

La résolution des conflits

Justice publique et justice privée : une frontière mouvante

Sous la direction de
Serge Dauchy, Véronique Demars-Sion
Annie Deperchin, Tanguy Le Marc'hadour
Coordination
Sarah Castelain

Note de synthèse

- ☒ *Approches épistémologiques*
- ☒ *Résolution des conflits en matière pénale*
- ☒ *Résolution des conflits familiaux*
- ☒ *Les conflits entre peuples*
- ☒ *La résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés*
- ☒ *La résolution des conflits en matière de commerce, terrestre et maritime*

Convention de recherche
GIP Mission de Recherche Droit et Justice
n° 500530

Lille, septembre 2008

Rapport de Synthèse

L'histoire de la résolution des conflits est traditionnellement présentée comme directement dépendante de celle de la puissance du pouvoir central. En effet, l'un des signes les plus marquants de la souveraineté étatique réside dans la prise en charge de la résolution des conflits, et c'est bien dans l'organisation de la justice publique que l'Etat trouve le moyen d'imposer sa souveraineté et de remplir sa fonction de garant de la paix intérieure. Ainsi, la croissance de l'autorité aurait pour corollaire celle de sa capacité à juger les conflits. A l'inverse, les périodes de faiblesse de l'autorité centrale entraîneraient un affaiblissement corrélatif de la justice publique et permettraient l'épanouissement des modes de résolution négociés. Ce schéma historique correspond à peu près à celui de la formation des états européens dans le courant du Moyen Age et à l'époque moderne, périodes pendant lesquelles l'affirmation de l'Etat et de sa vocation justicière étaient étroitement liées.

Néanmoins, cette idée mérite d'être nuancée car elle aboutit à opposer arbitrairement justice étatique et modes alternatifs de résolution des conflits. Or, justice publique et privée, loin de s'opposer systématiquement, ont coexisté à toutes les époques, et se sont parfois même complétées. A ce sujet, il convient de souligner que l'Etat n'a jamais voulu s'assurer le monopole du règlement des conflits, mais simplement la primauté. Ainsi, en instaurant ou en cautionnant des pratiques telles que l'arbitrage ou la transaction, l'autorité publique a laissé aux justiciables les moyens de gérer eux-mêmes leurs conflits tout en se réservant la possibilité d'en assurer la sanction finale. Cette affirmation, valable pour l'Etat médiéval, l'est également pour l'Etat moderne et contemporain. Dans cette mesure, les pratiques conventionnelles participent peut-être d'un infra-judiciaire, et témoignent d'une volonté de l'Etat de laisser à la société le soin de s'autogérer à partir du moment où il assure le contrôle final.

De cette réflexion sur les rapports entre justice publique et privée en naît une autre : celle du rapport entre les types de conflits et les modes de règlement choisis. Face à la diversité des modes de résolution existants, on peut se demander comment et par qui la répartition est effectuée? Est-elle choisie par les justiciables ou imposée par l'Etat ? Pour quelles raisons et selon quels critères ? La question de l'opportunité du mode de résolution est en effet tout aussi importante que celle de sa nature.

Cette recherche, qui s'inscrit dans la continuité des travaux déjà menés avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice sur le thème de la résolution des conflits¹, poursuit plusieurs objectifs.

En premier lieu, elle est destinée, à travers une étude historique s'étendant de l'Antiquité à nos jours, à restituer la généalogie des rapports entre justice étatique et modes alternatifs de résolution des conflits. Nous voulons également apporter à notre recherche une dimension internationale. Il nous semble en effet que la comparaison de notre système juridique avec celui de pays voisins, comme l'Allemagne ou les états membres du Bénélux, peut être riche en enseignements en raison de la diversité de leur histoire, de leurs institutions et des politiques poursuivies. Il conviendra en outre d'envisager une comparaison avec les pays anglo-saxons, dont l'histoire judiciaire et le système juridique fondé sur la Common Law présentent une profonde originalité par rapport aux nôtres. En outre, l'appel à des chercheurs étrangers permettra d'obtenir leur point de vue sur notre système juridique et judiciaire et notre manière de résoudre les litiges.

Enfin, parce que la recherche actuelle ne peut plus se cantonner aux considérations de spécialistes d'une seule discipline sur un problème, nous convions des chercheurs et universitaires de disciplines différentes afin de donner à nos journées un important aspect pluridisciplinaire.

¹ Mars 2001, Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale ; avril 2001, Les représentations sociales du règlement des litiges. Le cas des modes alternatifs ; mai 2001, Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?

Notre droit actuel met à la disposition des justiciables et des professionnels de la justice tout un arsenal juridique, renforcé depuis les années 1990 par une multiplication des modes alternatifs de résolution des conflits, pour que l'issue d'un litige intervienne le plus rapidement possible et à moindres frais. Dès lors, face à la diversité des modes de résolution existants (conventionnel, juridictionnel, d'essence publique ou privée), comment, et par qui, la répartition des matières est-elle effectuée ? Relève-t-elle d'un choix des parties ou est-elle imposée par l'Etat ? Pour quelles raisons et selon quels critères ?

Cette étude n'a pas pour unique objet de décrire les modes de résolution et de régulation des litiges à travers les âges, mais vise surtout à rechercher les ruptures et les continuités dans la manière de rendre la justice et à déterminer l'influence du contexte politique et social en la matière. Son originalité réside dans la vision largement comparatiste dans laquelle elle s'inscrit : comparatisme dans le temps, dans l'espace et dans les points de vue livrés sur les thèmes abordés. Tout d'abord, le champ chronologique retenu, très large puisqu'il s'étend de l'Antiquité à nos jours, permet de restituer la généalogie des rapports entre la justice étatique et les modes alternatifs de résolution des conflits et d'établir ainsi plus facilement des comparaisons entre les pratiques d'hier et d'aujourd'hui. Le cadre géographique choisi autorise, notamment grâce aux partenariats développés avec l'Allemagne et la Belgique, une vision dépassant le seul cadre national. La comparaison de notre système juridique avec celui de pays voisins, comme l'Allemagne ou les Etats membres du Benelux, peut en effet être très instructive en raison de la diversité de leur histoire, de leurs institutions et des politiques poursuivies. En outre, l'appel à des chercheurs étrangers a permis d'obtenir leur point de vue sur notre système juridique et judiciaire. Enfin, parce que la recherche actuelle ne peut plus se cantonner aux considérations de spécialistes d'une seule discipline, des chercheurs et des universitaires de disciplines différentes ont été associés au projet afin de donner à celui-ci une réelle perspective pluridisciplinaire. Il est en effet certain que la présence de sociologues, d'historiens, d'anthropologues et de juristes, académiques et praticiens, a enrichi le débat en posant un regard différent sur les problématiques abordées.

