



HAL
open science

Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires

Véronique Demars-Sion

► To cite this version:

Véronique Demars-Sion. Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires. *Revue historique de droit français et étranger*, 2005, 83 (3), pp.385-420. <halshs-00678355>

HAL Id: halshs-00678355

<https://shs.hal.science/halshs-00678355v1>

Submitted on 12 Mar 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Des diverses branches de l'Administration de l'Ancien Régime, la justice était « *peut-être la plus critiquable* »¹. Elle a, en tous cas, été la plus critiquée : les philosophes ne l'ont pas épargnée² et les cahiers de doléances de 1789 sont unanimes à dénoncer son mauvais fonctionnement. La réforme de la justice apparaît donc comme une tâche prioritaire dans le programme révolutionnaire et l'Assemblée constituante s'y intéresse d'autant plus rapidement qu'elle compte parmi ses membres bon nombre d'hommes de loi parfaitement informés des défauts du système judiciaire. Mais les députés ne tardent pas à réaliser qu'une simple réforme serait insuffisante en la matière et ils vont donc procéder à une véritable révolution : convaincus, ou tout au moins résignés, à l'image de Bergasse, qu'il n'est pas « *possible d'améliorer simplement au lieu de détruire* »³, ils mettent en place, par la loi des 16 et 24 août 1790, « *un autre ordre judiciaire* ».

Ce nouvel ordre judiciaire fait une place de choix à l'arbitrage. La prédilection des Constituants pour cette institution s'explique sans aucun doute par le fait qu'elle colle à leur idéologie marquée par l'hostilité envers la justice traditionnelle et par l'influence d'un courant de pensée anti-légaliste ou a-légaliste. Les hommes de 1789 ne veulent plus d'une justice imposée par l'Etat et laissée aux mains de professionnels qu'ils rendent responsables de son mauvais fonctionnement. Ils souhaitent instaurer une justice rapide et gratuite et l'arbitrage s'adapte parfaitement à cette préoccupation. Le recours à un arbitre, simple particulier entouré de la confiance et de l'estime de ses proches, répond aussi à leur souci de démocratiser la justice en mettant en place des « citoyens juges » et à leur aspiration « *à une société qui réglerait ses conflits hors des tribunaux* »⁴. Par ailleurs, malgré leur « *légitimité* »⁵, ils sont de plus en plus nombreux à penser qu'il est préférable de minimiser le recours à la règle de droit et de donner la primauté au bon sens et à la nature. La majorité d'entre eux en arrivent même à se persuader que « *la loi se confond avec la raison* » et qu'il suffit « *de redécouvrir les principes immuables de celle-ci* »⁶. Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner que l'arbitre devienne un modèle⁷ et que l'arbitrage s'impose comme mode

¹ R. SZRAMKIEWICZ et J. BOUINEAU, *Histoire des institutions (1750-1914)*, 4^e éd., Litec, 1998, p. 151 n° 255.

² Sur la position des philosophes voir J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 3^e éd. refondue, Paris, 2001, p. 185-220, ch. 2 : *Justice et philosophie : la pensée des Lumières et la justice d'Ancien Régime*.

³ Rapport du 17 août 1789 : *Archives parlementaires*, 1^{ère} série (A.P.), t. VIII, p. 449.

⁴ J. COMMAILLE, « Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé-public », dans *Une autre justice (1789-1799)*, Etudes publiées sous la direction de R. Badinter, Histoire de la justice, Fayard, Paris, 1989, p. 205-223, p. 213.

⁵ Selon l'expression de J.-P. Royer, *op. cit.*, p. 283, n° 177.

⁶ J.-J. CLÈRE, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », dans *Revue de l'arbitrage*, 1981, n° 1, p. 3-28, p. 9.

⁷ Parlant des juges de paix, Thouret affirme que « *ces juges seront semblables aux citoyens qui décident aujourd'hui en qualités d'arbitres* » : A.P., t. XVI, p. 737, Rapport du 7 juillet 1790.

privilegié de résolution des conflits⁸. Les Constituants le placent d'ailleurs, de manière significative, en tête de la loi des 16 et 24 août 1790 fixant la nouvelle organisation judiciaire⁹ et s'efforcent de le favoriser de manière systématique : aux termes de cette loi, l'arbitrage est toujours possible et il est parfois même obligatoire. Il en va ainsi pour les « affaires de famille ».

Ainsi apparaît le « tribunal de famille » que certains n'hésitent pas à présenter comme une « *innovation révolutionnaire* »¹⁰ directement inspirée par la philosophie de l'époque. Pour Jacques Commaille, les tribunaux de famille sont révélateurs d'« *une conception fusionnelle entre la famille et de l'ordre politique* »¹¹. Cette conception n'est certes pas nouvelle : elle existait déjà sous l'Ancien Régime, même si elle débouchait sur des résultats opposés. Sous l'Ancien Régime, la famille, considérée comme le microcosme de l'Etat, était organisée sur le modèle monarchique – ce qui impliquait la puissance absolue du père et du mari, seul « chef » de la famille¹² – alors que les révolutionnaires voient dans la famille une sorte de petite république qu'ils entendent organiser sur un mode démocratique. Ils veulent « *faire de la famille une association régie, comme le corps politique, par la liberté et l'égalité, indépendante de l'Etat* » et ils estiment que les conflits internes doivent être réglés, au sein de la famille, en se fondant sur « *le principe de la fraternité entre (ses) membres* »¹³. Ils entendent également favoriser le jugement par les pairs et la proximité de la justice réclamés par les cahiers de doléances¹⁴. En bref : en 1790, la cellule familiale apparaît comme un lieu idéal pour mettre en œuvre les nouvelles conceptions qui auraient inspiré aux révolutionnaires l'expérience des tribunaux de famille.

Mais qu'en est-il réellement ? Quelle est la véritable part de nouveauté dans cette institution ? Et d'abord que sont exactement ces tribunaux de famille ? Avant toute chose, il convient de souligner le laconisme et l'ambiguïté des textes révolutionnaires. La loi de 1790 ne consacre que six articles – les articles 12 à 17 du titre X – à ce qu'on a coutume d'appeler les « tribunaux de famille ». Encore faut-il

⁸ Aux termes de l'art. 1 du titre 1 de la loi de 1790, il constitue « *le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens* » : DUVERGIER, *Collection complète des lois...*, t. 1, p. 310.

⁹ DUVERGIER, *loc. cit.*, *Décret sur l'organisation judiciaire*, Titre 1 : *Des arbitres*. Le droit de recourir à l'arbitrage sera érigé en principe constitutionnel en 1791 et 1795 (cf. constitutions de 1791, tit. 1, ch. 5, art. 5 et de 1795, tit. 8, art. 210).

¹⁰ J. COMMAILLE, « Les formes de justice comme mode de régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française », dans *La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, Actes du séminaire organisé par le Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, Paris, 1989, p. 274-289, p. 274 et p. 285.

¹¹ Article précité, p. 282. Cette analyse rejoint celle développée, dès la fin du XIX^e siècle, par Ph. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, 1898, p. 305 sq. Voir aussi M. FERRET, *Les tribunaux de famille dans le district de Montpellier (1790-an IV)*, Thèse de droit, Montpellier, 1926, p. 19.

¹² Une longue tradition – remontant à l'Antiquité – rattache l'ordre politique et l'ordre familial. Pour Aristote, comme pour Jean Bodin, la famille est à la fois la reproduction et le modèle du pouvoir politique. Sur ce point, voir A. DU CREST, *Modèle familial et pouvoir monarchique (XVI^e-XVIII^e siècles)*, P.U. d'Aix-Marseille, 2002, en particulier p. 13-25.

¹³ Ph. SAGNAC, *op. cit.*, p. 305-306 et J. COMMAILLE, *art. cit.*, p. 283.

