le différencie de l'*arbitrium boni viri* qui ne fait que proposer une solution que les parties peuvent accepter ou refuser. Michel HUBERT, *art. cit.*, pp. 53-54.

³³ Voir Paul au *Digeste*, IV, 8, 32, 13.

³⁴ Les contrats de bonne foi apparaissent à cette même époque.

³⁵ Bruno de LOYNES de FUMICHON et Michel HUBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb.* 2003, n° 2, pp. 285-348.

³⁶ La traduction française du *Traité des Bienfaits* use des mots bienveillance et compassion pour *humanitas* et *misericordia*. A ses termes, « dans une bonne cause, il y a plus d'avantage à s'en rapporter au juge qu'à un arbitre : le premier est assujéti à des formes qui lui imposent des

équité et n'est pas tenu de se prononcer selon les règles strictes du droit, sauf si les parties le lui imposent. La présomption concernant l'étendue des pouvoirs de l'arbitre joue donc en faveur de l'équité³⁷, les parties devant expressément mentionner dans leur compromis qu'elles entendent restreindre ce pouvoir à une stricte application du droit si tel est leur souhait. En ce sens, Ulpien affirme aussi qu'il faut s'en tenir à la sentence que l'arbitre prononce, qu'elle soit juste ou injuste ; l'auteur d'un compromis n'ayant qu'à s'en prendre à lui-même...³⁸ D'ailleurs le préteur saisi d'un appel contre une sentence arbitrale ne vérifie pas comment l'arbitre a tranché, mais seulement s'il a tranché³⁹. Cette position ne concerne toutefois que l'arbitrage sur compromis, c'est-à-dire choisi par les parties. Pour d'autres formes d'arbitrage, telles que l'arbitrage du maître et l'arbitrage de l'homme de bien imposé par le maître, la souveraineté de l'arbitre est écartée pour faire triompher l'équité sur l'arbitraire. Ces deux formes d'arbitrage relèvent de relations sociales déséquilibrées qui permettent à un propriétaire foncier d'imposer son arbitrage en tant que dominus ou celui d'un bonus vir à tous ceux qui lui sont soumis en cas de litige. Paul et Proculus témoignent de la nécessité pour ces deux arbitres de se conformer à l'équité sous peine de voir leur sentence annulée par le juge au nom de la bonne foi⁴⁰. En définitive, l'arbitrage en équité ressort renforcé de cette intervention publique et le bonus

limites qu'il ne peut franchir ; la conscience du second, au contraire, est libre, affranchie de toutes entraves : il peut ajouter et retrancher à son gré, et prendre pour base de la sentence, non ce que la loi ou la justice commande, mais les inspirations de la bienveillance et de la compassion ». *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, tome 4, Paris, 1836, pp. 130-131.

³⁷ Michel HUMBERT, *art. cité*, p. 56.

³⁸ On retrouve cette idée en Grèce post-byzantine où la décision prise par un arbitre « qu'elle soit juste ou non, ne peut être changée par personne, pas même par le patriarche ou le roi... ». Voir Efi BASDRA, *art. cité*.

³⁹ Michel HUMBERT, « Arbitrage et jugement à Rome », *Droits et cultures*, n° 28, 1994, pp. 47-63. Voir en particulier p. 56.

⁴⁰ Bruno de LOYNES de FUMICHON et Michel HUMBERT, *art. cité*, pp. 316-318.

vir n'est plus qu'un expert amiable⁴¹. Seuls les arbitres choisis par les deux parties sur compromis sont désormais souverains.

Ce pouvoir se retrouve en droit byzantin dans les deux premiers recueils composant les compilations de Justinien, le Code et le Digeste, qui reprennent les dispositions impériales et positions doctrinales anciennes offrant beaucoup de liberté à l'arbitre. Ce dernier doit se prononcer sur la base de la « vérité » qui est « le sentiment personnel d'équité de l'arbitre ». L'arbitre doit dire « ce qui lui semble bon ». Il s'agit d'un sentiment personnel, variable selon les régions, les mœurs, les coutumes, les valeurs⁴². Il faut dire qu'à cette époque le droit n'est pas encore unifié, l'empereur laisse donc l'opportunité aux arbitres de trancher en fonction de ce qui leur paraît bon dans le contexte sociétal particulier qui les entoure. Cette position, assez souple, Justinien en change radicalement en 541 lorsqu'il impose que les sentences arbitrales soient désormais en harmonie avec le droit tel qu'il l'a fait codifier⁴³. L'empereur, *lex animata*, veut ainsi imposer son droit, sa volonté. De la sorte il limite le nombre de personnes aptes à l'arbitrage: désormais seuls ceux qui connaissent la loi peuvent prétendre aux fonctions arbitrales. Ce sont les diplômés des écoles de droit où les enseignements sont dorénavant placés sous un strict contrôle de l'Etat et non des hommes de confiance choisis par les parties. De fait, les arbitres sont intégrés dans la hiérarchie judiciaire. Par la même occasion, l'intérêt de l'arbitrage s'en trouve considérablement réduit dans la mesure où il ne peut plus être pratiqué en pure équité. L'arbitrage en droit est donc généralisé sur les territoires dépendants de l'empereur byzantin. Une mutation dont l'ancien droit français n'a connu que quelques rémanences lors des renaissances du droit romain en Europe.