Concrètement, le projet s'est attaché, après une réflexion introductive sur les concepts de « justice publique » et « justice privée » et sur les rapports entre ces deux notions², à étudier différents types de conflit afin d'apprécier la diversité des modes de résolution, existants et ayant existé, et de juger de leur efficacité. Au préalable, il convenait toutefois de cerner les notions et, surtout, de définir les contours de la justice privée, longtemps occultée dans les travaux des historiens par l'appréhension positive des archives³. Cette justice privée, ou cette infra justice, prend forme dans la vengeance privée, les accommodements et l'arbitrage⁴. L'infrajudiciaire tend à se développer dans les campagnes où l'assimilation au monde judiciaire est plus lente. Pour autant, au Moyen-Âge l'arbitrage était loin de refléter l'absence de culture judiciaire de ceux qui l'utilisaient. Au contraire, bien que mode alternatif de règlement des conflits, il suit une procédure rigoureuse du compromis à la sentence arbitrale. De nos jours, un flou subsiste. En matière de justice pénale, par exemple, ce flou résulte à la fois de l'incertitude de la qualification de la justice pénale au regard de la dichotomie juridique traditionnelle entre droit privé et droit public, des rapports récursifs entre le ministère public et les particuliers et enfin de la relation dialectique entre l'action publique et l'action civile⁵. La transaction, et le rôle de l'Etat dans ce contrat particulier, en fournit un autre cas d'espèce. Si on s'accorde traditionnellement pour dire que la finalité de la transaction est d'évincer l'Etat dans la résolution des litiges entre particuliers, cette assertion commune cache toutefois une réalité historique, celle du rôle en amont de l'Etat. C'est en effet la puissance publique qui donne à la transaction à la fois sa force obligatoire (pour faire obstacle au retour au litige) et sa force exécutoire (de manière privilégiée par rapport à tous autres contrats)⁶. Enfin, on insistera ici sur l'apport d'une approche anthropologique. Ainsi, la médiation telle qu'elle est pratiquée en Afrique – terme aujourd'hui à la mode dans nos sociétés occidentales – constitue une tradition multiséculaire en Afrique, en particulier dans l'Afrique des Grands

² Journée « Approches Epistémologiques » organisée à Lille le 2 mai 2006 en collaboration avec l'Institut d'Etudes Judiciaires de la Faculté de droit de l'Université Lille 2

³ J.-C. FARCY (Centre Georges Chevrier, CNRS - Université de Bourgogne), Justice privée et justice publique. Approche de l'historiographie (France XVIIIe-XXe).

⁴ Y. JEANCLOS (Université Robert Schuman, Strasbourg), L'arbitrage, une pratique au service du règlement pacifique des différends.

⁵ M. VAN DE KERCHOVE (Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles), La justice pénale, entre justice publique et justice privée ?

⁶ E. SERVERIN (Institut de recherches juridiques sur l'entreprise et les relations professionnelles, CNRS - Université Paris X), La force du contrat de transaction.

Lacs. C'est au regard de deux institutions traditionnelles, le Gacaca au Rwanda, et l'Ubushingantahe au Burundi, que la puissance imaginative des sociétés traditionnelles en matière de médiation doit être mesurée⁷ et que les renseignements qu'elle fournit doivent être intégrés à la réflexion sur la place des modes alternatifs de résolution des conflits dans les sociétés occidentales.

Trois axes de recherches ont pu être dégagés de la réflexion menée tout au long du projet. Le premier concerne les moyens mis en œuvre par les parties pour mettre fin à leurs conflits : ont-ils choisi la justice traditionnelle ou un mode alternatif ? Une fois le choix opéré en faveur du mode alternatif de résolution des conflits (arbitrage, transaction, contrat, voire l'inertie des parties...), la question se pose de savoir quelles raisons justifient ce choix : est-il réfléchi ou au contraire spontané ? Enfin, on s'interrogera sur la relation qui peut exister entre le type de conflit et le mode de résolution choisi : est-ce, en d'autres termes, la nature du conflit qui influence le mode de résolution utilisé ou ce choix est-il fonction des acteurs impliqués dans le conflit. Ces interrogations nous ont conduit à repenser la frontière traditionnelle entre justice étatique et modes alternatifs de résolution des conflits et les raisons qui peuvent sous-tendre cette approche dichotomique

LES MODES DE RESOLUTION DES CONFLITS EN MATIERE PENALE⁸

Peut-on véritablement parler de résolution des conflits en matière pénale ? Juridiquement, en effet, le conflit s'incarne autour de la notion d'infraction et la peine constitue traditionnellement le règlement de ou la réponse à cette infraction. On est donc en dehors de toute idée d'alternative au règlement des conflits : il n'y aurait en principe qu'une seule voie. C'est en tout cas l'image que nous livre l'historiographie classique du XIX^e siècle et du début du XX^e. Lorsque l'Etat s'est formé, tout autre type de règlement des conflits a disparu en matière pénale. Le système de règlement des conflits ne réside que dans le procès pénal où l'Etat définit les infractions, impose ses valeurs et punit par le spectacle pénal. Pour autant, chacun sait (et les études récentes des historiens le montrent) qu'il y avait bien d'autres manières de régler les conflits, même après le XIII^e siècle. Cela semblait évident avant le XIII^e siècle car il y avait les règlements négociés entre groupes en raison du système de solidarité familiale, un système somme toute assez proche du système de règlement des conflits internationaux. Toutefois, et contrairement à ce qu'on a longtemps affirmé, cette pratique n'a pas disparu après le XIII^e siècle.

Dans le sillon de travaux collectifs qui depuis une dizaine d'années se sont attachés à cerner les divers aspects des règlements des conflits – de la composition, de la transaction et autres pratiques relevant du néologisme que constitue « *l'infrajudiciaire* »⁹ – nos recherches ont confirmé que l'affirmation de la puissance étatique comme moyen d'assurer la paix intérieure et la prise en charge directe par l'autorité publique de la résolution du conflit violent, n'a jamais totalement étouffé l'idée d'un règlement des conflits faisant participer les parties. C'est davantage sur la complémentarité des procédures et sur le rôle des différents acteurs qu'il faut insister.

Au-delà des différentes procédures et des appellations diverses léguées par les siècles à ces mécanismes particuliers de résolution des conflits, au-delà aussi de leurs champs respectifs de recherche, de leurs périodes de prédilection ou de leurs sources, il existe incontestablement des « invariants ». Le domaine de la pacification concerne le petit contentieux (comme celui des injures) dont on souhaite ne pas

⁷ J. FIERENS, (Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur), Justice traditionnelle et justice moderne dans l'Afrique des Grands Lacs.

⁸ La journée consacrée à la résolution des conflits en matière pénale a été organisée à Douai, le 8 décembre 2006, en partenariat avec la Faculté de droit Alexis de Tocqueville.

⁹ Ainsi, les actes du colloque de Dijon publiés sous la direction de Benoît Garnot : ceux consacrés au Moyen Âge par la Société des médiévistes de l'enseignement supérieur, ou ceux de l'Institut d'anthropologie juridique de Limoges ; v. B. GARNOT (dir.), *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, actes du colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995, Dijon, 1996 ; *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, XXXI^e congrès de la S.H.M.E.S. (Angers, juin 2000), Paris, 2001 ; J. HOAREAU-DODINAU et P. TEXIER (dir.), *Résolution des conflits. Jalons pour une anthropologie historique du droit*, Limoges, 2003.

encombrer les tribunaux¹⁰. Ceci rejoint les préoccupations du droit romain et de ses commentateurs¹¹. Cependant, sous l'Ancien Régime, des actes plus graves comme les homicides étaient également concernés, et ces pratiques perdurent encore de nos jours dans les sociétés traditionnelles¹². Les atteintes à l'honneur sont aussi visées par des modes alternatifs de résolution des conflits, soit qu'il s'agisse d'injures qui dégénèrent et que la justice doit réparer, soit que l'action pénale attente à l'honneur de l'inculpé, une résolution non contentieuse évite alors la honte de l'aveu public¹³. L'action judiciaire entre dès lors dans le patrimoine de la victime – ou dans celui de la famille pour ce qui concerne les sociétés sans Etat – qui peut même céder ses droits¹⁴. En réalité, le juge a toujours souhaité conserver un certain contrôle sur ces procédures infra- ou extrajudiciaires. Ainsi, limitée dans le projet de l'ordonnance de 1670, la transaction fut largement autorisée dans le texte final, sauf pour les crimes capitaux avec peine afflictive. A l'instar du pragmatisme médiéval, l'autorité judiciaire préfère encore aujourd'hui contrôler des transactions pénales plutôt qu'organiser une répression difficile à mettre en œuvre ?

