

## Justice publique et justice privée

Daniel COHEN

*Professeur à l'Université Paris XI*

RÉSUMÉ. — Notion de **justice**. Définitions justice publique, justice privée. Place et diversité de la justice privée. **Dualisme** ou **unité** de la justice publique et de la justice privée ? I. Dissemblances. A. - Rapports d'antagonisme. B. - Raisons historiques. C. - Origines différentes de la fonction juridictionnelle exercée. II. - Convergences. A. - Influence du privé sur la justice publique. B. - Influence du public sur la justice privée. C. - Perspectives communes. Juridicité. Finalité poursuivie.

Justice publique, justice privée : ainsi, la justice se décline. Avant de se déclinier toutefois, ou parce qu'aussi elle se décline, la justice occupe notamment du point de vue juridique et philosophique une place de tout premier plan. L'aspiration à la justice est universelle, et se trouve depuis l'origine des temps au cœur des préoccupations : sans même parler de la justice divine, celle de l'homme occupe les esprits et nourrit les discussions. Et du fait de cette importance, si l'on risque la paraphrase, la part de la justice dans l'angoisse contemporaine <sup>1</sup> ne paraît pas négligeable. Ce constat, largement reçu, ne saurait étonner et se nourrit également de la diversité des sens que recouvre le terme de justice : la justice est à la fois idéal, finalité et institution.

Idéal d'abord : valeur éminente, l'idée de justice s'enveloppe de « l'appel à l'absolu » <sup>2</sup> : la justice vient de juste, elle est conformité aux exigences de l'équité et de la raison. Finalité ensuite en ce que, de manière positive, la justice, science du juste et de l'injuste, a pu être définie de manière toute aristotélicienne par Ulpien : « *suum cuique tribuere* » (attribuer à chacun son dû) <sup>3</sup>. Justice-institution enfin : ensemble d'organes, de juridictions, de personnel et de procédures, permettant de constituer le mode normal de résolution des conflits.

Envisagée au moins dans cette dernière acception, la justice peut se parer d'un caractère public ou privé. La justice publique, quels que soient les litiges à régler, c'est la justice d'État. Ce rattachement en constitue la marque essentielle, la justice peut même constituer un service *public*. La justice est rendue au nom de l'État (ou du peuple),

<sup>1</sup> J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6e éd., LGDJ, 1988, p. 167 et s.

<sup>2</sup> H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 415.

<sup>3</sup> *Digeste* 1, 1, 10.

même si l'État doit bien se garder de toute tentation d'influer sur les procédures. En face de la justice publique se dresse, apparemment à l'opposé, la justice privée.

Communément envisagée, l'appellation apparaît cependant source d'ambiguïtés. S'il ne s'agit pas de la justice domestique exercée au sein de la famille, la justice privée ne désigne pas non plus, dans son opposition à la justice publique, les phénomènes de vengeance, sorte de « justice » que chacun veut se rendre à lui-même lorsque, partie s'érigeant en juge, il estime ses intérêts lésés et en poursuit la sanction. Si « nul ne peut se faire justice à soi-même »<sup>4</sup>, le droit n'est pas pourtant pas totalement extérieur au phénomène : ainsi, la contrainte exercée en matière contractuelle par le créancier à l'encontre de son débiteur (l'ancienne exécution sur la personne même du débiteur défaillant ; l'exception d'inexécution, la clause pénale, le droit de rétention...), la légitime défense de la victime à l'encontre de son agresseur en droit pénal, ou encore les contre-mesures en droit international public<sup>5</sup>.

Historiquement du reste, le passage s'est effectué de la dyade des deux antagonistes à la triade avec l'intervention d'un tiers personnage, le juge, ayant pour mission de trancher le différend<sup>6</sup>. Un autre monde apparaît alors : le Doyen Carbonnier a parfaitement relevé que, dès qu'une relation entre deux personnes peut faire l'objet d'un débat devant un tiers appelée à trancher (arbitre privé ou fonctionnaire d'État indifféremment), « *on doit conclure qu'elle n'appartient plus au domaine des mœurs, mais est entrée dans le royaume incertain du droit* »<sup>7</sup>. Cette intervention d'un « tiers impartial et désintéressé », si elle fonde l'idée de justice en tant qu'institution pour beaucoup, constituerait selon A. Kojève le critère même du juridique<sup>8</sup>.

La justice privée est donc entendue comme une alternative à la justice étatique. En face de celle-ci en effet, sont apparues et se développent des justices non étatiques, au premier rang desquelles se trouve l'arbitrage, justice privée d'origine normalement conventionnelle<sup>9</sup>. À ses côtés, se rangent des modes non formels ou non juridictionnels de résolution des différends : leur dénominateur commun réside dans le fait que la solution, plutôt que d'être imposée par une tierce personne, est davantage recherchée entre les parties sous l'égide d'un tiers.

Ensuite, règne une grande diversité : conciliation ou médiation, suivant le pouvoir limité ou plus large reconnu au tiers de participer de façon active et de proposer une solution aux parties ; autres méthodes alternatives de règlement des différends également : connues sous le vocable générique d'*Alternative Disputes Resolution* (ADR), elles viennent généralement d'outre-Atlantique, et rencontrent là-bas un intérêt croissant<sup>10</sup> ; le *mini-trial* notamment, sorte de procès fictif, consiste dans un premier

<sup>4</sup> Nul ne peut se faire justice à soi-même. Le principe et ses limites, *Travaux Association H. Capitant*, T. XVIII, 1966 et spéc. J. Béguin, Rapport français, p. 41 et s.