¹⁴ Pour G. MÉTAIRIE, le tribunal de famille constitue « *une version familiale* » de ces concepts : « 'Réprimer les écarts' ou 'éclaircir les différends' ? La création par défaut du tribunal de famille (1789-1790) », dans *Etudes offertes à Jean-Pierre Royer*, Lille, 2004, p. 493-501, p. 495.

préciser que ces six articles mettent en place deux institutions différentes par leur compétence, leur composition et leur fonctionnement. Les trois premiers (articles 12 à 14) imposent le recours à l'arbitrage comme mode de résolution des conflits entre proches parents ou alliés ; les trois derniers (articles 15 à 17) instituent un « *tribunal domestique de la famille assemblée* » compétent pour statuer sur les demandes de correction. Dans le premier cas les parties doivent désigner chacune « *deux arbitres* » ; dans le second, le père, la mère, l'aïeul ou le tuteur doivent porter leur plainte devant « *huit parens les plus proches* » qui ne sont absolument pas qualifiés d'« arbitres » et dont rien ne dit par qui ni comment il seront désignés. La « *décision arbitrale* » a autorité de la chose jugée alors que « *l'arrêté de la famille* » doit être ratifié par le président du tribunal de district... Finalement, le seul point commun entre ces deux institutions est que, dans les deux cas, la loi précise que l'affaire devra être soumise à des « *parens* » ou, à défaut de parents, à des « *amis ou voisins* » (articles 12 et 15). En réalité, trois articles seulement réglementent donc l'« arbitrage forcé » dont on estime traditionnellement qu'il s'exerce dans le cadre des « tribunaux de famille » quoique la loi n'emploie pas expressément cette dénomination dans cette hypothèse¹⁵. Ces articles fixent la compétence des arbitres de famille¹⁶, s'intéressent aux modalités de leur désignation, à la manière de régler un partage d'opinions¹⁷... mais ils ne disent rien de leurs obligations et ne précisent pas leur mission. Et la lecture des débats parlementaires ne permet malheureusement pas de combler les lacunes du texte car ces débats sont inconsistants pour ne pas dire inexistant¹⁸. Les quelques interventions postérieures du législateur révolutionnaire ne sont guère plus éclairantes. Elles concernent le domaine de l'arbitrage familial qui sera étendu par les textes relatifs au divorce¹⁹ ; en revanche, et contrairement à ce

¹⁵ Les expressions « *tribunal domestique de la famille assemblée* » ou « *tribunal de famille* » ne figurent que dans les articles 15 et 16 relatifs au droit de correction ; les articles 12 à 14 ne parlent que d'arbitres. Le libellé du titre X (« ... *du tribunal de famille* »), dans lequel se trouve l'ensemble de ces dispositions, peut toutefois expliquer la généralisation de ce vocable vulgarisé dès 1791 par A.-Ch. GUICHARD, dans son *Traité des tribunaux de famille*. Il faut également remarquer que lorsqu'il a présenté le texte à l'Assemblée, à la séance du 5 août 1790, Thouret parlait déjà de « *l'institution du tribunal de famille* » en termes généraux mais en assignant à cette institution unique deux « *objets* » nettement distincts : A.P., t. XVII, p. 616. Guichard précise lui aussi que « *le tribunal de famille doit être considéré sous deux rapports différens* » (p. 13) et cette constatation guide le plan de son ouvrage : « *Le tribunal de famille considéré comme tribunal ordinaire des intérêts civils des parens* » (1^{ère} partie : p. 16-122) et « *Le tribunal de famille considéré comme tribunal de discipline ou de correction à l'égard des enfans indociles* » (2^{ème} partie : p. 123-137).

¹⁶ L'article 12 oblige à faire appel à eux pour toute contestation entre parents ou alliés jusqu'au troisième degré.

¹⁷ Article 13 : chacune des deux parties doit normalement nommer deux arbitres ; si l'une d'elle s'y refuse, l'autre partie pourra s'adresser au juge pour obtenir la désignation d'un arbitre d'office. En cas de partage d'opinions, les arbitres devront désigner un surarbitre.

¹⁸ La création de l'institution fut rapidement votée, sans véritable discussion ; cf. A.P., t. XVII, p. 618-622 (séance du 5 août 1790) : Prugnon semble vouloir lancer un débat lorsqu'il s'exclame : « *c'est surtout dans l'article 12 que je trouve des inconvénients* », mais il est aussitôt interrompu car on lui fait observer que l'article 12 ne fait pas l'objet de la discussion qui porte alors sur le bureau de paix. Par la suite, lorsque l'assemblée abordera les articles 12 à 14, il n'interviendra plus et seul Robespierre se lèvera alors pour attaquer l'institution ; ses critiques ne rencontreront aucun écho chez les autres députés qui se contenteront d'évoquer rapidement la question de l'appel de la décision arbitrale, du nombre d'arbitres et la possibilité de choisir des amis et voisins à défaut de parents.

¹⁹ La loi du 20 septembre 1792 oblige le demandeur en divorce à « *se pourvoir devant les arbitres de famille* » qui devront constater la réalité du motif invoqué lorsque sa demande repose sur un des motifs prévus par la loi mais restant à établir ; ces arbitres sont également appelés à statuer sur la pension éventuellement due à l'époux divorcé et sur la garde des enfants ; quant à la loi des 8 et 14 nivôse an II, elle attribue aux tribunaux de famille « *la connaissance des contestations relatives aux droits*

qu'on a parfois écrit²⁰, les lois des 12 brumaire et 17 nivôse an II²¹ ne consacrent pas une nouvelle extension de la compétence des tribunaux de famille. Ces lois – qui touchent aux successions, dont ces tribunaux avaient vocation à connaître dès leur création²² – établissent un régime spécial pour toutes les contestations soulevées par leur application : elles interdisent l'appel²³, précisent que lorsqu'une des parties est en défaut de nommer ses arbitres il appartient au juge de paix du lieu d'ouverture de la succession de les désigner d'office²⁴ et, surtout, elles confient le règlement de ces affaires à des arbitres nommés par les parties sans préciser que ces arbitres doivent être choisis parmi leurs parents ou amis. Ces particularités n'ont pas échappé à Marc Ferret qui considère que ces textes ont mis en place un « troisième mode de tribunaux de famille »²⁵. Mais peut-on encore parler de tribunaux de famille ? Assurément non. S'agissant des enfants naturels, les Conventionnels ont expressément manifesté leur volonté de soustraire les affaires à la connaissance des arbitres de famille²⁶. Quant à la loi de nivôse, ses dispositions seront rapidement complétées par un texte qui dissipe les derniers doutes dans la mesure où il aboutit à interdire de désigner des parents comme arbitres²⁷. Les lois de l'an II substituent donc à l'arbitrage familial forcé un arbitrage forcé tout court et, ce faisant, elles ouvrent une large brèche dans la compétence des tribunaux de famille²⁸.

Les textes promulgués entre 1792 et 1794 sont donc venus préciser ou redéfinir la compétence des tribunaux de famille mais n'ont apporté aucun élément nouveau sur leur fonctionnement. Sur ce point, on en est réduit aux trois articles de la loi de 1790. Comme l'a souligné très justement Marc Ferret, cette législation trop sommaire « laissait sans réponse bien des questions »²⁹. L'institution des tribunaux de famille est donc entourée d'obscurité et seule une étude approfondie faisant appel à d'autres sources qu'aux sources

des époux divorcés : DUVERGIER, *op. cit.*, t 4, p. 476 sq. (loi de 1792 § 1, art. 4 ; § 2, art. 18 ; § 3, art. 7 et 8 ; § 4, art. 9) et t. 6, p. 358-359.

²⁰ Voir par exemple M. CARLIN, « Les tribunaux de famille, arbitres des difficultés successorales dans l'ancien comté de Nice », dans *Le droit de la famille en Europe*, sous la direction de R. Ganghofer, P.U.F. Strasbourg, 1992, p. 595-606, p. 600.

²¹ Décret du 12 brumaire an II *relatif aux droits des enfants nés hors mariage*, art. 18 et décret des 17-21 nivôse an II *relatif aux donations et successions*, art. 54-56 : DUVERGIER, *op. cit.*, t. 6, p. 271 et 380-381.