⁴¹ Tel que celui de l'article 1592 du Code civil français.

⁴² Daphné PAPADATOU, « L'arbitrage byzantin », *Rev. arb.* 2000, pp. 349-376, en particulier pp. 364-365.

⁴³ *Ibid.*, pp. 365-366.

II. La coexistence des arbitrages dans l'ancien droit français

Au Moyen âge règne un pluralisme juridique favorable à la diversité des formes de l'arbitrage (A) ; une tendance confirmée à l'époque moderne tant par la doctrine que la pratique (B).

A. Un moyen âge propice à un arbitrage pluriel

L'Europe occidentale n'étant plus sous le joug romain, la généralisation de l'arbitrage en droit n'y a aucun effet. L'arbitrage traditionnel y survit, et ce d'autant mieux que s'établit sur l'ex pars occidentalis de l'empire romain une société de type traditionnel. Cette période de dix siècles⁴⁴, âge sombre où auraient successivement sévi la barbarie germanique puis une justice seigneuriale formaliste, irrationnelle et intéressée, est un cadre privilégié de développement de l'arbitrage. Il permet notamment d'éviter une justice instrumentalisée par le pouvoir seigneurial à des fins financières et les épreuves ordaliques qui avec les guerres privées constituent les ultimes étapes des litiges n'ayant pu être résolus par des moyens conciliatoires⁴⁵. Il est bien évident que tous les conflits ne s'achèvent pas dans un bain de sang et qu'il existe nécessairement des mécanismes de conciliation permettant aux adversaires de trouver un terrain d'entente. Les coûts humains et financiers sont autant d'arguments conduisant la noblesse et les marchands ou artisans à recourir à l'arbitrage.

En ces temps de pluralisme juridique où se côtoient les coutumes, le droit romain, le droit canonique et quelques ordonnances royales, l'institution arbitrale est hétérogène. Face

⁴⁴ Yves JEANCLOS, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII^e au XV^e siècle*, Dijon, 1977 ; « La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle : éléments d'analyse », *Rev. arb.* 1999, n° 3, pp. 417-473 ; Jean-François POUDRET, « Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romands au Moyen-âge : l'arbitrabilité et le juge arbitre », *Rev. arb.* 1999, n° 1, pp. 3-19 ; Carine JALLAMION, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XII^e au XIX^e siècle », *Rev. arb.* 2005, n° 1, pp. 3-62.

⁴⁵ Bruno LEMESLE, *Conflits et justice au Moyen âge*, PUF, 2008, p. 6.

à l'arbitre de droit ou l'arbitre tenu de rendre une sentence conforme aux règles de droit non susceptible d'appel, se trouve l'arbitrateur ou arbitrator qui se prononce en équité, c'est-à-dire selon la raison, suivant « l'art du juste et du bon », cherchant l'équilibre entre les parties. Enfin, il existe l'amiabile compositeur ou amicabilis compositor qui connaît de l'appel contre les sentences des arbitrateurs et bénéficie pour cela des mêmes prérogatives qu'eux⁴⁶.

Cette différence est formulée par la doctrine savante dès le milieu du XIII^e siècle⁴⁷. Aux alentours de 1271, Guillaume Durand, dans son *Miroir judiciaire*, affirme que l'arbitre doit se conformer au droit et se soumettre aux règles de la procédure judiciaire tandis que l'arbitrator ou amicabilis compositor n'y est pas astreint, sauf si les parties au litige le lui imposent⁴⁸. Seul l'arbitrateur peut donc trancher en équité et sans nécessairement respecter les formes judiciaires. Le choix du mot désignant le particulier chargé de trancher le litige dans le compromis devient par là crucial. De cette qualification dépend l'étendue de sa liberté dans sa mission mais également la possibilité de former un recours contre sa sentence. Seul l'arbitrator ou amicabilis compositor peut se prononcer en équité sans que sa sentence ne puisse pour autant être attaquée par voie d'appel⁴⁹.