<sup>5</sup> V. à ce propos D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pédone, 1994.

<sup>6</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF « Thémis », 1978, p. 194.

<sup>7</sup> *Sociologie juridique, op. cit., loc. cit.*

<sup>8</sup> *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard « Bibliothèque des idées », 1981, spéc. p. 25.

<sup>9</sup> H. Motulsky, « La nature juridique de l'arbitrage », *Écrits*. T. 2 : *Études et notes sur l'arbitrage*, préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, p. 5 et s.

<sup>10</sup> Th. Carbonneau, *Alternative Dispute Resolution*, University of Illinois Press, 1989 ; H.T. Edwards, « Alternative dispute resolution : panacea or anathema », *Harvard Law Rev.*,

temps à simuler un procès devant un tiers indépendant (*neutral advisor*) avant d'engager, le débat terminé, des négociations directes entre les parties pour tenter de parvenir à un accord <sup>11</sup>. On retrouve alors l'idée avancée en sociologie des conflits des « *harmonies conflictuelles* » : à côté de ses fonctions négatives, le conflit peut remplir des fonctions positives en permettant aux sentiments d'hostilité accumulés de s'exprimer, aux parties d'évaluer le rapport des forces, ce qui peut favoriser une négociation ultérieure <sup>12</sup>.

De manière générale, ces différentes méthodes de justice privée connaissent à l'époque contemporaine un engouement tout particulier (que n'explique sans doute pas uniquement l'attrait intellectuel qu'elles peuvent susciter) et le mouvement s'est considérablement amplifié pendant cette dernière décennie. L'*arbitrage* cependant, de par son utilisation pratique, les problèmes qu'il suscite et son caractère juridictionnel, occupe au sein de la catégorie de la justice privée la place la plus importante : il en constitue l'archétype et doit en priorité retenir l'attention.

Ainsi définies, justice publique et justice privée paraissent pouvoir coexister, mais cette coexistence théorique, qui s'inscrit plus généralement dans la question fondamentale du *juge naturel*, reste sujette à variation pratique suivant le modèle étatique en cause. De manière synthétique <sup>13</sup>, trois conceptions peuvent s'envisager. Selon le modèle autoritaire, l'État centralise toute l'activité de la justice et il n'est de justice que d'État ; à l'inverse, selon le modèle libéral, l'État ne détient pas le monopole de la justice et accepte que se déroule en dehors de lui une justice alternative à la justice publique, relevant de l'autonomie des individus ; enfin, selon un système mixte, de type dirigiste, l'État, s'il reconnaît le droit à l'existence de la justice privée, entend l'encadrer de manière générale. Les places respectives de la justice publique et de la justice privée dépendent en définitive de la conception que l'on retient de l'État, et de celle du droit et de ses sources.

Ce principe de base posé, il convient alors de comparer et de confronter justice publique et justice privée. L'étude de leurs rapports, comme on l'a bien montré <sup>14</sup>, soulève l'interrogation du dualisme ou de l'unité de la justice publique et de la justice privée, de leur éventuel antagonisme ou parenté, de leurs différences et points communs. On tentera de montrer que, malgré des dissemblances souvent mises en avant (I), des convergences importantes apparaissent néanmoins (II).

1986, vol. 99, p. 668 et s. ; B. Oppetit, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, 1995, p. 53 et s.

<sup>11</sup> V. not. L. Edelman et F. Carr, « The mini-trial : an alternative dispute resolution procedure », *Arbitration Journal*, 1987, vol. 42, p. 7 et s. ; J.-Cl. Najjar, « Le mini-trial, chimère ou panacée ? », *Dr. prat. com. int.*, 1988, 451.

<sup>12</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 173.

<sup>13</sup> Sur cette systématisation, v. B. Oppetit, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », art. préc., p. 53-54.

<sup>14</sup> B. Oppetit, « Justice étatique et justice arbitrale », *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 415 et s.

## I

Les *dissemblances* entre justice publique et justice privée existent à l'évidence. Elles seraient d'une telle importance qu'un rapport d'antagonisme présiderait à leurs relations (A). En réalité, si des différences apparaissent nettement, elles tiennent sans doute davantage à des raisons historiques (B) et à l'origine de la fonction juridictionnelle exercée (C).

A. — Justice publique et justice privée ont souvent été présentées en France dans un *rapport d'antagonisme*, voire d'hostilité. La justice publique émane de l'État, et celui-ci se méfierait de l'arbitrage ou d'autres modes de justice privée sur lesquels il n'aurait pas d'emprise. Cette suspicion, légitime pour certains, voire cette hostilité, conduirait alors à placer la justice privée aux antipodes de la justice publique.