Quel que soit le motif, le juge tient à contrôler la transaction, laquelle ne peut donc être réduite à un contrat purement civil¹⁵ ; l'appareil d'Etat tient clairement à conserver la mainmise sur le règlement des conflits. Sans accord du juge, il y aura collusion. Surtout, la transaction ne vaut qu'entre les parties, il n'y a pas d'autorité de la chose transigée *erga omnes*. Les parties restent de surcroît protégées par les voies de recours. Ainsi, un fort taux d'appel se constate qu'il s'agisse du Moyen Âge ou de la période moderne. Les parties maîtrisent donc la stratégie du conflit judiciaire, mais l'important n'est-il pas l'écoute ? Il est parfois plus important de débattre d'un conflit que d'obtenir une décision. Il faut, alors, faire attention à ce que ces pratiques n'instrumentalisent pas la justice. Le juge doit en d'autres termes rester le maître de la procédure et la grande flexibilité des outils offerts au Parquet contemporain en matière de transaction pénale s'inspire d'ailleurs directement de la « souplesse procédurale » de l'ancien droit. Il en maîtrisera aussi les effets pratiques : une plus grande clémence dans l'ancienne pratique, une invitation à un rabais sensible de la peine dans le droit le plus contemporain. Le danger devient alors celui de la liberté du consentement, tant de l'auteur que de la victime, dans cet aveu judiciaire qui entraîne la conviction. En effet, l'auteur présumé ne pourrait-il pas être amené à avouer un crime pour lequel il est innocent, ce qui peut arriver quand on recherche absolument l'assentiment d'un coupable cherchant à tout prix à éviter la honte publique.

Si la transaction rend compte de pratiques sociales et judiciaires relativement harmonieuses, il faut noter qu'elle peut donner lieu, notamment en matière pénale, à un important contentieux judiciaire. D'ailleurs, la principale source des historiens pour aborder la transaction n'est-elle pas fournie par un contentieux judiciaire né de l'échec de ces transactions ! Les historiens sont-ils pour autant condamnés à ignorer les transactions qui furent exécutées sereinement par les parties, finalement un « *chiffre blanc* » de la transaction qui serait le miroir du « *chiffre noir* » de la criminalité ? La transaction demeure pourtant, pour les juges médiévaux, préférable au procès comme l'atteste la formule de renvoi de la cause « *sous espérance* » (*sub spe*) d'accord et de tout temps la justice fut attentive à favoriser le règlement amiable des conflits. La sagesse populaire voulant qu'un mauvais accord est préférable à un bon procès a toujours été partagée par la robe. L'histoire, en cette matière comme dans d'autres, nous apprend que les procédures anciennes permettent de remettre en perspectives les avant-gardes actuelles¹⁶.

¹⁰ I. COUTANT (Ecole Normale Supérieure de Paris), Les audiences pour mineur en Maison de justice. Rappel à la loi, médiation : au-delà de l'opposition prévention/répression.

¹¹ R. ECKERT (Université Strasbourg III), La transaction devant la chambre criminelle du parlement de Paris au début du XV^e siècle : l'exemple de l'affaire Broquel.

¹² G. COURTOIS (Université d'Artois), Vengeance et réparation dans les sociétés sans Etat, le cas du Wayuu.

¹³ E. WENZEL (Université d'Avignon et Pays de Vaucluse), Une « autre justice » ? Les voies « alternatives » dans l'ancienne procédure criminelle. J. DANET (Université de Nantes), Les nouveaux modes de traitement des délits et la place des parties.

¹⁴ R. MARTINAGE (Université Lille 2), Compromis, transaction, cession de droit en matière pénale (XVI^e- XVIII^e siècles).

¹⁵ L. ABOUCAYA (Université Lille 2), Le Juste et le Juge : sensations d'audience.

¹⁶ L. DE CARBONNIERES (Université Lille 2), a conclu cette journée.

Existe-t-il réellement un domaine de l'infra judiciaire ? Derrière cette interrogation, c'est une nouvelle façon d'envisager les conflits pénaux qui se profile. Deux visions de la résolution des conflits pénaux ont jusqu'à présent été opposées : celle d'un Etat qui tranche autoritairement et celle du recours à l'infrajudiciaire qui répond à des stratégies de contournement de la justice étatique dans laquelle certains justiciables ne se reconnaissaient pas. Les recherches menées dans le présent projet ont ouvert une troisième voie, à savoir l'idée qu'il n'y a pas nécessairement concurrence entre les deux premières voies mais qu'elles peuvent parfaitement être complémentaires. L'infrajudiciaire s'apparente à du judiciaire, ou à tout le moins à un règlement « juridique » des conflits. La transaction, par exemple, a lieu lorsque la justice étatique, ou plutôt la justice rendue par les autorités publiques (notamment les villes au Moyen Age), ne peut pas agir et que le conflit est de ce fait dépenalisé. C'est le cas des lettres de rémission : le crime ayant été remis par le roi et toute infraction ayant de ce fait disparue, il fallait trouver d'autres voies pour régler le conflit entre les protagonistes. On use également de modes transactionnels en matière de conflits familiaux afin d'éviter le scandale qui troublerait encore davantage l'ordre public. D'où le choix de maintenir ces modes de résolution des conflits dans la sphère privée. Ainsi, en matière d'adultère, on ne trouve pas d'affaires punies pénalement selon les règles de l'authentique dans les fonds des parlements, même au XVIII^e siècle, car ces règles empêchent que le procès aboutisse. En revanche, on trouve d'autres voies judiciaires que la voie purement pénale, comme la procédure de police ou la civilisation du procès. Quelle que soit la voie judiciaire choisie, l'Etat a toujours jalousement défendu son pouvoir de contrôle ; c'est pourquoi on ne peut pas véritablement parler d'infrajudiciaire. Il n'en demeure pas moins que les comportements changent à partir du XVIII^e siècle, changement qui s'accompagne d'une augmentation du contentieux devant les parlements. Une des explications tient au fait que les victimes saisissent de plus en plus souvent le juge pénal¹⁷. Toutefois, il ne faudrait pas en conclure, comme on parfois eu tendance à l'affirmer, que le procès pénal est alors confisqué par le Ministère public. Il reste à explorer l'évolution au XIX^e siècle. Des trop rares travaux consacrés à cette période, il apparaît que l'Etat tente d'imposer la voie pénale devant les juridictions tout en jouant sur la possibilité d'éviter la voie criminelle, avec ses lourdes peines, pour lui préférer la voie de la correctionnalisation. Mais on ne peut pas pour autant en conclure que ce siècle ignore tout règlement négocié.

De nos jours, on observe clairement un retour vers des modes diversifiés. Il ne s'agit pas d'une renaissance des anciennes voies privées de règlement des conflits mais davantage d'un arsenal de moyens laissé au Ministère public pour éviter le procès. Tous ont un objectif commun : ramener la paix indépendamment de la voie choisie. On ne saurait toutefois pas passer sous silence le danger inhérent à des modes de résolution des conflits qui imposent l'adhésion des intéressés. En effet, cette adhésion est souvent forcée car le rapport de force entre les parties est déséquilibré. Ces voies, qui ont davantage la faveur des politiques que des juristes, écartent aussi les garanties du procès. De ce point de vue, le procès a l'intérêt de remettre les rapports de force entre les parties à égalité, même si cette égalité n'est jamais parfaite.

LES MODES DE RESOLUTION DES CONFLITS FAMILIAUX¹⁸.