²² Les difficultés successorales entraînent en effet de toute évidence dans les « contestations » entre proches parents ou alliés dont la loi de 1790 leur attribuait la connaissance.

²³ Autorisé par la loi de 1790 : cf. titre X, article 14.

²⁴ La loi de 1790 (titre X, article 13), beaucoup plus vague, confiait « au juge » cette mission qui sera ensuite dévolue au tribunal de district : cf. *infra* note 126. A la différence de la loi de 1790, c'est également au juge de paix – et non aux arbitres – que la loi de nivôse (article 55) confie le soin de désigner un surarbitre en cas de partage d'opinions.

²⁵ Thèse précitée, p. 21. Dans cette hypothèse, il parle de « tribunaux d'arbitres » : cf. p. 48 sq.

²⁶ Dans son rapport du 4 juin 1793, Cambacérès affirme que « le danger des préventions empêche de proposer des arbitres de famille » dans cette hypothèse : A.P., t. LXVI, p. 35.

²⁷ Ce texte dispose en effet que les arbitres sont récusables dès l'instant où « ils sont parents de l'une ou l'autre des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement » : cf. *Loi additionnelle à celle de nivôse sur les successions (9 fructidor an II : 26 août 1794)*, article 8 : DUVERGIER, *op. cit.*, t. 7, p. 255.

²⁸ Comme le confirme l'exemple douaisien : cf. *infra* note 121.

²⁹ Thèse précitée, p. 139.

législatives de l'époque révolutionnaire peut permettre de porter un jugement sur cette expérience d'arbitrage forcé initiée par les Constituants. C'est cette étude que nous nous proposons de réaliser en deux temps : nous nous intéresserons d'abord à la manière dont cette institution a été conçue d'un point de vue théorique et nous constaterons que cette expérience n'est pas vraiment originale (I), puis nous verrons comment elle a fonctionné en pratique ce qui nous amènera à conclure que cette expérience est assez décevante (II).

I – Une expérience peu originale

Le principe de l'arbitrage familial forcé n'était pas inconnu en 1789 (A). Quant à la conception du rôle de l'arbitre qui sous-tend la loi de 1790, elle est loin d'être révolutionnaire (B).

A. L'arbitrage familial forcé : une institution déjà ancienne

Diverses expériences d'arbitrage forcé en matière familiale ont déjà été tentées sous l'Ancien Régime. La première remonte à 1491, date à laquelle Charles VIII, en sa qualité de comte de Provence, confirme un statut visant à rendre l'arbitrage obligatoire dans toute une série de conflits et, notamment, dans tous les différends entre « *personnes parentes, affines et conjointes* »³⁰. L'idée est reprise au siècle suivant, au plan « national » : en 1560, les Etats d'Orléans dénoncent « *la longueur et la cherté des procès* » et, pour remédier à cette situation, le clergé envisage de soustraire les contestations entre parents à la justice ordinaire afin d'en confier le règlement à un « *conseil de famille* »³¹. Cette proposition et l'exemple provençal ont peut-être inspiré l'édit de Fontainebleau par lequel, en août 1560, François II ordonne « *qu'en divisions et partages de successions et biens communs de père ou mère, ayeulx, ayeulles et enfans des enfans, frères, sœurs, oncles, et d'enfans de frères et sœurs, et comptes de tutèles, et autres administrations, restitutions de dot et doüaire entre les dites personnes, seront les parens majeurs d'ans tenus d'eslire et nommer de bons et notables personnages jusques à trois parens, amis ou voisins, par l'advis desquels sera procédé auxdits partages et divisions, reddition de comptes et restitutions de dot ou délivrance dudit doüaire* » ; le texte précise ensuite que l'appel des décisions ainsi rendues n'est pas suspensif et doit être porté au parlement³². Cette disposition va plus loin que celle des statuts de Provence car, comme le suggèrait le clergé, elle met en place un véritable arbitrage familial en imposant le choix des arbitres dans le cercle des proches³³. Elle reste toutefois très en deçà des modèles proposés dans la mesure où la

³⁰ J.-J. JULIEN, *Nouveau commentaire sur les statuts de Provence*, 2 t., Aix, 1778, t. 1, p. 350.

³¹ G. PICOT, *Histoire des Etats généraux*, 5 t., Paris, 1888, t. 2, p. 294, note 1.

³² Cf. ISAMBERT e.a., *Recueil des anciennes lois françaises...*, t. 14, p. 51-52, article 2, p. 52 ; l'article 1 impose l'arbitrage en matière commerciale. Ce texte fait suite à un autre édit relatif à l'arbitrage en général, également promulgué par François II à Fontainebleau en août 1560 : *ibid.*, p. 49-50, *Edit sur l'exécution des sentences arbitrales et sur la juridiction qui doit connaître de l'appel de ces sentences*.

³³ Alors que rien ne permet d'affirmer que le statut provençal obligeait les parties à choisir leurs arbitres au sein de la famille : le fait que ce texte impose indistinctement le compromis aux « *seigneurs et à leurs hommes et sujets, Universités et particuliers, parens, affins et conjoints* » (JULIEN, *loc. cit.*) semble indiquer le contraire et, en pratique, il est probable que le choix des parties

compétence des arbitres familiaux est limitée à des questions d'ordre pécuniaire et ne remonte pas au delà du quatrième degré. La disposition de la coutume de Bretagne qui, vers la même époque, cherche elle aussi à imposer l'intervention des parents pour régler les difficultés relatives aux partages successoraux, est encore plus restrictive car elle n'envisage cette intervention que comme un préalable au procès³⁴.

Ces diverses expériences n'ont pas rencontré un franc succès. L'application du statut provençal de 1491 a vite été entravée par les nombreuses limites apportées par la pratique. Celle-ci exige, notamment, que la demande de compromis soit formée *in limine litis*, qu'elle vise à abrégé le procès et que ce procès concerne exclusivement des parents ou alliés³⁵. De son côté, le roi semble avoir eu bien du mal à se faire obéir, comme en témoigne le rappel à l'ordre proféré par Charles IX, dès février 1566 : l'article 83 de l'ordonnance de Moulins dispose en effet que « *L'ordonnance des arbitres pour les jugemens des causes entre proches parens en fait de partage et autres différends sera gardée et observée sans empêchement quelconque* »³⁶ ce qui laisse penser que, jusque là, cette mesure n'était pas vraiment appliquée ou, du moins, pas sans réticences. La nouvelle intervention royale restera sans effet car les juges, pourtant censés faire respecter le caractère obligatoire de l'arbitrage³⁷, continueront à tout faire pour en restreindre l'application. En pratique, ils « *n'obligent point les parens à convenir d'arbitres* » et « *ils ont même bien de la peine à l'ordonner quand les avocats le requièrent* »³⁸. De fait, ils n'accordent le renvoi devant des arbitres que quand l'une des parties le demande³⁹ et à condition que cette demande soit formée dès le début du procès⁴⁰. En s'appuyant sur les termes de l'édit, ils affirment que ses dispositions sont inapplicables dès l'instant où l'une des parties est mineure⁴¹ et c'est également en se référant aux « *propres termes* » du texte⁴² qu'ils soutiennent que

devait se porter sur des hommes de lois : cf. J.-Cl. BRIANCHON, *Des tribunaux de famille*, Mémoire de D.E.S., Paris II, novembre 1958, p. 22.

³⁴ Titre 23 : *Des successions et partages*, article 566 : « *Entre frères & sœurs & autres cohéritiers (auparavant entrer en contestation pour le fait de leur partage), le juge les renvoyra par devant leurs parens pour amiablement accorder de leur partage, si faire se peut, sans forme de procès* » : B. d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, Paris, 1608, *Costumes générales des pays et duché de Bretagne en l'an 1580, réformées et rédigées en escrit*, p. 99. Dans ces conditions, comme le remarque fort justement d'Argentré dans son commentaire très critique sous cet article, la médiation familiale risque de fournir des moyens dilatoires aux parties.

³⁵ J.-J. JULIEN, *op. cit.*, t. 1, p. 353, n° VI à X ; PROST DE ROYER et RIOLZ, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, 7 t., Lyon, 1781-1788, t. 6, p. 113-114.