En réponse, la justice privée se nourrirait à l'inverse d'un refus de l'État, d'une volonté clairement manifestée par ses partisans d'échapper aux juridictions étatiques normalement compétentes dans l'ordre interne ou aux ordres juridiques étatiques en matière internationale. Quelle que soit la forme empruntée, arbitrage ou mode non juridictionnel de règlement des différends, l'utilisation de la justice privée s'expliquerait principalement par un rejet de la justice étatique et des inconvénients de rigidité, de lourdeur, de complexité et de durée excessive qui la caractériseraient à l'époque contemporaine. Ainsi, le développement de l'arbitrage s'expliquerait-il par la recherche d'une « *autre justice* »<sup>15</sup>, administrée différemment. Ainsi encore, l'utilisation croissante de la conciliation ou de la médiation trouverait sa source dans la volonté de déboucher sur des solutions consensuelles, aptes éventuellement à maintenir les relations entre partenaires économiques en conflit.

L'opposition se renforcerait en outre suivant les moyens pécuniaires et l'initiation des personnes en cause : l'arbitrage serait une justice pour clientèles huppées, il vaudrait pour ceux qui ne jurent que par la haute couture, le procès ordinaire (celui de la justice publique) constituant un honnête prêt-à-porter<sup>16</sup>. De manière plus générale, on a pu avancer que « la désaffection du public à l'endroit de l'appareil de la justice étatique procéderait, semble-t-il, de la même réaction de rejet que celle que manifeste le corps social à l'égard de l'inflation législative » ; il s'expliquerait en outre par le désir d'effacement d'un droit strict au profit d'un droit négocié et d'un droit mou (*soft law*) dans la vie économique<sup>17</sup>.

En dehors de ces considérations, si importantes soient-elles, d'autres, d'ordre historique celles-là, marquent les divergences entre justice publique et justice privée.

B. — *Du point de vue historique*, justice publique et justice privée soulèvent une double question : de leur origine, puis de leur développement.

<sup>15</sup> L'expression est de R. David (v. not. *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1981, p. 20).

<sup>16</sup> M.-A. Frison-Roche, « La philosophie du procès, propos introductifs », *Arch. phil. droit*, T. 39, Sirey, 1995, p. 19 et s., spéc. p. 21.

<sup>17</sup> B. Oppetit, « Sur le concept d'arbitrage », *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1987, p. 229 et s., spéc. p. 237.

1. L'arbitrage aurait été pour certains à l'origine du droit processuel et serait ainsi apparu antérieurement à la justice étatique. L'idée a notamment été développée par Max Weber qui lui accorde une grande importance : « *Le contrat d'arbitrage (écrit-il) issu des contrats d'expiation entre clans... est la source non seulement de tout le droit processuel mais aussi... de tous anciens types de contrat de droit privé* »<sup>18</sup>. La thèse ne fait pas cependant l'unanimité chez les historiens : si elle a pu être avancée par certains, d'autres au contraire ont fortement soutenu que la justice étatique aurait été antérieure à toute autre forme de justice<sup>19</sup>. La question demeure : « *dans la solution des litiges, le contrat n'a-t-il pas précédé le statut ?* »<sup>20</sup>. Y aurait-il dans ce champ du droit inversion de la loi d'évolution de Maine selon laquelle le statut précède le contrat ?

Quelqu'ait été cependant la justice première, on ne peut tirer de l'élément d'antériorité d'une justice par rapport à une autre un quelconque gage de légitimité pour la première et un signe de méfiance pour la seconde. En réalité, à suivre l'analyse wébérienne, l'évolution s'est opérée du type irrationnel des sociétés primitives au type rationnel des sociétés modernes : au chef charismatique, au juge-cadi ont succédé l'administrateur technicien, le juriste (et donc le juge) logicien. Justice publique comme justice privée peuvent s'en prévaloir à titre égal.

2. Si l'on abandonne le terrain des origines, pour s'intéresser à leur développement historique, justice publique et justice privée n'ont pas suivi un cheminement identique.

De manière très schématique, la justice publique a été et reste encore conçue en France comme une autorité (« l'autorité judiciaire ») plus qu'un pouvoir<sup>21</sup>, mais a connu des évolutions au gré des époques. Envisagée comme une *res publica*, l'exercice de la justice ressort à la catégorie des missions régaliennes. Au cours de l'Ancien Régime, la justice est une émanation pure et simple du souverain, le Roi, tenant son pouvoir de droit divin et source de toute justice : celui-ci cependant, à côté de la justice retenue, a favorisé l'éclosion d'une justice déléguée. Phénomène plus remarquable encore, l'arbitrage s'y serait néanmoins développé<sup>22</sup>. La Révolution française, quant à elle, allait consacrer avec éclat la tendance naissante : autant par haine des Parlements de l'Ancien régime qu'au nom d'un idéal de fraternité, elle proclame dans la loi des 16 et 24 août 1790 que « *l'arbitrage est le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens* ». À côté de la justice étatique, rendue désormais au nom du peuple français, nouveau souverain, la justice privée est ainsi largement encouragée.

Cette faveur pour l'arbitrage, que Napoléon n'allait pas remettre en cause malgré une forte réorganisation de l'appareil judiciaire étatique, le fut par un arrêt de la Cour de cas-

<sup>18</sup> *Sociologie du droit* (trad. J. Grosclaude), PUF, 1986, p. 49.