La résolution des conflits en matière familiale doit nécessairement s'adapter au caractère particulier de son objet, à la fois lieu privé et même intime mais aussi pilier de notre organisation sociale dont par définition l'Etat ne peut se désintéresser. Etudier la résolution des conflits familiaux s'est donc se situer d'emblée à la frontière mouvante de la justice publique et de la justice privée, c'est rechercher à travers les âges comment le choix entre ces deux justices a pu s'opérer ou se combiner, c'est dégager les solutions originales qui ont été trouvées.

Au terme de notre enquête, quelques lignes de forces s'imposent. Tout d'abord, la résolution des conflits familiaux est toujours une affaire sociale. Les raisons pour lesquelles la société s'intéresse aux conflits familiaux sont nombreuses. Elles tiennent en premier lieu de la stricte utilité : lorsque la famille ne

¹⁷ I. ARNAL-CORTHER (Université Lille 2), Un exemple d'implication des parties dans la résolution du conflit en justice : La participation des plaideurs dans les procès pour injures devant le parlement de Toulouse (XVII^e-XVIII^e siècles).

¹⁸ La journée consacrée à la résolution des conflits familiaux, organisée en collaboration avec le laboratoire d'Etudes et de Recherches Appliquées au Droit Privé (L.E.R.A.D.P.), s'est tenue le 11 mai 2007 à la Faculté de droit, université Lille 2.

remplit plus ses fonctions de subsistance, ses membres se tournent vers la collectivité pour qu'elle pourvoie à leurs besoins. Dans d'autres cas, c'est par le biais de la religion que les difficultés familiales acquièrent une dimension sociale : ainsi le refus de délivrance du « *gueth* », en paralysant le remariage de la femme divorcée, suscite des difficultés juridiques débordant largement le cadre du ménage dissous. Dans le souci de prévenir d'éventuelles difficultés, la société pourra aussi, par l'intermédiaire des curés, « repérer les mauvais ménages dès leur naissance ». A toute époque, il ne fait pas de doute que la paix des familles ait été nécessaire à la préservation de la paix sociale¹⁹.

Contrairement à ce que l'on semble souvent penser, il convient donc de souligner d'emblée qu'existent bien, en matière de conflits familiaux, deux types de modes de résolution de conflits : la résolution traditionnelle et le mode alternatif. Ils s'imbriquent généralement à tel point que lorsqu'il est fait appel à l'arbitrage, les parties en conflit cherchent généralement, en dehors de la sphère familiale, des arbitres dont l'autorité, morale ou sociale, s'apparente à celle du juge : l'intendant, le notaire, le curé, le rabbin... Quant aux raisons qui conduisent à choisir plutôt un mode alternatif que la justice traditionnelle, ou inversement, elles sont multiples. Elles peuvent être liées à la pression juridique ou au milieu dans lequel les parties évoluent. En matière de famille, on essaie d'abord de trancher le différend dans un cercle restreint et c'est en dernier recours que les parties se tournent vers la justice traditionnelle. Mais il peut y avoir des raisons beaucoup plus réfléchies. Les autorités elles-mêmes peuvent pousser à ce que la résolution soit d'ordre privé. En affichant le désordre des familles, on touche en effet à la paix sociale et à l'ordre public. C'est le même raisonnement que tiennent les autorités religieuses, qu'il s'agisse des curés ou des rabbins²⁰, lorsqu'elles s'efforcent de cantonner ce type de litiges à la sphère privée. Là encore, montrer le désordre des familles, notamment en matière de mariage, c'est afficher ostensiblement les atteintes à la religion. Il existe aussi des raisons beaucoup plus pragmatiques : des raisons économiques, la longueur des procédures. Ainsi en matière de successions, les parties ne désirent pas que les fruits de la succession passent en frais de procédure. Le choix de modes alternatifs de résolution des conflits peut également être motivé par l'incertitude des jugements, voire par l'impuissance de la justice à faire appliquer ses décisions. Dans tous ces cas, on se reporte volontiers vers un mode alternatif pour terminer le conflit. Enfin, il ne faudrait pas occulter l'existence de véritables stratégies : une partie peut utiliser la justice comme un moyen de pression sur la partie adverse et même sur des tiers. En menaçant de recourir à la justice traditionnelle, on peut ainsi forcer son adversaire à opter pour un mode de résolution privé.

Un autre constat porte sur la très grande variété des types de conflits familiaux qui appellent un mode de résolution spécifique. A côté des séparations de couples, on trouve au moins deux autres types de litiges récurrents : ceux qui s'élèvent entre parents et enfants, notamment à propos du mariage de ces derniers, et ceux, plus importants encore, qui touchent aux successions, notamment dans le contexte de familles recomposées. La nature des conflits influe sur leur mode de résolution, notamment parce que l'on ne peut pas traiter de la même manière des conflits naissants entre personnes égales, comme les époux, et les litiges entre parents et enfants. A cet égard, l'exemple de l'histoire législative et doctrinale belge met particulièrement bien en lumière une problématique dominée par la question de l'autorité ou de l'égalité²¹. La sophistication avérée des techniques législatives modernes de résolution des conflits familiaux répond à la diversité des situations des personnes en conflit, et concourt à renforcer le souhait permanent de voir ces conflits se résorber par l'accord, la médiation ou les « tribunaux de famille »... Existe-t-il pour autant une variation du mode de résolution en fonction de la nature du litige ? Il semble que des variations peuvent être observées en fonction du rapport symétrique (par exemple, entre époux) ou dissymétrique (ainsi, les conflits entre enfants et parents). Dans ce dernier on peut également observer des tentatives de prévenir le conflit en amont, notamment par la voie législative

Le choix de la personne, ou de l'autorité appelée à dénouer le conflit familial constitue un troisième point de la réflexion²². A cet égard, il convient de noter qu'il n'existe pas de frontière nette entre justice étatique et « infra-justice ». La situation de l'intendant d'Auvergne est à ce titre exemplaire puisque celui-ci peut intervenir soit au titre de la justice retenue soit en qualité de conciliateur, avec des glissements

¹⁹ A. BOZON (Université Lille 3), *Conflits familiaux et médiation cléricale dans la France du XVII^e siècle*.

²⁰ F. RENUCCI (CNRS - Université Lille 2), *Les solutions françaises aux conflits en matière de divorce religieux du XIX^e siècle à nos jours*.

²¹ R. BEAUTHIER (Centre de droit comparé et d'histoire du droit, Université Libre de Bruxelles) et B. TRUFFIN (Université Libre de Bruxelles), *Le juge, la famille et les époux : un trio classique ?*

²² C. POMMART (Université de la Réunion), *De l'incidence des techniques législatives sur la résolution des conflits familiaux*.

possibles entre l'un et l'autre cadre²³. Plus récemment, les « tribunaux de famille » demeurent fondamentalement une instance judiciaire, tandis que la délivrance du "*gueth*", obligation essentiellement religieuse, finit par être prescrite par les tribunaux étatiques²⁴. Enfin, à l'heure actuelle, la médiation familiale s'insère dans le procès judiciaire²⁵. Dans le choix du tiers appelé à trancher ou à apaiser le conflit, on observe à l'envie la recherche d'une autorité morale ou sociale (intendant, rabbin...) qui puisse, hors le recours à la justice traditionnelle, s'apparenter à celle du juge. Or, ce choix détermine les valeurs morales et religieuses qui vont sous-tendre la résolution du conflit. Lorsqu'il s'agit du curé, ces valeurs sont clairement affichées, au point d'ailleurs de nuire à son impartialité. Lorsque c'est le juge aux affaires familiales ou un médiateur, les choses sont moins claires.