³⁶ ISAMBERT, *op. cit.*, t. 14, p. 211.

³⁷ J. HILAIRE, « L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e-XVIII^e siècle) », dans *Revue de l'arbitrage*, n°12, avril-juin 2000, p. 187-226, p. 194.

³⁸ Cl. HENRYS, *Œuvres*, 5^e éd., Paris, 1738, 4 t., t. 1, liv. 2, quest. 47, *Observations*, p. 439. Ce constat semble beaucoup plus proche de la vérité que celui de MASUER qui affirmait que l'ordonnance imposant l'arbitrage familial est « *estroitement observée es cours de ce royaume, comme sainte et équitable* » : *La pratique*, Paris, 1600, Tit. 7 : *Des arbitres*, n° 16, p. 156.

³⁹ Cf. LANGE, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale ou le nouveau praticien françois*, Paris, 1692, ch. XXVI, p. 118.

⁴⁰ Il faut que le procès ne soit pas « *fort acheminé* » : J. PAPON, *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, Pont à Mousson, 1608, liv. 6, tit. 3 *in fine*, p. 362. La demande doit donc être formée « *au commencement du procès* » : P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts...*, 6 t., nouv. éd., Paris, 1727, t. 1, v° *Arbitre*, p. 237, n° 11.

⁴¹ Effectivement, le texte vise « *les parens majeurs d'ans* ».

l'arbitrage obligatoire ne peut concerner que les « *successions liquides, non litigieuses et contentieuses* ». A ce propos, il convient de noter que toutes les décisions connues concernent des partages successoraux et que l'arbitrage forcé ne semble guère avoir eu l'occasion de s'appliquer dans les autres hypothèses visées par l'édit de Fontainebleau⁴³. En bref, la jurisprudence a imposé une interprétation très restrictive des ordonnances conduisant à en paralyser l'application. Cette application a effectivement été très limitée, dans le temps comme dans l'espace : la plupart des décisions connues sont antérieures au milieu du XVII^e siècle et seuls les parlements du sud-ouest semblent avoir manifesté quelques velléités de s'incliner plus durablement, mais non sans réserve, devant les volontés royales⁴⁴. Pour justifier leur désobéissance manifeste aux ordres royaux⁴⁵, les parlements, soutenus par la doctrine, invoquent parfois le défaut d'enregistrement des textes⁴⁶ et, surtout, ils font valoir que l'arbitrage forcé est contraire au droit commun et au principe selon lequel le compromis ne peut-être que volontaire⁴⁷. Face à une telle

⁴² Qui exige l'intervention des arbitres dans les affaires où « *il s'agit plus de fait que de droit* » : édit de Fontainebleau, art. 2 précité, *in limine*. Sur ce point, voir G. DE MAYNARD, *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au parlement de Toulouse*, nouv. éd., 2 t., Paris, 1751, t. 1, liv. 2, ch. 67, p. 162-163.

⁴³ Cette application restrictive a été favorisée par la formulation ambiguë des textes : l'édit de 1560 commence certes par affirmer la compétence des arbitres dans toute une série de matières (« *divisions et partages de successions... , comptes de tutèles, et autres administrations, restitutions de dot et douaire* ») mais quand il aborde ensuite la question de l'appel, il ne vise plus que les partages (« *et ne sera reçu l'appel que préalablement lesdits partages ne soient entièrement exécutés* »). La formulation, beaucoup plus claire, de l'ordonnance de 1566 qui réaffirme la compétence des arbitres « *pour les jugemens des causes entre proches parens en fait de partages et autres différends* », aurait dû couper court à toute difficulté mais il n'en a rien été : comme le constate Charondas, « *Il semble que ladite ordonnance de Moulins est générale, et doit avoir lieu pour tous différens et causes d'entre parens... Mais il a été jugé qu'elle n'a lieu qu'en matière de partages entre parens* » ; ainsi en a décidé le parlement de Paris dans l'arrêt du 16 décembre 1568 rapporté dans le recueil de Papon : CHARONDAS (Loys le Caron dit), *Responses et décisions du droit françois*, liv. 4, resp. 3, dans *Œuvres*, 2 t., Paris, 1637, t. 2, p. 110-111.

⁴⁴ Dès le départ, le parlement de Toulouse semble s'être montré plus respectueux des textes : si l'on en croit Maynard, *loc. cit.*, il ne se dispense que « *quelquefois* » et « *avec mûre délibération* » d'exécuter les ordonnances. Au XVIII^e siècle, ce parlement et celui de Bordeaux semblent être les seuls à renvoyer certains procès entre parents devant des arbitres, non sans conditions : ils continuent à exiger que l'une des parties le requière, que la difficulté porte sur une succession et que les parties soient majeures. Salviat prétend que « *le parlement de Bordeaux est moins jaloux que celui de Toulouse de conserver sa juridiction* » et qu'il « *renvoie devant des parents tous les procès élevés sur le partage d'une succession* » sans distinguer selon les caractères de cette succession mais aussitôt après il ajoute cette restriction significative : « *à moins qu'il n'ait de puissantes raisons pour se les réserver* » (MAYNARD, *loc. cit.* ; SALVIAT, *La jurisprudence du parlement de Bordeaux*, nouv. éd., 2 t., Paris, 1824, t. 1, v^o Arbitre, p. 84). Sur la position du parlement de Toulouse, voir J.-Cl. BRIANCHON, *op. cit.*, p. 32-33 et la thèse de C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, Thèse de droit, Montpellier, 2004, p. 192 et la note 867 : ce parlement semble accorder une importance particulière à la qualité des parties ; le fait qu'il s'agisse d'« *une famille de considération* » explique sans doute l'arrêt par lequel, comme le rapporte Rodier non sans étonnement, il a décidé, « *en 1757 ou 1758* », d'« *obliger les parties de prendre des arbitres pour le partage de la succession de Monsieur le Président d'Ouvrier* ». Cette attitude n'est pas surprenante : de manière plus générale, JOUSSE voit dans l'arbitrage un mode idéal de règlement des conflits pour « *les familles illustres* » : *Traité de l'administration de la justice*, 2 t., Paris, 1771, t. 2, p. 683, n^o 2.

⁴⁵ Leur interprétation est, de toute évidence, « *directement contraire à la lettre et à l'esprit des ordonnances* » : D. JOUSSE, *op. cit.*, t. 2, p. 723 ; PROST DE ROYER, *op. cit.*, t. 6, p. 110-111.

⁴⁶ Si l'on en croit BRILLON, *op. cit.*, t. 5, n^o 48, p. 83 : « *L'édit qui renvoie les différens... devant les parens n'a point été enregistré, c'est pourquoi il ne s'applique pas* ». Dans le même sens voir CHARONDAS, *loc. cit.* ; Cl.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2 t., Paris, 1769, t. 1, v^o Arbitre, p. 109. Voir aussi D'ARGENTRÉ : cf. note suivante.