<sup>19</sup> En faveur de l'antériorité de l'arbitrage, F. de Menthon, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Thèse Paris, 1926, spéc. p. 9 ; *contra* J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, 2e éd., Sirey, 1982, n° 283.

<sup>20</sup> F. Terré, « Esquisse d'une sociologie des procès », *Arch. phil. droit*, T. 39, *op. cit.*, p. 267 et s., spéc. p. 269.

<sup>21</sup> J. Foyer, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, p. 17 et s.

<sup>22</sup> J.-J. Clère, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Rev. arb.*, 1981.3.

sation en 1843<sup>23</sup>. Tirant prétexte d'arguments de textes peu convaincants dans une espèce très particulière, elle allait mettre un frein au développement de la justice privée : reprenant des critiques émanant du Conseil d'État et des jurisconsultes positivistes, sa position revenait à indiquer que seule la justice publique a droit de cité.

Au cours du XX<sup>e</sup> siècle vont se dessiner les tendances actuelles, mêlées de libéralisme et de contraintes à l'égard de la justice privée. Si la matière internationale favorise sa très large utilisation, l'ordre interne se montre plus réservé : la loi du 5 juillet 1972 dénote ainsi une franche hostilité à l'encontre de la justice privée en déclarant dans l'article 2061 C. civ. la nullité de la clause compromissoire sauf dans les cas autorisés par la loi ; à l'inverse, les décrets de 1980 et de 1981 organisant l'arbitrage, sans toucher à son possible domaine d'intervention, font preuve d'un large libéralisme. Mieux encore, celui-ci est constamment relayé par une jurisprudence étatique soucieuse de favoriser ce genre de règlement des différends : elle ne ménage pas son assistance à l'arbitrage et exerce un contrôle libéral sur les sentences. Quant aux autres modes d'expression de la justice privée, l'époque contemporaine se marque de leur utilisation et de leur diversification croissantes dans tous les domaines du droit et l'État participe largement à ce mouvement (v. notamment décret du 20 mars 1978, modifié par le décret du 18 mai 1981, instituant les conciliateurs ; circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 invitant l'Administration à rechercher transaction et conciliation avec les administrés afin de tenter d'éviter un contentieux, même devant les « juridictions établies »).

Ainsi, s'il a pu être avancé que « c'est l'État qui impose sa justice »<sup>24</sup> ou encore que « la justice est par essence publique »<sup>25</sup>, cette vision des choses doit être relativisée : il n'appartient pas aux seuls tribunaux étatiques de rendre justice, de même qu'il n'est pas de droit que dans la loi. Il apparaît ainsi aujourd'hui que justice publique et justice privée coexistent harmonieusement. Ce n'est pas à dire cependant que toutes les différences s'estompent.

C. — Entre justice publique et justice privée, la différence essentielle tient sans doute à l'*origine de la fonction juridictionnelle exercée*.

1. La justice publique relève d'un service public<sup>26</sup> fortement organisé, subdivisé entre divers ordres de juridictions et dotés d'organes hiérarchisés propres à la faire fonctionner. La fonction juridictionnelle y est ainsi rattachée à une institution, elle-même prévue, organisée et assurée par l'État.

À l'inverse, la justice privée procède d'une origine toute différente : seule la volonté conjointe des parties peut permettre d'y recourir. Si le juge étatique bénéficie d'une investiture générale, le juge privé ne reçoit qu'un pouvoir limité au litige que lui ont confié les parties. Encore faut-il préciser que seul l'arbitrage conduit à l'exercice au sens

<sup>23</sup> Cass., 10 juill. 1843, S., 1843.1.561, concl. av. gén. Hello, note Devilleneuve ; reproduit également *Rev. arb.*, 1992.399.

<sup>24</sup> G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF « Thémis », 1958, p. 71.

<sup>25</sup> F. Zénati, « Le procès, lieu du social », *Arch. phil. droit*, T. 39, *op. cit.*, p. 239 et s., spéc. p. 240.

<sup>26</sup> J. Carbonnier (*Flexible droit*, *op. cit.*, p. 333) en souligne la particularité : « *Ce service public, noble entre tous, s'élève comme un château au-dessus de la société qu'il juge* ».

strict d'une fonction juridictionnelle ; les autres modes alternatifs de règlement des différends (conciliation, médiation ou autres) ne permettent pas au tiers de trancher un litige en imposant une décision : ils participent à la résolution des conflits, sans l'exercice d'une véritable fonction juridictionnelle.

2. C'est ainsi *l'arbitrage, du fait de sa fonction juridictionnelle*, qui se retrouve au centre des débats. Mais parce que sa nature est hybride – juridictionnelle par sa fonction, mais conventionnelle par sa source – il présente un certain nombre de différences importantes avec la justice étatique.