En conclusion, si la résolution des conflits familiaux semble être un élément relevant de la sphère privée, elle cache en réalité souvent le poids des pressions sociales... et c'est ce poids qui pousse les parties à résoudre leurs conflits de manière privée.

²³ V. LESAGE (Université Nancy II), *L'intervention de l'intendant dans la résolution des conflits familiaux : l'exemple de l'intendant d'Auvergne au XVII^e siècle*.

²⁴ J. FERRAND (Université Grenoble II), *Les tribunaux de Famille sous la Révolution : lieux de convivialité ou juridictions authentiques ?*

²⁵ S. MONNOT (Médiatrice familiale), *les limites du médiateur familial*.

De nombreuses études, marquées ou non par une inspiration idéologique et/ou politique, ont déjà traité (d'un point de vue juridique, politique ou socio-économique) des conflits qui, de l'Antiquité à nos jours, ont opposé les gouvernants aux gouvernés au sujet de la légitimité de ces gouvernants, du choix des personnes et oligarchies qui exercent le pouvoir ou, plus ponctuellement, d'un rejet partiel ou complet de leurs décisions et choix de société. On s'est surtout intéressé aux différents modes d'expression de ces conflits qui, selon les lieux et les époques, se sont manifestés par des insurrections, des révoltes et révolutions, ou encore par des grèves et manifestations. En revanche, on s'est peu intéressé aux modes de résolution de ces conflits et à leurs acteurs.

Pour ce qui est des acteurs, on peut noter leur grande diversité en fonction des époques concernées. Pour la période médiévale moderne, on citera, parmi d'autres exemples, les autorités urbaines, les assemblées représentatives et l'Eglise, d'une part, le prince et ses représentants, d'autre part. Pour l'époque contemporaine, on pensera davantage aux syndicats, collectifs divers, partis politiques et groupes de pression comme interlocuteurs, voire comme médiateurs, entre les gouvernés et les mandataires élus ou autres représentants des autorités publiques et des administrations.

Au-delà des acteurs, se pose surtout la question des moyens dont ceux-ci disposent pour aplanir et résoudre les conflits. On s'est ainsi interrogé sur la pertinence des discussions et pourparlers formels ou informels, des concessions et accords oraux et écrits ou encore de l'adaptation des lois existantes ou de la promulgation de nouvelles normes législatives ou réglementaires comme modes extrajudiciaires (ou alternatifs) de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés ; sans oublier de confronter ceux-ci aux possibilités d'un règlement judiciaire de ces mêmes conflits, puisque tant les juridictions civiles qu'administratives ont, depuis la fin du Moyen Age, été appelées à trancher des litiges de ce type. Globalement – et on ne s'en étonnera pas s'agissant de conflits mettant en relation deux parties largement déséquilibrées – les gouvernants ont toujours eu la maîtrise du conflit. Mais la pugnacité et/ou l'inventivité des gouvernés leur a permis parfois de sortir honorablement du conflit.

Il convient tout d'abord de souligner en la matière l'importance accordée aux moyens de prévention des conflits. On peut ainsi observer que, dès le XVI^e siècle, le discours législatif a vocation à prévenir le conflit avant même qu'il n'éclate ou tout au moins à identifier les motifs éventuels d'opposition²⁷. La monarchie prend dès lors soin de s'entourer de conseils, surtout lorsqu'une disposition législative est sujet à polémique. Comment, dès lors, les sujets pourraient-ils s'opposer à une disposition légale édictée après délibération ? Toutefois, il convient de préciser que si le roi et son chancelier écoutent bien les avis, la solution législative n'en tient pas forcément compte. A cette époque, le roi s'affirme en effet comme seul législateur. Il incarne même, comme le diront les chanceliers, la raison. Paradoxalement, cette gestion préventive est elle-même source de nouveaux conflits entre, d'une part, le roi et, d'autre part, ses sujets et les corps constitués qui souhaitent voir leurs doléances reprises dans la législation. L'argumentaire développé par les chanceliers pour justifier les choix royaux s'apparente dès lors souvent à un discours visant à pacifier ce conflit extrajudiciaire.

Une autre particularité de ces conflits concerne l'absence de justice proposée par les gouvernants aux gouvernés. C'est donc souvent de déni de justice dont il est question dans ces affaires. La question du ressort de l'ancien parlement de Flandre en fournit un premier exemple²⁸, et de la situation particulière des justiciables avant la création du Conseil d'Etat belge²⁹.

Le ressort du parlement de Flandre a suivi les vicissitudes de la guerre et des traités de paix. La frontière mouvante entre la France et les Pays-Bas méridionaux laissait les justiciables dans un doute permanent quant à la saisine d'un juge légitime : devant quel juge les gouvernés devaient-ils se tourner ?

²⁶ Cette question a été traitée lors d'une journée d'études organisée conjointement avec le Centre de Recherches en Histoire du Droit et des Institutions à Bruxelles, le 8 février 2008.

²⁷ A. ROUSSELET-PIMONT (Université Lille 2), *Désamorcer le conflit. La portée du discours législatif au XVI^e siècle*.

²⁸ R. LIMELETTE (CNRS - Université Lille 2), *A la recherche de son juge dans le ressort du parlement de Flandre*.

²⁹ F. MULLER (FNRS - Université catholique de Louvain), *Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : La laborieuse création du Conseil d'Etat belge (1836-1946)*.

Les justiciables étaient face à un déni de justice car rien n'avait été prévu pour régler les questions de compétence juridictionnelle. Il fallut attendre parfois plus de dix ans pour que les justiciables pussent trouver une juridiction certaine et compétente. Toutefois, si la législation royale réglait la situation pour l'avenir, elle ne vidait pas pour autant le conflit antérieur.

L'histoire de la Belgique contemporaine en fournit un autre exemple. Entre 1840 et 1920, la Cour de cassation belge a restreint de façon drastique l'ouverture des cas d'indemnisation, excluant de sa compétence tout ce qui s'apparentait « *aux charges et aux fonctions publiques nées des lois et règlements touchant l'ordre public et la bonne administration de l'Etat* ». On n'a d'ailleurs pas hésité à qualifier cette jurisprudence d'« *automutilation du pouvoir judiciaire* ». Pendant quatre-vingt ans, jamais le déni de justice ne fut réparé. Ce n'est qu'en 1920 que la Cour de cassation belge mit fin à l'injustice. Dans un arrêt, resté célèbre sous le nom d'arrêt *Flandria*, la Cour reconnaissait la responsabilité de la puissance publique à l'occasion des dommages causés par la chute d'un arbre appartenant au domaine public sur une propriété privée. Il n'en demeure pas moins que la prévention, si elle tente de désamorcer en amont un conflit supposé ou naissant, crée parfois le conflit.

Enfin, reste que bon nombre de justiciables ne trouvent pas légitimes les décisions de justice. Ils entrent alors dans une sorte de conflit avec l'autorité judiciaire, ne reconnaissant pas la décision prise comme juste. Peut-être faut-il, comme le suggère Me Battistoni³⁰, bouleverser notre conception traditionnelle de la justice étatique. Il distingue à cet effet la « fonction d'autorité » du juge de sa « fonction d'accommodation ». Dans sa fonction d'autorité, le juge ne fait qu'appliquer la loi. Dans sa fonction d'accommodation, il est à l'écoute des attentes légitimes des parties et tranche en équité en s'affranchissant de la rigueur excessive de la loi. C'est dans ce jugement en équité qu'on peut trouver un mode alternatif à la régulation judiciaire des conflits. Le juge, figure emblématique de notre justice traditionnelle, doit-il se cantonner à appliquer la loi, ou peut-il s'en affranchir et juger en équité pour mieux satisfaire la demande de légitimité des parties ? L'office du juge doit dès lors se transformer : il convient en effet qu'il tienne compte non seulement du texte de la loi, des prétentions des parties mais aussi, chose nouvelle, de l'opinion que les parties se font de la loi.