⁴⁷ Cet argument est invoqué par CHARONDAS, *loc. cit.*, qui se fonde sur un arrêt de la grand' chambre du parlement de Paris du 2 juillet 1571 rapporté dans le *Recueil d'arrests* de PAPON, *op. cit.*, liv. 6, tit. 3, note sous l'arrêt 1, p. 358. Il est repris par A. DESPEISSES, *Œuvres*, 3 t., Lyon, 1750, t. 2 : *Traité de l'ordre judiciaire*, tit. 11, sect. 1, n^o 3, p. 614 et par Cl.-J. DE FERRIÈRE, *loc. cit.* Dans son commentaire sous l'article 18 du titre 1 de l'ancienne coutume de Bretagne, D'ARGENTRÉ rappelle que personne ne peut être obligé de compromettre et désapprouve donc implicitement les nombreux statuts d'Italie ordonnant qu'il soit compromis dans les causes entre proches parents. Il désavoue par la même occasion l'article 83 de

pratique, on comprend la question posée par Prost de Royer à la fin de l'Ancien Régime : « à l'égard de la disposition qui regarde les familles... quoiqu'elle n'ait pas été abrogée par une loi postérieure, ne peut-on pas dire qu'elle est tombée en désuétude ? »⁴⁸. De fait, la monarchie n'a jamais formellement abrogé les dispositions relatives à l'arbitrage familial, mais elle semble avoir renoncé à imposer cet arbitrage. Certes, au début du XVII^e siècle Henri IV a concocté un projet assez ambitieux en la matière mais ce projet, qui visait plus à favoriser l'arbitrage familial qu'à l'imposer, est resté sans suite⁴⁹. Par la suite, la législation royale ne soufflera plus mot de cet arbitrage : contrairement à ce qu'on affirme communément⁵⁰, l'ordonnance de 1629 n'en parle pas⁵¹ ; quant à l'ordonnance civile de 1667, elle se contente d'évoquer, de manière très générale, la simple possibilité de rendre des comptes devant des arbitres lorsque les parties sont majeures⁵². La connaissance même des textes relatifs à l'arbitrage familial forcé semble s'être rapidement perdue : évoquant l'article 83 de l'ordonnance de Moulins, Charondas affirme que « plusieurs ont cherché l'ordonnance des arbitres » auquel cet article renvoie et il met en doute les conclusions de ceux qui « ont estimé que c'étoit celle du roi François II de 1560 »⁵³. Au siècle suivant, Claude Henrys rappelle l'existence d'un arbitrage familial forcé en se référant à une disposition inexistante : « l'article 3 de l'ordonnance de 1556 »⁵⁴. Quant à Domat, il renvoie aux « articles 2, 3 et 4 de l'ordonnance d'août 1560 » ; or ce texte ne comporte que deux articles⁵⁵. Reste l'article 566 de la coutume de Bretagne. Comme le souligne très justement Poullain du Parc, sa disposition est « conforme aux ordonnances » et il ne faut donc pas s'étonner qu'elle ait connu le même sort : elle est « presque sans exécution », ce que cet auteur ne semble pas vraiment regretter dans la

l'ordonnance de Moulins qui a introduit une mesure similaire dans le royaume et prétend que cet article n'a pas été promulgué en Bretagne (*op. cit.*, col. 58).

⁴⁸ *Op. cit.*, t. 2, v^o *Accommodement*, p. 8, n^o 5. PIGEAU affirme, de manière beaucoup plus catégorique, que : « ces loix sont si peu suivies... que l'on peut dire qu'elles sont totalement tombées en désuétude » : *La procédure civile du Châtelet de Paris*, 2 t., Paris, 1779, t. 1, p. 16.

⁴⁹ Cf. *Mémoires du duc de Sully*, nouv. éd., 6 t., Paris, 1827, t. 5, p. 255-256 : ce projet vise à obliger le demandeur à proposer l'arbitrage à son adversaire : il lui impose, « avant toutes choses, de faire offre, et même sommation, de remettre tous ses différends à l'arbitrage de quatre personnes, choisies parmi les parens ou amis des parties, deux par chacune ». Ce projet préfigure la loi de 1790 sur un certain nombre de points (désignation de deux arbitres par chacune des parties, recours à un surarbitre en cas de partage) et il va même plus loin dans la mesure où il impose des délais à respecter aux différentes phases de la procédure.

⁵⁰ Voir par exemple D. Jousse, *loc. cit.* et l'article de Merlin dans le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Guyot, 2^e éd., 17 t., Paris, 1784, t. 1, v^o *Arbitrage*, p. 557.

⁵¹ Isambert, *op. cit.*, t. 16, p. 268 : l'article 152 renvoie en réalité à l'autre édit de Fontainebleau (relatif à l'arbitrage en général : cf. *supra* note 32).

⁵² Alors que l'ordonnance du commerce de 1673 rappelle l'existence de l'arbitrage forcé en matière commerciale : cf. Isambert, *op. cit.*, t. 18, p. 161-162 (article 22 du titre 29 de l'ordonnance de 1667 : cet article ne précise ni la nature des comptes, ni la qualité des arbitres) et t. 19, p. 97 (titre 4, article 9 de l'ordonnance de 1673 exigeant que tout contrat de société contienne « la clause de se soumettre aux arbitres pour les contestations qui surviendront entre les associés »).

⁵³ *Loc. cit.* Il semble que Charondas ne connaisse que le premier édit promulgué par François II en 1560 car il affirme que « cette ordonnance est générale et ne parle pas spécialement des ingemens et compromis entre parens », remarque qui s'applique assurément au premier édit mais pas au second ! Maynard, *loc. cit.*, rectifie son erreur et renvoie, lui, au bon texte.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 439.

⁵⁵ Cf. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2 t. en 1 vol., nouv. éd. par L. de Héricourt, Paris, 1756, t. 2, liv. II, tit. VII, sect. 1, n^o 4, p. 186. PIGEAU se réfère lui aussi à « l'ordonnance de 1560, article 3 » : *op. cit.*, t. 1, p. 16.

mesure où, selon lui, elle est « *susceptible d'inconvénients* »⁵⁶. D'Argentré ne lui reprochait-il pas déjà de fournir aux parties des moyens dilatoires ?⁵⁷ Le même reproche sera d'ailleurs adressé à l'édit de 1560 : d'après Brillon, si les juges, appliquant cet édit, renvoyaient les parents devant des arbitres, « *ces renvois souvent ne seroient que des occasions de tirer les procès en plus grande longueur* ». De toute évidence, il ne s'agit là que de mauvais prétextes : la véritable raison des réticences manifestées par les juges à l'égard de l'arbitrage forcé tient à ce que, comme le signale Brillon lui-même, ces juges « *aiment pratique...* »⁵⁸ et l'hostilité des magistrats, directement liée au système de la patrimonialité des offices, constitue assurément la principale cause de l'échec de l'édit de Fontainebleau⁵⁹. En pratique, bon nombre de parents en conflit continuent donc à s'adresser à la justice ordinaire et si certains ont recours à l'arbitrage, c'est de manière purement volontaire⁶⁰.

Dans ces conditions, on peut être tenté de conclure à un véritable échec de l'arbitrage familial forcé et de s'étonner que le législateur de 1790 ait repris à son compte l'idée d'une justice propre à la famille. Son initiative n'est pourtant pas vraiment surprenante : on peut y voir l'aboutissement d'un mouvement doctrinal favorable à l'arbitrage en général et à l'arbitrage familial en particulier amorcé dès l'Ancien Régime. Jousse témoigne d'un tel intérêt pour l'arbitrage qu'il n'hésite pas à lui consacrer tout un traité⁶¹ et ses propos ont parfois des accents pré-révolutionnaires, notamment quand il affirme que les arbitres « *peuvent devenir les juges... de toutes les personnes raisonnables* ». Cette analyse annonce celle de Prost de Royer qui se montre à la fois plus précis et plus catégorique lorsqu'il se prononce pour « *la voie si simple et si raisonnable de l'arbitrage* » parce qu'elle est « *conforme à ce que prescrivent la nature...(et) la raison* »⁶². Comme Jousse, mais aussi comme Pigeau et Salviat, Prost de Royer envisage le développement de ce mode de résolution des conflits comme un moyen de désengorger les tribunaux et d'accélérer la solution des affaires à moindre frais et il déplore que cette voie ne soit pas davantage utilisée⁶³. Tous ces auteurs

⁵⁶ POUILLAIN DU PARC, *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, 12 t., Rennes, 1767-1771, t. 4, ch. 1, p. 197, n° 293 et t. 8, ch. 23, p. 443 n° 29.

⁵⁷ Cf. *supra* note 34.

⁵⁸ *Op. cit.*, t. 5, n° 48, p. 83.

⁵⁹ En effet, le dispositif de cet édit reposait en grande partie sur la coopération des juges à qui il appartenait notamment, comme nous l'avons déjà rappelé, de faire respecter le caractère obligatoire de l'arbitrage or ces juges, peu désireux de voir leur échapper des affaires, et donc des épices, négligent de renvoyer devant des arbitres.