C'est ainsi notamment que :

- l'arbitre, dans l'ordre international (mais aussi dans l'ordre interne) ne statue pas au nom de l'État, n'y est pas rattaché : de ce fait, le tribunal arbitral international n'a pas de for, une large autonomie est reconnue à la clause compromissoire, et la question se pose de l'intégration des sentences internationales dans un ordre juridique <sup>27</sup> ;

- le tribunal arbitral ne dispose pas de *l'imperium*, pouvoir propre au juge étatique, et ne dispose que du pouvoir de *jurisdictio* ; il ne peut ainsi revêtir sa sentence d'une quelconque formule exécutoire et ne peut exercer aucun pouvoir de commandement à l'égard des tiers, non parties à l'accord d'arbitrage ;

- l'arbitrage ne présente pas les principes attachés à la justice publique de gratuité, de publicité ou encore de double degré de juridiction ;

- enfin, s'il ne paraît pas aujourd'hui excessif de parler de jurisprudence arbitrale sur un plan international, il n'en demeure pas moins que ce terme de jurisprudence diffère assez largement de celui employé pour la justice étatique, faute de circulation générale des sentences et d'autorité régulatrice et unificatrice <sup>28</sup>.

*En définitive*, des différences subsistent entre justice publique et justice privée, mais le tableau d'ensemble est assez disparate. De manière générale, l'hostilité ou l'antagonisme a disparu, pour faire place à une « coexistence pacifique » ; plus encore, à partir d'une identité de fonctions, des convergences apparaissent aujourd'hui.

## II

Justice publique et justice privée présentent à l'heure actuelle d'*importantes convergences* et se rapprochent sensiblement l'une de l'autre. Loin d'être totalement étanches, elles entretiennent d'étroites correspondances. C'est ainsi qu'existe une influence du privé sur la justice publique (A) ; inversement, mais de manière indépendante, l'influence du public se ressent sur la justice privée (B) ; dépassant cette approche

<sup>27</sup> Cette problématique se trouve au centre de la célèbre affaire *Hilmarton* : v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1994, *Rev. arb.*, 1994.327, note Ch. Jarrosson ; *JDI*, 1994.701, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP*, 1995.359, note B. Oppetit ; *RTD com.*, 1994.702, obs. E. Loquin et J.-Cl Dubarry.

<sup>28</sup> Sur l'existence d'une jurisprudence arbitrale, véritable droit savant, v. B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *Rec. cours la Haye*, 1991, III, T. 234, p. 339 et s., spéc. p. 393 et s.

public-privé, c'est en définitive dans des perspectives communes que s'inscrivent justice publique et justice privée (C).

A. — *L'influence du privé sur la justice publique* pourrait se traduire par l'idée d'une certaine « privatisation » de la justice publique. Le terme mérite cependant d'être explicité : il ne s'entend pas au sens de privatisation du capital, ou d'analyse économique de la justice publique en termes de marché et de coûts<sup>29</sup>, ou encore de système dans lequel la justice aurait été livrée en pâture à des « marchands de droit »<sup>30</sup>. Plus juridiquement, il s'agit de montrer que la justice publique ne se rend pas en vase clos et qu'elle s'alimente de l'apport de personnes privées ou de méthodes *a priori* extérieures. *La justice étatique se teinte de considérations de justice privée*. Divers moyens d'importance inégale en témoignent.

1. Historiquement, l'*institution des arbitres publics* manifeste cette influence du privé sur la justice publique. L'institution est ancienne et remonte à Athènes : Aristote a montré le rôle original de ces arbitres publics : collaborant avec la justice des tribunaux, ils instruisent l'affaire et rendent une sentence : acceptée par les parties, elle met fin à l'action judiciaire ; refusée, elle est transmise au juge devant lesquels le procès public prend place<sup>31</sup>. L'idée a perduré à travers les âges, avec les arbitres-rapporteurs<sup>32</sup>, nommés par la juridiction consulaire afin d'examiner les documents, entendre les plaideurs, tenter de les concilier, et à défaut, transmettre leur avis à la juridiction, avis qui en pratique faisait souvent décision. Officialisée par l'ancien code de procédure civile, cette institution ancienne a disparu avec le nouveau code.

2. L'emprunt de la justice publique à la justice privée revêt une importance plus considérable avec l'instauration de *juridictions étatiques composées, non de magistrats professionnels, mais de juges élus*. L'État manifeste ainsi le souci d'une justice de professionnels issus du milieu des justiciables et d'une justice mieux acceptée par ceux-ci. Ce faisant, il renonce au tout étatique dans des champs de contentieux de première importance. Les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes, s'ils participent sans conteste à la justice publique, ne s'inspirent pas moins de préoccupations relevant également de la justice privée : ainsi les tribunaux consulaires présentent des traits communs avec l'arbitrage en matière interne ; la place faite à la conciliation dans ces enceintes du commerce ou du travail n'est pas négligeable ; et les juges consulaires ou

<sup>29</sup> Sur cette approche, v. B. Lemennicier, « L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée ? », *Justices*, 1995, p. 135 et s.

<sup>30</sup> Pour une telle analyse, v. Y. Dezalay, *Marchands de droit : l'expansion du « modèle américain » et la construction d'un ordre juridique transnational*, Fayard, 1992 ; du même auteur, « Des justices du marché au marché international de la justice », *Justices*, 1995, p. 21 et s.

<sup>31</sup> L. Gernet, « L'institution des arbitres publics à Athènes », in *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Sirey, 1955, p. 103 et s. ; N. Loraux, « Le procès athénien et la justice comme division », *Arch. phil. droit*, T. 39, *op. cit.*, p. 25 et s., spéc. p. 33.