⁴⁶ Yves JEANCLOS, *art. cité*, pp. 438-439 et 455-458. Une terminologie qui subsista au cours de l'époque moderne comme le révèle Jean DOMAT cité par Jean HILAIRE, « L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e-XVIII^e siècle), *Rev. arb.* 2000, n° 2, p. 198. Voir *infra*, II B.

⁴⁷ Serge DAUCHY, « Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique. Aux origines des articles 1481-1491 NCPC », *Rev. arb.*, 1999, pp.766-768.

⁴⁸ Guillelmus DURANTIS, *Speculum iuris cum Andreae Baldi reliquorumque clarissimorum doctorum visionibus hactenus addisolitis*, Francfort, 1592, pp. 94-129, cité par Serge DAUCHY, *art. cité*, p. 766.

⁴⁹ La doctrine n'est pas unanime sur ce point. Bartole est attaché à l'interdiction de l'appel. Il considère toutefois qu'une sentence prononcée par un *arbiter* qui ne respecterait pas les lois, même si elle ne peut pas faire l'objet d'un appel, doit tout simplement être considérée comme nulle et sans effet. Serge DAUCHY, *art. cité*, p. 768.

La doctrine coutumière est quant à elle divisée. Certains coutumiers, reproduisant les dispositions du droit romain tardif, ne font pas la différence entre arbitre et arbitrateur⁵⁰, tandis que d'autres reconnaissent l'existence de deux formes d'arbitrages⁵¹. La distinction la plus fine est réalisée par Jean Boutilier qui, dans le *Somme rural*, différencie les arbitres, les arbitrateurs et amiables compositeurs ou « appaiseurs ». Selon lui l'« arbitre ne peut et ne doit en la cause à luy submise procéder, ou autrement que par ordre de droict gardé selon qu'il est allégué ou prouvé devant luy ; car nul traicte ny peut ne doit faire non plus que feroit le juge (...) mais tout laisser aller selon la règle de droict » ; l'« arbitrateur si est celuy qui de la cause est chargé à sa conscience, ordre de droict gardé, ou non gardé, et peut les parties appoincter selon que bon luy semble » et enfin l'« amiable compositeur ou appaiseur si est celuy qui du consentement des parties les met en accord »⁵².

De leur côté, les actes de la pratique du XIII^e siècle ne sont pas toujours explicites quant aux pouvoirs accordés aux arbitres. A titre d'exemple, en Bourgogne et Champagne, l'usage du terme *arbiter* doublé de celui d'*ordinator* laisse à penser que les individus désignés pour remplir cette mission tranchent en droit. Mais l'utilisation à la même époque de la formule *tanquam arbiter, arbitrator aut amicabilis compositor* qui se répand largement dans ces contrées aux XIV^e et XV^e siècles permet de comprendre que les parties laissent aux arbitres « le choix des fondements intellectuels de la sentence »⁵³. Celle-ci semble laisser à ceux qui bénéficient des trois qualités la possibilité d'agir comme arbitrateur ou amiable compositeur.

⁵⁰ Pierre de FONTAINES, *Le conseil à un ami*, Paris, 1846, pp. 181 et s.

⁵¹ Philippe de BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, 1842, t. 2, pp. 164-165.

⁵² Louis CHARONDAS LE CARON, *Somme rural, ou le grand coutumier général de pratique civil et canon composé par M. Jean Bouteiller*, Paris, 1603, pp. 693-694.

⁵³ Yves JEANCLOS, *art. cité*, p. 439.