Plus que tout autre type de conflits, ceux opposant gouvernants et gouvernés sont marqués par le poids de l'histoire et d'une tradition positiviste qui, lorsqu'elle est appliquée sèchement, laisse peu de place au juge. Le système de l'ancien droit, qui faisait appel à la raison et à l'équité, laissait de ce point de vue peut-être davantage au juge la possibilité de s'affranchir des lois et de la fixité du droit.

LA RESOLUTION DES CONFLITS EN MATIERE DE COMMERCE TERRESTRE ET MARITIME³¹.

Les spécificités et les impératifs du monde économique qui colorent le contentieux commercial ont, depuis l'Antiquité, justifié que les litiges en la matière soient soumis à un régime propre et non à la procédure suivie devant les juridictions de droit commun³². Il faut toutefois attendre le milieu du XVI^e siècle en France pour que le pouvoir royal institue une juridiction commerciale à part entière : la juridiction consulaire, créée d'abord pour Paris en 1563. Celle-ci, composée de juges élus par et parmi les marchands et fonctionnant selon des règles propres, est vivement critiquée par les juridictions ordinaires, notamment par le Parlement qui obtient en 1681 que les litiges survenus en matière de commerce maritime relèvent d'autres juridictions d'exception : les Amirautés³³. Mais alors que les Amirautés sont supprimées à la Révolution, les tribunaux de commerce, consacrés par le Code napoléonien de 1807, subsistent encore de

³⁰ E. BATTISTONI (Juge au Tribunal du Travail de Verviers, Belgique), *Les repères du juge entre ordre et désordre*.

³¹ Ce thème a fait l'objet d'un colloque international, organisé à Roscoff du 1^{er} au 3 mai 2008, ont été organisées, en partenariat avec l'Université Johann-Wolfgang-Goethe de Francfort-sur-le-Main et le Centre d'Histoire du Droit de l'Université Rennes I.

³² J. HILAIRE (Université Paris II), *La résolution des conflits en matière de commerce terrestre à partir des archives du Parlement de Paris au XIII^e siècle*.

³³ P. POURCHASSE (Université de Brest), *Le naufrage, un événement conflictuel au XVIII^e siècle*. L'exemple de l'amirauté de Cornouailles.

C. PFISTER (Université du Littoral - Côte d'opale, Boulogne-sur-Mer), *Marine et droit : des rapports très élastiques (XVIII^e siècle - XIX^e siècle)*.

nos jours³⁴. Le droit français, qui attribue le contentieux commercial à des juridictions spécialisées, fait aujourd'hui figure d'exception, d'où la nécessaire comparaison établie avec la situation dans les autres pays d'Europe, spécialement avec les pays germaniques³⁵.

Le monde des affaires est en outre un domaine caractérisé par un grand besoin de souplesse, dans lequel les acteurs de la vie économique disposent de multiples solutions pour résoudre leurs litiges. Ainsi peuvent-ils prévoir, en amont du litige, l'insertion dans leurs contrats de clauses relatives à la résolution de leurs éventuels conflits (clauses d'amiable composition ou clauses prévoyant une procédure de conciliation préalablement à tout recours contentieux)³⁶. Et, en l'absence de telles dispositions contractuelles, les conflits commerciaux nécessitant d'être résolus avec rapidité et confidentialité, il est fréquent que les parties recourent à des procédés tels que l'arbitrage ou la conciliation, voire jonglent avec les différents modes de résolution pour obtenir une solution économiquement satisfaisante³⁷.

Le caractère particulier des conflits commerciaux, terrestres comme maritimes, et leurs implications souvent internationales s'expriment tout naturellement à travers les modes de résolution de ces conflits. Ceux-ci font tout d'abord apparaître des acteurs jusqu'ici absents de la scène comme les assureurs. Les compagnies d'assurance se voient parfois attribuer un rôle extrêmement important ce sont elles (et notamment Véritas), et non l'Etat, qui dans les années 1825-1830 mettent au point la classification des bateaux. Cette classification s'effectue en fonction de critères rigoureux qui doivent permettre de clarifier le contentieux maritime, et tout particulièrement la question des indemnités. La notion de temps doit également être mise en évidence, qu'il s'agisse de trouver avant tout une solution rapide à un conflit commercial ou, au contraire, de régler (ou plus exactement de ne pas régler) un différend en le laissant traîner afin que le temps fasse son oeuvre. Enfin le milieu et la réputation jouent également un rôle non négligeable : les conflits opposant gens de bonne compagnie et de bonne réputation sont généralement tranchés par des solutions *ad hoc*. Enfin, le maître mot de la résolution des conflits commerciaux est incontestablement le pragmatisme.

LA RESOLUTION DES CONFLITS ENTRE PEUPLES.

Cette notion de « conflits entre peuples », permet à la fois d'ancrer la réflexion dans le passé et de rendre compte de la dimension humaine – qu'elle soit collective ou individuelle – des conflits sans opposition entre l'acceptation juridique et l'acceptation politique. Ainsi on s'est intéressé aussi bien aux conflits ethniques, doublés souvent d'une dimension religieuse, qu'aux guerres civiles qui traduisent la volonté d'une ethnie de rejoindre le peuple d'un autre Etat ou de constituer un Etat nation, conformément à l'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. De ce principe, inscrit dans les traités de paix de l'après Première Guerre mondiale, s'est dessinée la carte de l'Europe, du Moyen-Orient et d'une partie de l'Afrique, et les grands conflits ultérieurs (Seconde Guerre mondiale, conflits des Balkans, conflits du Moyen Orient, et du Rwanda dans une certaine mesure) s'en sont nourris. Les minorités ethniques, scories de peuples éclatés entre plusieurs Etats, sont en effet des ferments d'agitation qui peuvent déclencher un conflit entre Etats. Enfin, la dimension génocidaire des conflits contemporains n'a pas été négligée : le

³⁴ T. HAMON, Université de Rennes I, *Les contentieux du commerce des toiles : du tribunal des manufactures au Tribunal de Commerce : l'exemple de Quintin (Côtes - du -Nord), XVIII^e – XIX^e siècles.*

³⁵ A. CORDES (Université Johann-Wolfgang-Goethe, Francfort), *La juridiction au Moyen-âge et les besoins des commerçants.*

P. OESTMAN (Université de Münster), *Les litiges en droit commercial maritime devant la cour supérieur d'appel des quatre villes libres d'Allemagne (1820-1848)*

U. MÜBIG (Université de Passau), *L'homogénéité du droit commercial grâce à une juridiction supérieure : la création du tribunal supérieur de commerce pour les états fédéraux et le Reich (1806-1900).*

K. O. SCHERNER (Université de Metten), *L'évolution des tribunaux de commerce de Nuremberg, Leipzig et Hambourg entre 1500 et 1800.*

³⁶ S. MARZAGALLI (Université de Nice), *Les modalités de règlement des conflits commerciaux entre la France et les Etats-Unis au tournant du XIX^e siècle, un révélateur du fonctionnement des réseaux marchands.*

³⁷ E. ROTHWEILLER (Université Robert Schuman, Strasbourg III), *La résolution des conflits en droit maritime : le choix entre compromis, arbitrage et contentieux à travers l'exemple de l'abordage de « Ville de Victoria » (1886 – 1889).*

C. BORDE (Université du Littoral - Côte d'opale, Boulogne-sur-Mer), *Les deux rêves du commerce maritime au premier XX^e siècle : arbitrage social et commercial chez les Armateurs de France (1891-1950).*

génocide est en quelque sorte le mode ultime de résolution d'un conflit ancré dans le temps avec une minorité raciale et/ou religieuse indésirable et se distingue précisément des autres crimes de masse contre les civils par l'intention d'éliminer un peuple.