<sup>32</sup> J. Lafon, « L'arbitre près la juridiction consulaire de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Rev. hist. dr.*, 1977.217 ; « Les délégations judiciaires en matière civile et commerciale », *Ann. Fac. Droit Strasbourg*, T. XIII, préf. F. Terré, 1964, p. 111 et s.

les conseillers prud'homaux ne seraient « rien d'autre que des experts institués juges parce qu'ils savent »<sup>33</sup>.

3. *L'appel du juge au sachant, et plus spécialement au technicien* dans toutes matières constitue encore un facteur important d'influence du privé sur le public. L'évolution de la science et des techniques implique de plus en plus fréquemment l'intervention dans l'appareil judiciaire étatique d'un tiers appelé à donner au juge un avis grâce à des connaissances particulières, utiles à la solution du litige et que le juge ne possède pas. Or, il a été remarqué (Motulsky) que si elle peut être utile au juge ou aux parties, l'institution de l'expertise « altère la pureté de la fonction juridictionnelle ». Les textes indiquent certes que la décision appartient toujours au juge, mais il arrive bien souvent en pratique – par commodité ou vertige face à la technique – qu'il s'efface devant l'expert, qui se veut juge : le constat est unanimement dénoncé en même temps qu'il est justifié : l'expert trouve sa légitimité dans la nécessité<sup>34</sup>. La montée en puissance de l'économie dans le droit ne fait qu'accroître le mouvement.

Encore convient-il d'ajouter que le juge entend en outre s'entourer d'amis. L'*amicus curiae*, inconnu des textes français, a été appelé récemment, dans les domaines les plus divers ; il s'est surtout trouvé consacré par la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière sur les maternités de substitution<sup>35</sup>. Cet appel du juge au Président du Comité national d'éthique (professeur de médecine réputé, approuvé par certains<sup>36</sup> a été dénoncé par d'autres, critiquant cette pratique du « consultant privilégié », le mélange des genres entre médecine et morale, morale et droit, et s'insurgeant contre la religion de l'expertise<sup>37</sup> ou la recherche d'une « caution de poids » et le brouillage de la théorie des sources du droit<sup>38</sup>. à tout le moins, de telles critiques ne peuvent laisser indifférent : le juge public se trouverait à la recherche d'une légitimité nouvelle accordée par l'avis d'un tiers, pratique d'autant plus critiquable que l'avis porterait sur le droit et non le fait.

Ce « temps des experts » marque l'effacement du juge public. Plus généralement, comme on l'a parfaitement décrit, une civilisation est à l'agonie : celle de l'humain.

<sup>33</sup> Cl. Lucas de Leyssac, « Observations générales sur l'expertise et l'entreprise » in *L'expertise*, coordination M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud, Dalloz, 1995, p. 63 et s., spéc. p. 65.

<sup>34</sup> V. B. Oppetit, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », et le rapport de synthèse de G. Cornu in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve. Xe Colloque des Instituts d'études judiciaires*, PUF, 1976, respectivement p. 53 et s., et p. 107 et s.

<sup>35</sup> Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *D.*, 1991.417, rapp. Y. Chartier ; *JCP*, 1992 II 21752, note F. Terré.

<sup>36</sup> V. not. D. Mazeaud, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », in *L'expertise*, *op. cit.*, p. 109 et s. ; Y. Laurin, « L'*amicus curiae* », *JCP*, 1992 I 3603.

<sup>37</sup> F. Terré, note préc.

<sup>38</sup> M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.*, 1992.489, spéc. p. 500 et s.

nisme ; une autre naît : celle de l'idéologie technicienne de la société industrielle ; en un mot, le passage de la culture à la technique <sup>39</sup>.

4. Enfin, l'influence du privé sur la justice publique se manifeste encore par le recours possible du juge étatique à la *conciliation ou à la médiation*. La conciliation, si elle peut toujours être recherchée par le juge étatique (art. 21 *NCPC*), voit son horizon s'élargir : la loi du 8 février 1995 autorise le juge, déjà saisi du litige, à nommer un conciliateur ou un médiateur, avec l'accord des parties, pour tenter de parvenir à une solution négociée <sup>40</sup>. Si le but peut paraître louable dans certains cas, les moyens utilisés (une réglementation tatillonne) et les motifs avancés (au nombre desquels figure le désencombrement des tribunaux judiciaires) peuvent faire craindre que la réforme ne soit vouée à l'échec ou ne connaisse d'importantes dérives, parmi lesquelles le risque d'un circuit de dérivation, une solution de facilité pour des juges surchargés, ou un coût élevé à supporter pour les justiciables.

Les manifestations d'une forte influence du privé sur la justice publique sont multiples, et on pourrait encore y ajouter la tendance récente à *contractualiser la justice publique* : on pense notamment au contrat judiciaire ou à la transaction en matière pénale, pourtant si éloignée du modèle français. Un tel mouvement d'ensemble peut s'avérer source de perturbations pour la justice publique. La ligne de démarcation devient d'autant moins nette qu'un mouvement inverse et complémentaire, de « publicisation » de la justice privée, se fait également ressentir.

B. — *L'influence du public sur la justice privée*, et spécialement sur l'arbitrage, se traduit par un double mouvement d'encadrement des pouvoirs publics d'une part, d'institutionnalisation et de juridictionnalisation croissantes, d'autre part.