Enfin, certains compromis ignorent même la terminologie romaine et laissent aux arbitres le pouvoir de décider « selon leur volonté »⁵⁴. La seule quête est de permettre le meilleur et plus prompt dénouement possible du différend, que ce soit sur la base du droit ou de l'équité. Pourtant certains compromis imposent aux arbitres d'appliquer une coutume locale pour trancher un litige, en d'autres termes de se référer au droit le plus proche des parties. Le droit romain est au même titre que le droit canonique visé par des clauses de renonciation insérées dans ces compromis. De la sorte, les règles de fond mais surtout les exceptions procédurales et voies de recours d'origine romaine ou coutumière sont expressément écartées pour éviter un retard dans l'exécution de la sentence⁵⁵. Les arbitrateurs et amiables compositeurs sont invités à trouver la solution la plus raisonnable. La sentence doit en ce dernier cas être rendue « au nom de l'équité, c'est-à-dire de la raison, de la conscience et du souci du juste »⁵⁶. Les arbitrateurs font de l'équité une « règle d'action pratique » et le vocabulaire romain, qui jalonne les compromis et sentences, ne doit pas tromper sur la manière dont raisonnent les arbitres. Au surplus, les sentences arbitrales rendues par des juristes et diplômés en droit ne sont généralement pas plus juridiques que celles formulées par des seigneurs dont les connaissances en la matière sont parfois inexistantes. L'arbitrage possède sa propre dynamique⁵⁷, distincte du cadre juridique.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Les parties renoncent à toute voie dilatoire. *Ibid.*, p. 469. La seule voie ouverte aux parties, qui ne met pas en péril la sentence, est le recours en interprétation. Même une sentence reposant sur une cause injuste ne peut être contestée. Selon la doctrine savante, un appel est possible contre les décisions rendues en équité car un arbitre peut se tromper. L'appel est déféré devant un *bonus vir* qui doit vérifier le bien-fondé de la sentence et au besoin la réformer. A l'inverse, les arbitres ayant tranché en droit prononcent des sentences inattaquables en appel car, ayant suivi les règles de droit, ils ne peuvent commettre d'erreur. *Ibid.*, p. 470.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 457.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 458.

B. Une consécration presque unanime de la diversité de l'arbitrage à l'époque moderne

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, alors qu'une Europe d'Etats-nations voit le jour, l'Ecole du droit naturel met en évidence que la fragmentation du droit positif et des ordres juridictionnels gêne la recherche de solutions aux conflits internationaux et qu'il est nécessaire de recourir à des règles plus générales et à des arbitres « internationaux ». En effet, à la fin du XVII^e siècle, Grotius souligne que les relations internationales sont un domaine de prédilection de l'arbitrage car deux Souverains n'ayant pas de juge commun doivent nécessairement s'en remettre à un tiers pour régler leur différend pacifiquement⁵⁸. Pufendorf fait siennes les idées de Grotius et présente l'arbitrage comme un « parti de douceur » car l'arbitre, juge idéal, doit « sur toutes choses ne rien donner à la faveur, ni à la haine, et prononcer uniquement sur le droit et l'équité »⁵⁹. Le compromis ne peut « rien ajouter à l'obligation où l'arbitre se trouve d'ailleurs par la loi naturelle, de décider selon ce qu'il croit juste et raisonnable »⁶⁰. Il distingue comme Grotius deux types d'arbitrages et répète que pour connaître le rôle exact d'un arbitre, « il faut considérer, s'il a été choisi en qualité de juge, ou si on lui a donné un pouvoir plus étendu, en sorte qu'il soit autorisé à prononcer plutôt selon les maximes de l'équité et de l'humanité, que suivant les loix du droit rigoureux »⁶¹. Cette équité doit s'entendre comme « un tempérament du droit

⁵⁸ Mais, assez curieusement, il précise ensuite qu'en pareille hypothèse en cas de doute sur l'étendue des attributions de l'arbitre, le pouvoir de juger en équité ne se présume pas. L'arbitre est donc tenu de « suivre les mêmes règles que les juges suivent ordinairement ». Hugues GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Jean BARBEYRAC, Bâle, 1746, t. 2, p. 443.

⁵⁹ Samuel VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Jean BARBEYRAC, Bâle, 6^e éd., 1750, t. 2, p. 142.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 143.

⁶¹ Hugues GROTIUS, *op. cit.*, p. 443.

rigoureux, selon les maximes de l'humanité, de la charité, de la compassion, et des autres semblables vertus »⁶² vu que l'équitable est « tout ce qui est mieux de faire, que de ne pas faire, encore même qu'on n'y soit point obligé par les règles de la justice proprement ainsi nommée »⁶³.