⁶⁰ Cf. C. JALLAMION, *op. cit.*, p. 194. Le recours à l'arbitrage en matière familiale semble fréquent non seulement à Montpellier mais aussi dans le reste du royaume, comme en témoignent les motifs de l'édit de mars 1673 *portant création... de greffiers des arbitrages et compromis* : ISAMBERT, *op. cit.*, t. 19, p. 109.

⁶¹ JOUSSE, *op. cit.*, t. 2, p. 683-725 : *Traité des arbitrages et compromis*.

⁶² JOUSSE, *op. cit.*, t. 2, p. 683, n° 3 ; PROST DE ROYER, *op. cit.*, t. 6, v° *Arbitre*, p. 51-52. Cette analyse annonce les débats révolutionnaires ainsi que l'article 1 du titre 1 de la loi de 1790 qui présente l'arbitrage comme « *le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens* ».

⁶³ JOUSSE, *loc. cit.* ; PIGEAU, *op. cit.*, t. 1, p. 16 ; SALVIAT, *op. cit.*, t. 1, p. 83 ; PROST DE ROYER, *loc. cit.* Les arbitres sont censés rendre « *une justice... plus prompte et moins dispendieuse* ». On notera toutefois que PROST DE ROYER a une vue assez critique de la pratique de l'arbitrage à son époque : *op. cit.*, t. 6, p. 52-53.

prennent donc clairement position pour l'arbitrage et ils témoignent par la même occasion d'un regain d'intérêt, cependant nuancé, pour l'arbitrage familial forcé : Jousse regrette la mauvaise application des ordonnances en la matière, mais de manière implicite⁶⁴ ; Pigeau reconnaît que l'arbitrage familial est une bonne chose mais affirme qu'il ne peut être véritablement bénéfique qu'à condition d'être volontaire⁶⁵ ; quant à Prost de Royer, quelle que soit la faveur dont il témoigne pour cette institution⁶⁶, il la considère comme provisoire : l'arbitrage familial forcé semble avoir à ses yeux un rôle essentiellement éducatif ; il y voit une simple étape, qui devrait conduire au triomphe de l'arbitrage volontaire⁶⁷.

Ainsi, on ne saurait considérer les tribunaux de famille révolutionnaires comme une création *ex nihilo* : ils constituent une sorte de résurgence de l'expérience tentée par la monarchie dès le XVI^e siècle et l'aboutissement d'un mouvement doctrinal déjà affirmé dans la seconde moitié XVIII^e siècle. L'idée de donner à des arbitres familiaux un véritable pouvoir de décision et de mettre en place une justice mi-privée, mi-publique en plaçant la décision rendue par ces arbitres sous le contrôle des juges ordinaires n'a donc rien de révolutionnaire⁶⁸. La manière dont est conçu le rôle de ces arbitres ne l'est pas davantage.

B. La conception du rôle de l'arbitre : une analyse somme toute traditionnelle

A Rome, la fonction de l'arbitre était rigoureusement définie : l'*arbiter* n'était « *pas conseiller, ni médiateur, ni conciliateur* » ; il ne pouvait être qu'un juge appelé à rendre une sentence définitive⁶⁹. Cette définition s'est obscurcie au Moyen Age. A partir du milieu du XIII^e siècle, la doctrine savante distingue, en s'appuyant sur un texte de Proculus⁷⁰, deux types d'arbitres : l'*arbiter*, juge privé qui statue en droit par une sentence définitive, et l'*arbitrator*, qui statue en équité et dont la décision est susceptible de recours

⁶⁴ Ces regrets se déduisent des propos qu'il tient au sujet de ces ordonnances, *op. cit.*, t. 2, p. 723.

⁶⁵ *Op. cit.*, t. 1, p. 17 : « *quoique ces loix ayent fait très sagement d'établir l'arbitrage dans ces sortes de cas, on ne peut disconvenir que si les parties n'y ont recours que malgré elles, cette voie peut bien leur être avantageuse, mais elle ne le sera jamais autant que si elles la prennent de leur gré* ».

⁶⁶ Qu'il qualifie d'« *intéressante* » : *op. cit.*, t. 2, v^o *Accommodement*, p. 8. Pour lui, l'atteinte au principe de la liberté du compromis se justifie en l'occurrence par la recherche du « *bien public* » ; en ce sens voir aussi t. 6, v^o *Arbitres forcés*, p. 109, où il écrit qu'« *il est quelquefois important de contrarier le droit commun et la liberté naturelle, lorsque le bien particulier (des hommes), et celui de la société en général, paroissent l'exiger* ».

⁶⁷ *Op. cit.*, t. 6, v^o *Arbitres forcés*, p. 113 : après avoir formé le vœu qu'« *une loi claire et précise* » impose effectivement l'arbitrage en matière familiale, il affirme que « *Si cette loi était observée à la rigueur, il n'y auroit bientôt plus que des arbitrages volontaires* ». On notera également qu'il réclame seulement que les affaires de famille soient renvoyées « *devant arbitres convenus ou nommés d'office* » sans préciser que ces arbitres doivent être choisis parmi les parents.

⁶⁸ Contrairement à ce que laisse entendre J.-P. Royer, *op. cit.*, p. 292, n^o 183 *in fine*, la disposition de l'article 14 du titre X de la loi de 1790 autorisant l'appel de la décision arbitrale n'a rien d'original : l'édit de 1560 admettait déjà l'appel devant le parlement du ressort, soit devant un tribunal public : cf. *supra* page 6 et la note 32. Dans cet édit, comme dans la loi de 1790, l'arbitrage familial reste donc rattaché au système juridictionnel par le biais de l'appel.

⁶⁹ M. Humbert, « Arbitrage et jugement à Rome », dans *Droits et cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, 28 (1994), p. 47-63, p. 53.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 56-57. Ce texte est repris au *Digeste* : D. 17, 2, 76.

devant un *bonus vir*. Très vite, cet arbitrateur est assimilé à l'amiable compositeur⁷¹ dont la mission ne consiste pas à trancher un véritable conflit mais à apaiser le différend en faisant appel à un esprit de conciliation et de charité conforme à l'idéal chrétien. L'arbitrateur se voit ainsi reconnaître une fonction essentiellement pacificatrice⁷². En théorie, l'arbitre et l'arbitrateur ou amiable compositeur ont donc des pouvoirs différents dont découlent des conséquences également différentes mais, en pratique, toutes ces notions ne tardent pas à se confondre car dans la plupart des compromis les mêmes personnes sont désignées à la fois comme « *arbitres, arbitrateurs et amiables compositeurs* »⁷³. Par cette formule très générale, les parties cherchent à élargir les pouvoirs des arbitres en toute sécurité ou, plus exactement, elles cherchent à déclinier les pouvoirs des personnes désignées sur un mode subsidiaire : elles devront être « *amiables compositeurs avant d'être arbitrateurs, arbitrateurs avant d'être arbitres* »⁷⁴. Comme l'a très justement souligné Jean Hilaire, une telle formule permet d'esquiver toutes les incertitudes sur la nature et l'étendue du pouvoir des arbitres, d'assurer la validité de leur décision quel que soit son contenu et de décourager les recours⁷⁵. Cette formule, éprouvée par un long usage, restera en vigueur jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, notamment à Montpellier où l'amiable composition est considérée comme sous-entendue même quand les parties n'ont pas pris la précaution d'introduire la fameuse clause dans leur compromis⁷⁶. L'arbitre est donc devenu avant tout un conciliateur dont les parties attendent qu'il aplanisse leur différend par les moyens les plus opportuns. Son action repose sur une « *logique de la conciliation* » qui apparaît « *comme de l'essence même de l'arbitrage* »⁷⁷ tant et si bien qu'on en arrive à considérer que le recours à ce mode de résolution des conflits présuppose une volonté de s'accommoder. C'est ainsi que Domat affirme que « *ceux qui voulant s'accommoder ne peuvent convenir entr'eux des conditions de leur accommodement, peuvent s'en remettre à des arbitres* » ; quant à Augustin-Charles Guichard, il n'hésitera pas à soutenir que « *de cela seul*

⁷¹ Cette assimilation est déjà opérée par Guillaume Durand et on la retrouve chez Bartole et chez Balde : cf. J.-J. CLÈRE, « Recherches sur l'histoire de la conciliation en France aux XVIII^e et XIX^e siècles », dans *Mémoires de la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, fasc. 46, Dijon, 1989, p. 191-213, p. 194 et Y. JEANCLOS, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII^e au XV^e siècle*, Centre de recherches historiques, Dijon, 1977, p. 114-115.