1. *L'État* (législateur ou juge public) *entend encadrer sérieusement l'arbitrage*, dans son domaine possible d'intervention, son déroulement ou ses résultats :

- Le domaine, au moins en matière interne (la matière internationale étant largement libérée de ces contraintes) reste fixé par le législateur, conservant ainsi la maîtrise de sa possible extension ou de son cantonnement. Encore reçoit-il des éléments en provenance du législateur européen, dont le message n'est pas toujours d'une parfaite clarté (peut-on encore s'en étonner ?) : ainsi la directive du 5 avril 1993 sur la protection des consommateurs, récemment transposée en droit français, range-t-elle la clause compromissoire au ban des clauses potentiellement abusives, tandis qu'une résolution du Parlement européen du 25 juillet 1994 porte sur la promotion de l'arbitrage dans les litiges de consommation au nom du bon fonctionnement du marché intérieur et des difficultés majeures du recours à la justice étatique...

<sup>39</sup> B. Oppetit, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », art. préc., spéc. p. 54 ; F. Terré, « Observations finales » *in L'expertise, op. cit.*, p. 136.

<sup>40</sup> Pour un commentaire détaillé, v. Ch. Jarroson, « Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995 », *Rev. arb.*, 1995.219.

- Quant au déroulement de l'arbitrage, le juge étatique accorde sa pleine coopération, montrant ainsi sa faveur à l'égard de la justice privée. Sous réserve du pouvoir accordé aux institutions d'arbitrage, il est ainsi appelé à intervenir pour les problèmes les plus divers : difficulté de constitution du tribunal arbitral, prorogation de délai, remplacement ou récusation d'arbitre, prononcé de mesures provisoires ou conservatoires, voire octroi d'une provision. Le juge étatique devient juge d'appui et relai estimé indispensable.

- Enfin, le juge étatique conserve la surveillance des résultats de l'arbitrage, par le contrôle qu'il exerce sur les sentences et leur exécution.

2. Cette influence du public sur la justice privée se manifeste encore par un *mouvement d'institutionnalisation et de juridictionnalisation croissantes* de l'arbitrage, et plus précisément de l'arbitrage international, l'arbitrage interne semblant rester plus proche de ses sources. Les centres permanents d'arbitrage ne répugnent plus à prendre pour modèle d'inspiration les juridictions étatiques, et des commentateurs particulièrement autorisés ont pu présenter la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale comme remplissant une « véritable mission de service public »<sup>41</sup>. À cette institutionnalisation, s'ajoute une dégradation des mœurs dans l'arbitrage international : loin de consister toujours en une justice pacificatrice, celui-ci apparaît plus souvent que par le passé comme une « continuation de la guerre par d'autres moyens »<sup>42</sup>. Le constat est sévère : accroissement du formalisme, multiplication des incidents de procédure et des discussions pré-, péri- ou post-arbitrales faisant redouter le risque de « déviation proces-suelle »<sup>43</sup>, allongement des délais, appels constants au juge étatique...

Le professeur Bruno Oppetit s'en est ému dans son étude d'une particulière profondeur sur la « Philosophie de l'arbitrage commercial international » : la voie d'une étroite coopération avec les pouvoirs et les justices étatiques, remarque-t-il, a fait peut-être gagner l'arbitrage « en diffusion, mais au prix de son affadissement et du déclin de sa spécificité. Il présente désormais les traits d'un système mixte, à la foi mi-public et mi-privé, mi-contractuel et mi-institutionnel, exposé aux dangers de la bureaucratisation et de l'esprit procédurier »<sup>44</sup>.

Ainsi, l'évolution de l'arbitrage international paraît aller au rebours de son inspiration constante à l'autonomie ; conséquence ou paradoxe de son succès, celui-ci se trouve de plus en plus dans la dépendance de la justice publique. L'influence corrélatrice du privé sur la justice publique ne saurait constituer un facteur d'apaisement. Justice privée et justice publique présentent ainsi des convergences non dénuées d'effets pervers et de risques majeurs pour l'une comme pour l'autre. Faut-il alors souhaiter, si on ose les termes, une justice publique plus publique et une justice privée plus privée ? Quelle que

<sup>41</sup> Y. Derains, D. Hascher et J.-J. Arnaldez, « Chronique des sentences arbitrales C.C.I. », *JDI*, 1992, p. 990.

<sup>42</sup> B. Oppetit, préface à l'ouvrage de Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. XVI.

<sup>43</sup> Ph. Fouchard, « Où va l'arbitrage international ? », 34 *Mc Gill Law Journal*, 1989, p. 435 et s.

<sup>44</sup> B. Oppetit, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », art. préc., p. 820.

soit la réponse que l'on entend y apporter, au moins ces deux formes s'inscrivent-elles toujours dans des perspectives communes.

C. — *La recherche de perspectives communes* permet à la justice publique et la justice privée de se retrouver dans une unité rassurante, du moins si l'on restreint la justice privée à l'arbitrage (les autres modes de règlement des différends pouvant plus largement s'éloigner de ces notions). Cette réserve faite, la communauté apparaît tant sur le terrain de la juridicité que sur celui de la finalité de justice poursuivie.