En France, la doctrine reprend la distinction entre les arbitres tenus par le droit et les arbitrateurs ou amiables compositeurs qui ne le sont pas. Lange énonce clairement que les arbitres sont tenus de respecter « les formalités de justice et l'ordre du droit » tandis que les arbitrateurs et amiables compositeurs « sont ceux qui accommodent les parties et composent leurs différents sommairement sans s'attacher aux règles de droit ni aux formalitez de justice »⁶⁴. Ferrière, dans son Dictionnaire de droit et de pratique consacre un article à l'arbitrateur ou amiable compositeur qui est « élu par les parties pour terminer leur différend à l'amiable, selon l'équité, sans être tenu de garder exactement les formalités de justice, à la rigueur du droit » puis un autre à l'arbitre qui « est appellé arbitre de droit, parce qu'il doit suivre le droit à la rigueur »⁶⁵. A la même époque Jousse tient un discours semblable. Selon lui, « il y a cette différence entre arbitres et amiables compositeurs, que les arbitres sont, à proprement parler, ceux qui étant choisis par les parties pour terminer leurs différends, sont obligés d'observer les formalités et la procédure établies par les ordonnances ... au lieu que les amiables compositeurs terminent les différends des parties sans s'arrêter aux règles ni aux formalités de justice, et les décident ex aequo et bono »⁶⁶. Il précise ensuite que les fonctions des arbitres « ne sont pas

⁶² Samuel VON PUFENDORF, *op. cit.*, p. 144.

⁶³ Hugues GROTIUS, *op. cit.*, p. 444.

⁶⁴ François LANGE, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiaire ou le nouveau praticien françois réformé selon les nouvelles ordonnances*, 3^e éd., Paris, 1687, p. 97.

⁶⁵ Claude-Joseph de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 1, Paris, 1771, p. 110.

⁶⁶ Daniel JOUSSE, *Traité de l'administration de la justice*, Paris, 1771, t. 2, p. 683. Voir aussi Guy ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 4^e éd., 1769, v^o Arbitres, p. 40.

bornées avec la même sévérité que celles des juges; et ils peuvent préférer quelquefois les considérations du bien et de la paix, à l'exactitude de la justice ... ils prennent des tempéraments et des moyens pour concilier les parties, tels que les parties les prendroient elles-mêmes si au lieu d'un jugement elles prenoient le parti de transiger »⁶⁷. Abondant dans le même sens Rodier affirme que « si l'on ajoute quelquefois à la qualité d'arbitres celle d'amiables compositeurs, cela ne les autorise plus qu'à tâcher de concilier les parties ex bono et aequo; mais s'ils sont obligés de donner sentence, ils doivent, comme les autres juges, prononcer selon le droit »⁶⁸. Enfin Pigeau, à la veille de la Révolution, ne semble pas s'intéresser outre mesure aux pouvoirs des arbitres⁶⁹ mais reconnaît qu'il faut, « pour exercer la fonction d'arbitre, beaucoup de sagesse, de pénétration et de prudence, et surtout un désir sincère de concilier les parties »⁷⁰. Le but de l'arbitre est bel est bien de concilier⁷¹ les parties autant que faire se peut, et non d'appliquer ce que les jusnaturalistes appellent le « droit rigoureux »⁷². La doctrine n'est cependant pas à l'unisson. La seule voix dissonante, et non des moindres, est celle de Domat qui, dans son *Droit public*, se consacre aux différences existant entre arbitres et juges. Il focalise notamment son attention sur la plus large liberté dont disposent les arbitres « choisis autant pour accommoder que pour juger »⁷³. Il qualifie

⁶⁷ *Ibid.*, p. 698.

⁶⁸ Marc-Antoine RODIER, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667*, Avignon, 1784, p. 425.

⁶⁹ Il précise seulement que dans un compromis les parties peuvent prévoir que les arbitres, qu'il appelle des commissaires, « jugeront selon l'équité ». Nicolas PIGEAU, *La procédure civile du Chatelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, t. 1, Paris, 1787, p. 32.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁷¹ Il le répète encore lorsqu'il évoque la possibilité pour le juge de renvoyer les parties devant des arbitres. *Ibid.*, pp. 247-248.

⁷² Voir *supra* Grotius et Pufendorf.