Les conflits entre peuples soulèvent de ce fait des questions particulières par rapport aux autres types de conflits qui, presque tous (la réserve concerne les conflits commerciaux en particulier maritimes), s'inscrivent dans le cadre du droit et de la justice internes des Etats³⁸. La société internationale n'est pas encore parvenue à reproduire le modèle de la construction nationale. Alors qu'un Etat peut imposer à ses citoyens les décisions rendues par sa justice, la communauté internationale ne dispose pas de superstructure capable d'imposer aux Etats les décisions rendues par ses juridictions. La construction internationale repose en effet sur le principe de la souveraineté des Etats, lequel s'oppose au concept de force exécutoire et impose par conséquent sur le plan du droit des solutions consensuelles. Observons ensuite que la justice internationale est de création extrêmement récente à l'échelle des temps historiques. En effet, la première tentative de création d'une juridiction internationale, envisagée pour juger les dirigeants coupables de crimes commis dans le déclenchement et la conduite d'un conflit, s'inscrit dans le règlement de la Première Guerre Mondiale qu'organise le traité de Versailles, sans succès d'ailleurs à ce moment : la juridiction prévue ne sera jamais créée³⁹. Une Cour Permanente de Justice, destinée à éviter les conflits futurs voit cependant le jour peu après, sans beaucoup marquer par son efficacité ; elle s'est prolongée dans la Cour de Justice Internationale et coexiste aujourd'hui avec la Cour Pénale Internationale qui peine, il faut le dire, à sortir des limbes. Par conséquent, alors que dans le cadre interne, la justice institutionnelle semble aussi évidente que naturelle, la justice des conflits entre peuples – justice dans le sens d'une juridiction rendant des décisions conformément à des règles de droit – s'avère encore balbutiante. Enfin, vouloir faire la synthèse des analyses exposées par des positivistes et par des historiens du droit qui travaillent sur des époques très différentes ne peut que mettre dans l'embarras en ce qui concerne la résolution des conflits entre peuples. Est-il pertinent de comparer le règlement de ces conflits au haut Moyen Age avec ceux du bas Moyen Age ? Peut-on même oser une comparaison avec les conflits actuels ? Indépendamment de l'échelle des conflits et de leurs caractéristiques en termes d'investissements en hommes et matériels, qu'ont en commun les peuples de la Guerre de Cent Ans et ceux des deux guerres mondiales ? Il est utile ici de rappeler que la notion de « peuples » a été choisie parce qu'elle permet d'intégrer les conflits qui naissent à partir du début du XIX^e siècle dans le cadre des guerres civiles, qui ne sont pas des guerres entre Etats, tout au moins à l'origine, mais qui risquent pourtant d'avoir des répercussions sur la structure de la société internationale et constituent la majeure partie des conflits modernes. Elles concernent les peuples, car elles opposent un sous-ensemble de sujets d'un Etat, constituant une population forte sur le plan de l'identité, mais minoritaire en nombre, à cet Etat dont ce groupe veut se séparer dans l'espoir de relever d'un autre Etat ou d'accéder à l'indépendance territoriale. On se trouve donc confronté à une problématique spécifique qui se situe au niveau supérieur de la souveraineté, problématique différente de celle de conflits qui, à l'intérieur des Etats, même dans le cas de modes alternatifs de résolution des conflits, ne remettent pas en cause juridiquement cette souveraineté.

En dépit des difficultés précédemment évoquées, il semble que l'on puisse dégager quelques lignes directrices. On observe tout d'abord, qu'indépendamment des époques, la diplomatie – c'est-à-dire une solution consensuelle par des personnes qui ne sont ni des juges ni des arbitres, mais des négociateurs, c'est-à-dire des professionnels de la communication – domine lorsqu'il s'agit de résoudre les conflits entre peuples. Elle est active au début du conflit d'intérêts, avec ou sans succès, et dans ce dernier cas, la guerre éclate, mais quand l'affrontement physique cesse, la diplomatie s'impose à nouveau. Aucun règlement durable des conflits entre peuples ne peut exister s'il ne repose pas sur le consentement des ennemis d'hier à la solution censée instaurer la paix.

La question a été vivement débattue de savoir si la guerre constitue un mode alternatif qui permet dans le contexte international de trancher. Jusqu'au XX^e siècle, on peut en effet considérer que les Etats sont maîtres du règlement de leurs différends, notamment par la guerre qui constitue longtemps un mode normal de résolution des conflits, et de la manière d'en sortir, par des traités de paix négociés entre eux, sans jugement moral ni suites judiciaires. A partir du XX^e siècle, le recours à la guerre va progressivement être interdit et la résolution des conflits échappera aux belligérants par l'intervention de tiers qui proposent

³⁸ M. VEC (Max-Planck-Institut für Europäische Restgeschichte, Francfort), *Evolution et structure de la résolution des conflits en droit international*.

³⁹ A. DEPERCHIN (CNRS - Université Lille 2), *Sortir de la Grande Guerre : le droit des peuples et la construction de la paix*.

et, de plus en plus, imposent leurs solutions. Ce changement se manifeste par le rôle dévolu à la communauté internationale, et en particulier aux Nations Unies, ou par celui joué par des Etats puissants qui auto légitiment leur intervention. Comme dans toute décision juridictionnelle (il y a celui qui perd et celui qui gagne le procès), la guerre désigne généralement un vainqueur et un vaincu. Trancher avec force, c'est finalement ce qui est attendu du procès et recherché dans le recours à la justice étatique. La symbolique du glaive, arme des champs de bataille, arme de guerre, traduit bien cette violence imposée et acceptée. Or, en matière internationale, la justice n'est pas en mesure d'assurer cette fonction. La guerre reste par conséquent le moyen « idéal », car le seul capable de trancher avec force un conflit, comme l'a montré Hélène Tigroudja⁴⁰ en revenant sur les fondements du *jus ad bellum*. En effet, force est de constater que l'intervention des juridictions internationales, comme l'a bien montré Mathias Forteau⁴¹, n'apporte pas de vraies solutions aux conflits, car la justice internationale diffère sensiblement de la justice interne : elle s'abstient souvent de trancher avec force. On peut observer que la Cour de Justice Internationale juge non seulement en droit, mais aussi en équité et qu'elle fait prévaloir l'opportunité politique dans ses décisions afin de ne pas blesser les parties au conflit. La guerre ayant désigné le vainqueur, la diplomatie, menée dans le cadre du rapport de forces obtenu par la défaite de l'adversaire et avec l'intelligence plus ou moins grande du vainqueur, peut retrouver son rôle.

La question reste cependant posée de savoir si la guerre peut constituer encore aujourd'hui un mode alternatif de résolution des conflits alors qu'elle a été mise hors la loi après la Seconde Guerre mondiale par la Charte de San Francisco, principe accepté par tous les Etats. Le pragmatisme l'emporte toutefois bien souvent sur le légalisme et il suffit d'observer qui se passe dans le monde pour se convaincre de l'inefficacité de l'interdiction du recours à la force : les Etats se lancent dans la guerre lorsqu'ils estiment qu'il est dans leur intérêt de sortir du conflit par le « haut », c'est-à-dire par la désignation d'un vainqueur qui imposera sa solution. Evidemment, on se lance toujours dans une guerre en pensant qu'on va la gagner...