1. Opposer justice publique et justice privée sur le *terrain du droit ou de la juridicité* ne paraît guère convaincant. Comme on l'a bien montré, l'utilisation éventuelle de l'amicable composition dans l'arbitrage ne suffit pas à éloigner celui-ci de l'orbite du droit<sup>45</sup> ; et l'arbitrage même international, loin de se réduire à un mécanisme ou un état d'esprit, s'inclut dans le champ des institutions juridiques, que l'on retienne une conception positiviste, sociologique ou jusnaturaliste de la juridicité<sup>46</sup>. Le juge privé se fait aussi défenseur de l'intérêt général, par le respect imposé de l'ordre public, et la jurisprudence lui a reconnu le pouvoir de sanctionner toute violation de celui-ci<sup>47</sup>.

Allant plus loin, on pourrait se demander si juge étatique et juge arbitral, placés dans une situation de dire le droit, ne feraient pas tous deux acte de révélation et non de création du droit. Ils auraient alors un titre égal à être comparés à l'image du juge dessinée par R. Dworkin, pour qui celui-ci serait « capable en toutes circonstances de découvrir dans l'ordre juridique la bonne réponse », c'est-à-dire une réponse qu'il puisse justifier en se référant aux principes qui sont dans l'ordre juridique et qu'il lui appartiendrait de découvrir.

La perspective commune à la justice publique et à la justice privée ne s'arrête pas cependant à cette première donnée.

2. Justice publique et justice privée s'inscrivent encore dans une *finalité commune*, dans la recherche du même idéal de justice, comme avait pu le pressentir Motulsky. À travers la fonction juridictionnelle exercée, toutes deux doivent respecter des principes essentiels de toute justice digne de ce nom et liés à la notion de *procès équitable*. Si certaines règles techniques apparaissent attachées à un ordre étatique donné, ou ne visent que la justice publique, des principes fondamentaux cependant s'appliquent indifféremment à toute justice, quelqu'en soit la source, et paraissent relever, comme on a pu l'avancer, du droit naturel<sup>48</sup>.

On ne s'étonnera guère ainsi de voir arbitrage et justice étatique réunis sur un certain nombre de solutions :

<sup>45</sup> E. Loquin, *L'amicable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, préf. Ph. Fouchard, Litec, 1980.

<sup>46</sup> Sur cette démonstration, B. Oppetit, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », art. préc., p. 822-823.

<sup>47</sup> Sur ce mouvement, v. not. Paris, 29 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991.478, note L. Idot ; Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spéc. n° 566.

<sup>48</sup> Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges P. Roubier*, 1961, T. 1, p. 175 et s.

- Le respect des droits de la défense ou du contradictoire s'impose à un titre égal à l'une et à l'autre des justices, et l'arbitrage, tout comme la justice étatique, doit assurer une égalité de traitement entre les parties <sup>49</sup> ;

- S'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, si présente aujourd'hui devant le juge étatique, son défaut d'application directe à l'arbitrage n'empêche pas les principes qu'elle édicte de l'influencer largement, notamment à travers son article 6-1 sur le caractère équitable du procès <sup>50</sup> ;

- Enfin, l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre doivent être assurées tout comme le sont, de manière statutaire, celles du juge public ; on comprend dès lors que ces qualités soient regardées comme une condition essentielle chez le juge privé, et que soient organisés mécanismes d'empêchement ou de récusation.

\*   \*  
\*

*En conclusion*, il ressort de l'examen des rapports entre justice publique et justice privée qu'au-delà des dissemblances, d'importantes convergences apparaissent et rapprochent à l'heure actuelle tout spécialement l'arbitrage et la justice étatique : « *Dualités de légitimités, mais communauté d'éthique et de fin, diversité de moyens, mais unité fonctionnelle* » a-t-on pu écrire <sup>51</sup>. Le constat se veut malgré tout rassurant, et on ne peut qu'y souscrire. L'ambiance passionnelle, affective ou idéologique <sup>52</sup> qui entoure la justice ne doit en aucun cas empêcher de poursuivre l'essentiel, afin d'éviter « le sabotage de la justice » dénoncé par Joseph K. (dans le *Procès de Kafka*) à l'encontre de ses juges. Car, en définitive, « *que les juges soient désignés par l'effet d'un contrat social ou d'un contrat particulier ne change rien à l'affaire* » <sup>53</sup> : quelle que soit la voie empruntée, c'est la justice, et elle seule, qui doit être poursuivie.

54 boulevard Desgranges  
92331 Sceaux Cedex

<sup>49</sup> V. à cet égard Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janv. 1992 (*Dutco*), *JDI*, 1992.723, concl. av. gén. Flipo, note Ch. Jarrosson ; *Rev. arb.*, 1992.470, note P. Bellet. Adde, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *op. cit.*, spéc. n° 783 et s.

<sup>50</sup> V. not. Ch. Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.*, 1989, p. 571 et s.

<sup>51</sup> B. Oppetit, « Justice étatique et justice arbitrale », art. préc., p. 426.

<sup>52</sup> Selon les termes employés par H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>53</sup> F. Terré, « Au cœur du droit, le conflit », in *La Justice, l'obligation impossible*, éd. Autrement « Morales » n° 16, p. 100 et s., spéc. p. 101.