⁷³ Joseph REMY, *Œuvres complètes de Jean Domat*, t. 3, Paris, 1829, p. 528.

les arbitres de médiateurs et les assimile, sans entrer dans le détail des pouvoirs dont chacun d'eux dispose, à ceux que les ordonnances royales appellent des « arbitres, arbitrateurs et amiables compositeurs »⁷⁴. Ainsi, il se contente de souligner que « leurs fonctions ne sont pas bornées à la même sévérité ni à la même exactitude que celles des juges » et qu'ils peuvent parvenir à une solution que les parties auraient pu trouver par voie de transaction. Les propos de Jean Hilaire sont éclairants sur cette position et lui trouvent deux raisons: d'une part les sources romaines utilisées par Domat selon lesquelles l'arbitre n'est, sauf stipulation expresse dans le compromis, pas tenu par la rigueur du droit et, d'autre part, la pratique qui consiste à qualifier les arbitres à la fois d'arbitre et d'amiable compositeur dans l'acte de compromis⁷⁵. Il est vrai qu'en pratique, comme au Moyen âge, dans les compromis, les parties se prémunissent contre toute incertitude relative à la nature ou à l'étendue des pouvoirs des arbitres en les qualifiant d'arbitres et amiables compositeurs. Les arbitres sont ainsi toujours habilités à clore l'affaire qui leur est soumise par une transaction. Jousse fait le lien entre doctrine et pratique. Après avoir reconnu la différence existant entre la mission des arbitres et celle des amiables compositeurs, il confirme que « dans nos mœurs les arbitres choisis par les parties ne diffèrent point des amiables compositeurs et sont établis pour régler ex bono et aequo les demandes réciproques des parties »⁷⁶. A titre d'exemple, à Montpellier, l'amiable composition est sous-entendue quand bien même les parties utiliseraient seulement le terme « arbitre » dans le compromis. Ces arbitres bénéficient ainsi d'une large marge de manœuvre et peuvent soit se prononcer en équité, soit trancher en respectant la lettre du droit⁷⁷.

⁷⁴ Ordonnance de juin 1510.

⁷⁵ Jean HILAIRE, *art. cité*, p.

⁷⁶ Daniel JOUSSE, *op. cit.*, t. 2, p. 683.

⁷⁷ Carine JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile... op. cit.*, p. 76.

A la veille de la Révolution arbitrage en droit et arbitrage en équité cohabitent encore. Mais le choix n'est pas dicté par la loi ni, sauf stipulation contraire, par le compromis. C'est à l'arbitre lui-même de prendre parti. Une pratique plutôt conforme à la nature première de l'arbitrage car il est aisé d'imaginer qu'en pareille circonstance l'arbitre sera amené à opter pour la solution qui lui semble la plus équitable, qu'elle soit conforme au droit ou non.

Conclusion

Pendant la Révolution française les modes alternatifs de règlement des conflits, et en particulier l'arbitrage, bénéficient d'une remarquable promotion. En effet, même si les Révolutionnaires nourrissent un véritable culte pour la loi, ils se méfient des juges et de leur interprétation de la loi. Cette défiance vis-vis de la magistrature les pousse à institutionnaliser l'arbitrage⁷⁸, lui offrant une place de choix dans le nouveau paysage juridique et judiciaire qu'ils dessinent⁷⁹. Grâce à la loi du 16-24 août 1790 sur la nouvelle organisation judiciaire l'arbitrage figure au premier rang des modes de règlements des conflits. L'article 1er de son premier titre présente l'arbitrage comme « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens » tandis que l'article 2 autorise les particuliers à compromettre « dans tous les cas et toutes les

⁷⁸ Jean-Jacques CLERE, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Rev. arb.* 1981, pp. 3-28 ; Carine JALLAMION, « Arbitrage forcé et justice d'Etat pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, pp. 69-85 ; Véronique DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires », *RHDFE*, 2005, pp. 385-420 ; Bruno DE LOYNES DE FUMICHON, « La passion de la Révolution française pour l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2014, pp. 3-52.

⁷⁹ Il est à noter que Jean-Pierre Royer, dans son manuel sur l'Histoire de la justice, aborde pour la première l'arbitrage sous l'ère révolutionnaire tandis que les autres modes non juridictionnels de résolution des conflits que sont la conciliation ou la médiation sont évoqués pour des périodes bien antérieures. Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice*, PUF, coll. « droit fondamental », 3^e éd., 2001, n° 177.

matières ». En cette période de troubles politiques, la logique de conciliation se pérennise en pratique et les arbitres continuent de choisir entre droit et équité au moment de prononcer leur sentence⁸⁰, les parties prenant le soin d'écartier l'application stricte du droit et des formes judiciaires, même sous l'empire des codes napoléoniens⁸¹.

⁸⁰ Carine JALLAMION, *op. cit.*, p. 77 et s.

⁸¹ *Ibid.*, p. 395 et s.