⁷² Sur tous ces points et, en particulier, sur la position de la doctrine savante voir – outre l'article de J.-J. CLÈRE et l'ouvrage d'Y. JEANCLOS déjà cités – S. DAUCHY, « Le recours contre les sentences arbitrales au parlement de Paris (XIII^e et XIV^e siècles). La doctrine et la législation à l'épreuve de la pratique judiciaire », dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n° LXVII, 1999, p. 255-311, p. 257-260.

⁷³ La clause *tanquam arbiter, arbitrator aut amicabilem compositor* apparaît dans les actes de la pratique dès le milieu du XIII^e siècle : cf. Y. JEANCLOS, *op.cit.*, p. 117. Son usage se généralise rapidement et la distinction entre les différentes notions devient purement théorique : cf. H. JANEAU, « L'arbitrage en Dauphiné au Moyen Age », dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1946-47, p. 229-271, p. 246 ; M. BOUCHAT, « La justice privée par arbitrage dans le diocèse de Liège au XIII^e siècle : les arbitres », dans *Le Moyen Age, Revue d'histoire et de philologie*, n° 1, 1989, p. 439-474, p. 443-447 ; J.-Fr. POUDRET, « Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romands au Moyen Age : l'arbitrabilité et le juge-arbitre », dans *Revue de l'arbitrage*, 1999 (1), p. 3-19, p. 6.

⁷⁴ H. JANEAU, *art. cit.*, p. 258. Comme l'a souligné J.-Fr. POUDRET, le succès de l'arbitrage au Moyen Age s'explique « *par la mentalité de l'époque plus encline à ramener la paix par des solutions d'équité que par l'application du droit* » : *art. cit.*, p. 12 ; voir aussi p. 19.

⁷⁵ *Art. cit.*, p. 208 et 211.

⁷⁶ C. JALLAMION, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁷ *Id.*, p. 79.

que (sous l'Ancien Régime) *l'arbitrage était volontaire, il est impossible de n'en pas conclure que les parties désiraient également de se concilier et de sortir promptement du procès* »⁷⁸.

La confusion des différentes notions est consacrée par les textes royaux qui, tels l'ordonnance de juin 1510 et l'édit d'août 1560, associent eux aussi dans une formule générale les termes « *arbitres, arbitrateurs ou/et amiables compositeurs* »⁷⁹. On notera également qu'en consacrant la possibilité d'appeler des décisions rendues par ces « arbitres » devant les juges ordinaires, ces textes contribuent à dénaturer l'arbitrage et à conforter l'arbitre dans un rôle de conciliateur⁸⁰.

La même confusion caractérise la doctrine qui n'est cependant pas absolument unanime. Au XIV^e siècle Jean Bouteiller continue à distinguer non seulement l'arbitre de l'arbitrateur mais aussi l'arbitrateur de l'amiable compositeur⁸¹ alors que deux siècles plus tard Masuer assimile purement et simplement ces deux dernières notions⁸², tout comme Damhoudère. Ce dernier insiste sur la mission essentiellement pacificatrice de l'arbitrateur⁸³ qu'il oppose à l'arbitre tout en admettant qu'en pratique ces deux notions sont souvent confondues puisqu'un « *même homme peut ensemblement estre arbitre et arbitrateur* » et qu'« *il advient communément que les parties se soumettent à l'un et l'autre* ». Loin de le choquer, cette confusion lui paraît « *fort louable et souhaitable* » ; dans ce cas, la personne désignée sera arbitrateur avant d'être arbitre : elle devra d'abord chercher à accorder les parties mais faute d'y parvenir elle pourra les juger⁸⁴. La même analyse l'emporte dans la doctrine des deux derniers siècles de l'Ancien Régime : si quelques auteurs posent encore le principe de la distinction entre l'arbitre, « *nommé par les parties pour décider leur différend* » et les arbitrateurs ou amiables compositeurs « *qui accommodent les parties* »⁸⁵, beaucoup d'autres s'accordent pour reconnaître que cette distinction n'a plus qu'une portée théorique et qu'en pratique « *il n'y a point de différence* » entre ces termes qui sont désormais considérés comme « *synonymes* »⁸⁶. Ainsi, comme le

⁷⁸ DOMAT, *op. cit.*, t. 1, liv. I, tit. XIV, p. 125 ; A.-Ch. GUICHARD, *op. cit.*, p. 83.

⁷⁹ ISAMBERT, *op. cit.*, t. 11, p. 597 (article 34 de l'ordonnance de 1510) et t. 14, p. 50 (1^{er} édit de 1560).

⁸⁰ En effet, « *l'arbitrage n'est plus un mode de résolution des conflits aux règles et aux caractéristiques propres ; il apparaît au contraire comme une simple tentative de conciliation préalable à la voie judiciaire, voire une alternative aux tribunaux de première instance* » : S. DAUCHY, *art. cit.*, p. 275.

⁸¹ Dans sa *Somme rurale*, il propose une « *distinction trifonctionnelle* » qui a été analysée par J.-J. CLÈRE dans son article précité, p. 195.

⁸² *Op. cit.*, Titre IV : *Des arbitres*, p. 149 sq. ; cf. p. 155, n° 15.

⁸³ *Pratique judiciaire es causes civiles*, Anvers, 1572, ch. 8 : *Des arbitres*, p. 10, n° 5 : « *Quant aux arbitrateurs, ce sont personnes qui amiablement traitent paix et accord, qui ne sont prins par les parties afin de cognoistre de quelque chose litigieuse, mais à fin qu'ils les mettent d'accord, et pacifient...* ». Voir aussi ch. 203 : *De tomber en soumissions et arbitrages*, p. 271 sq., p. 273, n° 18 : « *L'arbitrateur n'est qu'un amiable compositeur...* » et n° 19 : « *devant l'arbitrateur ni a point de ingement... (il) procède par une réconciliation amiable* ».

⁸⁴ Ch. 204 : *Des compromis ou soumissions*, p. 274, n° 7 et 8 : « *un et mesme homme... fait office d'arbitre et arbitrateur, de sorte que si les parties se peuvent accorder par conseils, raisons et amiables pacifications, cest le soin qu'il doit avoir et à quoy il se doit employer. Mais s'il ne peut faire, qu'il joue le personnage d'arbitre... et expédie toute la chose par ordre de ingement* ».

⁸⁵ LANGE, *op. cit.*, ch. XXVI, p. 118. Voir aussi Cl.-J. DE FERRIÈRE, *op. cit.*, t. 1, p. 108, v° *Arbitrateur* et v° *Arbitre*.

⁸⁶ A. DESPEISSES, *op. cit.*, t. 2 : *Traité de l'ordre judiciaire*, titre XI, section 1, p. 613 n° 2 ; PROST DE ROYER, *op. cit.*, t. 6, p. 50.

constate Jousse, « *Dans nos mœurs, les arbitres choisis par les parties ne diffèrent point des amiables compositeurs* »⁸⁷. Tout en insistant sur la double mission des arbitres qui « *sont choisis pour accommoder autant que pour juger les affaires qu'on met entre leurs mains* »⁸⁸, ces auteurs privilégient leur fonction de conciliation et laissent clairement entendre que les arbitres se trouvent en situation d'échec lorsqu'ils « *sont obligés de rendre une sentence* »⁸⁹. Certains semblent même se refuser à envisager cette hypothèse ; c'est ainsi qu'après avoir rappelé qu'« *il faut ... pour exercer la fonction d'arbitre, beaucoup de sagesse, de pénétration et de prudence, et sur-tout un désir sincère de concilier les parties* », Pigeau affirme qu'« *il est rare qu'avec ces qualités, on ne vienne à bout de les réunir, et de leur faire sentir qu'il vaut mieux faire un sacrifice que d'essuyer les maux qui résultent d'un procès* »⁹⁰.