Ainsi, en matière internationale, tout semble question d'opportunité politique et de rapports de force. Ceux-ci se modifient dans le temps et la précarité caractérise aussi bien l'existence des « parties » (tel Etat, tel groupe à l'intérieur d'un Etat, dont la souveraineté peut être remise en cause totalement ou partiellement) que les solutions adoptées ou le mode de résolution choisi. Ainsi, les gouvernants qui envisagent un mode pacifique de résolution d'un conflit peuvent se heurter à une opinion publique qui le refuse. Dans le cas du premier conflit mondial, on sait depuis longtemps que les gouvernants ont tout fait pour éviter la guerre, mais qu'ils n'ont pu contenir des opinions publiques chauffées à blanc ni résister à la pression des Etats-majors qui leur disaient qu'attendre une pseudo solution juridique augmentait le risque de perdre la guerre. Cette expérience révèle que le temps de la résolution pacifique, en l'occurrence l'arbitrage, est toujours trop lent comparé à la rapidité de la montée d'une tension internationale.

En matière internationale, la guerre et la force des armes ne suffisent pas comme moyen d'imposer une solution dans un traité dont la signature est arrachée ; toute solution qui ne repose pas sur le consentement, voire sur l'adhésion profonde des peuples, ouvre la porte à un nouveau conflit. Celui-ci est souvent soumis à la modification ultérieure du rapport de force et la précarité caractérise par conséquent tous les règlements. Mais que cette idée plaise ou non, la force, c'est-à-dire le plus souvent la guerre, est au cœur de la résolution des différends entre peuples. La justice institutionnelle internationale n'est pas en mesure de lui substituer une violence légale. Le rôle et l'efficacité de la justice en général, qu'elle soit institutionnelle ou qu'elle repose sur des modes alternatifs, sont donc assez subsidiaires dans le cadre de la résolution des conflits entre peuples.

⁴⁰ H. TIGROUDJA (Université d'Artois), *La compétence de guerre des Etats*.

⁴¹ M. FORTEAU (Université Lille 2), *Le rôle de la Cour internationale de Justice dans la résolution des conflits entre peuples : de la justice à la réconciliation*.

La notion de contractualisation est un terme qui a émergé dans les années 1970-80 et qui depuis est constamment sollicité dans des champs disciplinaires les plus divers. Malgré son succès, cette notion se laisse difficilement appréhender et les auteurs qui l'utilisent s'attardent assez peu sur sa portée exacte ou en livre une définition suffisamment souple pour pouvoir recouvrir la diversité des phénomènes rattachés à ce mouvement. Le terme de « contractualisation » est employé pour rendre compte de l'intrusion croissante du contrat dans des domaines traditionnellement soumis aux règles impératives et aux décisions unilatérales, domaines qui échappaient jusqu'alors au libre jeu des volontés privées.

Ce mouvement de contractualisation suppose donc un desserrement de l'ordre public permettant d'ouvrir de nouveaux espaces juridiques à la liberté contractuelle. Le déploiement du contrat au sein du système juridique français touche tous les secteurs du droit, même ceux a priori les plus rétifs aux accords de volontés : on parle de contractualisation de l'action publique, de contractualisation de l'autorité parentale, de contractualisation de la gestion des risques... ou encore de contractualisation de la justice. C'est sur cette dernière qu'on s'attardera ici plus longuement dans la mesure où on peut y trouver les points de jonction avec la question des modes alternatifs de règlement des conflits. L'expression « contractualisation de la justice » est employée pour rendre compte d'un mouvement de développement des accords qui tendent, pour certains, à organiser le règlement juridictionnel des litiges et, pour d'autres, à s'y substituer. Elle renvoie, dans ce dernier cas, au développement de ce que l'on nomme précisément les modes alternatifs de résolution des différends.

L'usage de procédés conventionnels de résolution des litiges n'est pas chose nouvelle. Toutefois, la caractéristique du droit contemporain en ce domaine tient à l'engouement que manifeste à la fois le législateur contemporain et une partie de la doctrine à l'égard de ces procédés. Ces derniers sont présentés comme une voie alternative au règlement juridictionnel, permettant d'échapper à toutes les tares du système judiciaire : lenteur, coût, publicité... La promotion législative de ces procédés consensuels de résolution des litiges est assurée tant par des mesures à portée générale – il rentre désormais dans la mission du juge de concilier les parties (l'article 21 du Code de procédure civile dispose ainsi qu'« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ») – que par des dispositions relatives à des matières spécifiques : contentieux familial, répression pénale, réparation des dommages accidentels, défaillance des entreprises, surendettement des particuliers, économie numérique, contentieux administratif... autant de domaines dans lesquels le règlement conventionnel des différends est promu, voire institutionnalisé.

Cet engouement gagne aussi les institutions européennes. A la suite du « Livre vert », présenté par la Commission européenne en 2002, qui dressait un bilan du recours aux modes alternatifs de résolution des litiges dans les Etats de l'Union européenne et engageait une consultation, une directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale vient d'être adoptée (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale 2004/0251 [COD]). Considérant que « l'objectif d'assurer un meilleur accès à la justice (...) devrait englober l'accès aux méthodes de résolution des litiges tant judiciaires qu'extrajudiciaires », la directive encourage le développement du recours à la médiation tout en veillant à l'efficacité des accords transactionnels qui en découlent. Les institutions européennes encourageaient déjà le règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation et le développement de la médiation en ligne.

Le mouvement ainsi décrit a tout de même, malgré l'enthousiasme ambiant, suscité quelques réserves. On observe, en premier lieu, un décalage entre le discours institutionnel et doctrinal très enthousiaste et le faible succès pratique de ces procédés (par exemple en matière familiale). Mais c'est aussi la référence faite au contrat, à travers la notion de contractualisation, qui est contestée. L'emploi du qualificatif « contractuel » serait inapproprié pour désigner nombre d'accords rattachés au mouvement de contractualisation, tant il est difficile de retrouver en eux la figure classique du contrat civil. Ainsi, l'accord

⁴² Nos problématiques rejoignant les recherches menées par Sandrine Chassagnard et David Hiez à l'Université Lille 2 sur la contractualisation (projet GIP Mission de Recherches « Droit et justice), il nous a semblé pertinent de confronter nos observations et résultats de recherche aux leurs dans la mesure où la contractualisation peut également constituer un mode alternatif de règlement des conflits. Ce mode touche aujourd'hui tous les secteurs du droit, même ceux qui a priori semblent les plus rétifs aux accords de volontés : contractualisation de l'action publique, contractualisation de l'autorité parentale, contractualisation de la gestion des risques ou encore contractualisation de la justice.

conclu entre le Ministère public et l'auteur de l'infraction pénale dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (appelé plus simplement « le plaider coupable ») n'est pas conforme au modèle civiliste du contrat. Faut-il pour autant rejeter ces contrats « in-civils » (Supiot) hors de la sphère de la contractualisation ?

On peut tout d'abord remarquer que le phénomène observé se caractérise par l'attrait exercé par le modèle contractuel, attrait qui conduit à solliciter ce dernier hors de son champ originel. Le contrat, en tant que produit d'un processus de négociation et d'expression des volontés, fournit un modèle procédural d'élaboration de la norme tant générale qu'individuelle. La contractualisation consiste dès lors moins en une extension de la forme classique du contrat qu'au déploiement de la « procédure contractuelle » hors du domaine traditionnel du contrat. Elle est à mettre en lien avec un mouvement plus large, caractéristique du droit contemporain, qui consiste à généraliser l'implication des destinataires de la norme dans son élaboration et à favoriser ainsi son acceptation. La contractualisation, prise dans sa globalité, renvoie donc à une élaboration participative de la norme de nature à compenser la perte de légitimité des modes unilatéraux de décision.