Dans l'ancien droit, l'arbitrage est donc perçu comme un mode privilégié de résolution des conflits, tout particulièrement quand ces conflits opposent les membres d'une même famille. Comme le souligne Claude-Joseph de Ferrière, « *dans ces sortes d'affaires (l'arbitrage) est toujours avantageux* » car il permet non seulement d'éviter les longueurs et le coût d'un procès mais aussi « *des suites fâcheuses et des inimitiés irréconciliables... entre ceux qui devoient vivre dans une très parfaite union* »⁹¹. En bref, le recours à l'arbitrage est envisagé comme un moyen de pacifier les conflits familiaux et de rétablir la nécessaire concorde entre les proches. Cette préoccupation est inscrite en toutes lettres dans les textes : c'est pour « *restrindre la désordonnée habitude de plaiderie, dont procèdent grandes inimitiés et dépenses* » que les statuts provençaux de 1491 ont établi une obligation de compromettre qu'ils rattachent de manière significative à celle de se « *déterminer par amiable cognoissance* »⁹². Quant à l'édit de Fontainebleau, il repose sur une volonté clairement affirmée d'empêcher les procès ou d'y couper court⁹³ dans l'espoir d'assurer « *la paix et le repos* » des sujets et plus précisément, s'agissant de régler des questions d'ordre familial, d'« *entretenir paix et amitié entre proches parents* ». En matière familiale plus encore que dans les autres domaines, on compte donc sur les arbitres pour favoriser une solution négociée du différend mais il est évident que faute d'y parvenir ils pourront imposer leur décision⁹⁴.

⁸⁷ JOUSSE, *op. cit.*, t. 2, p. 683, n° 2. Dans le même sens, voir MERLIN, article *Arbitrage*, dans le *Répertoire* de Guyot, précité, t. 1, p. 547.

⁸⁸ DOMAT, *op. cit.*, t. 2, liv. II, tit. VII, sect. 1, n° 3, p. 186. Domat les qualifie ensuite de « *médiateurs* ».

⁸⁹ PROST DE ROYER, *op. cit.*, t. 6, p. 94 ; et il poursuit : « *S'ils ne peuvent réussir dans leur médiation, si les parties veulent un jugement, ils doivent le rendre* ». Voir aussi t. 6, p. 52 : « *Cette voie (de l'arbitrage) devrait, sans doute, tenir un milieu entre celle de l'accommodement et la voie judiciaire ; de manière cependant qu'elle se rapprochât davantage de la première* ».

⁹⁰ *Op. cit.*, t. 1, p. 24.

⁹¹ *Op. cit.*, t.1, p. 109.

⁹² J.-J. JULIEN, *op. cit.*, t. 1, p. 350.

⁹³ Cf. 2^e édit de 1560, ISAMBERT, *op. cit.*, t. 14, p. 51 : il s'agit d'« *empescher la naissance des procès, ou aussitôt qu'ils sont meuz les esteindre* ».

⁹⁴ Ce pouvoir leur est expressément reconnu par l'article 2 de l'édit de 1560.

L'idée selon laquelle l'arbitre doit d'abord être un conciliateur ou un médiateur⁹⁵ avant de se résoudre à devenir un juge est passée en droit révolutionnaire. La seule originalité de ce droit tient à ce que l'analyse du rôle de l'arbitre s'intègre dans une réflexion générale sur les institutions judiciaires. Les Constituants sont en effet animés par une véritable « *philosophie de la médiation* »⁹⁶. Ils n'envisagent le procès que comme un ultime recours vers lequel on ne peut se tourner qu'après l'échec de la conciliation. La célèbre apostrophe de Thouret : « *Il faut rappeler aux plaideurs que la justice des tribunaux n'est instituée que comme un remède extrême pour ceux qui n'ont pas l'esprit de s'en passer* », fait écho au non moins célèbre mot d'ordre de Prugnon : « *Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice, passez d'abord par celui de la concorde* »⁹⁷. La conciliation est donc la pierre d'angle de la nouvelle organisation judiciaire. Elle a été pensée « *comme un ensemble aux multiples applications* »⁹⁸ : elle constitue une des missions imparties au juge de paix dont le titre est à lui seul tout un programme⁹⁹ et, même si la loi de 1790 ne dit rien des obligations des arbitres, il n'est pas douteux que ses auteurs aient surtout pensé à l'amiable composition. Dans cette loi, la conciliation est conçue comme un véritable « *système afin de 'déjudiciariser' un certain nombre de litiges* »¹⁰⁰, notamment les litiges familiaux. Il ne s'agit plus seulement, comme c'était déjà le cas sous l'Ancien Régime, d'apaiser les différends domestiques en évitant le scandale lié à un débat public¹⁰¹ mais d'assurer une discipline familiale conforme à l'idéologie révolutionnaire. Les Constituants considèrent les conflits domestiques comme des conflits privés qui doivent, dans toute la mesure du possible, être réglés dans la sphère privée. Ils sont persuadés qu'en laissant les intéressés « laver leur linge sale en famille », on parviendra à aplanir plus facilement les difficultés car ils ont une vision optimiste des rapports familiaux dans lesquels la bonne intelligence et la concorde sont toujours censées triompher¹⁰². Ils pensent aussi qu'en laissant la famille régler ses conflits internes on contribuera à resserrer les liens entre ses membres et à établir une sorte d'auto-censure qui conduira à régénérer les mœurs de la société

⁹⁵ Ces deux notions semblent se confondre dans l'esprit de nos anciens auteurs (cf. *supra* p. 14) comme dans celui du législateur révolutionnaire qui emploie indifféremment l'un ou l'autre terme (voir par exemple A.P., t. XII, p. 432, art. 11 et t. 16, p. 737 : Duport affirme que le juge de paix est « *chargé spécialement de concilier les parties* » ; Thouret le qualifie de « *médiateur* ». Voir aussi les articles 1, 2 et 7 du titre X de la loi de 1790 qui parlent tantôt de « *conciliation* » et tantôt de « *médiation* »). En droit moderne, certains auteurs se sont efforcés de distinguer ces deux notions mais leurs définitions sont parfois contradictoires et cette distinction paraît inutile et artificielle : cf. X. Linant de Bellefonds et A. Hollande, *Arbitrage et médiation*, P.U.F., 2003, p. 23-24.

⁹⁶ Cf. J. FERRAND, *Trois figures de la médiation judiciaire sous la Révolution française*, à paraître en 2005 chez l'Harmattan. J.-P. ROYER, *op. cit.*, n° 176, p. 282, parle de « *philosophie conciliatoire* ».

⁹⁷ A.P., t. XVI, p. 739 (séance du 7 juillet 1790) et t. XVIII, p. 89 (séance du 16 août 1790).

⁹⁸ J.-P. ROYER, *op. cit.*, n° 176, p. 281.

⁹⁹ Son rôle conciliateur, expressément souligné lors des débats, a été consacré par le titre X de la loi de 1790.

¹⁰⁰ J.-P. ROYER, *loc. cit.*

¹⁰¹ Cette préoccupation reste cependant très présente ; elle est clairement exprimée dans le projet de Bergasse (A.P., t. VIII, p. 447, titre 2, article 9 *in fine*) et on la retrouve dans le propos de Thouret ou de Pétion (*id.*, t. XVII, p. 616-617). Voir aussi A.-Ch. GUICHARD, *op. cit.*, p. 9 : « *les parents seuls prendront connaissance de ces querelles qu'il leur sera bien plus facile d'apaiser lorsqu'elles n'éclateront plus* ».

¹⁰² Sur ce point, voir J.-L. HALPÉRIN, « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou 'les juristes, comment s'en débarrasser ?' », dans *La famille, la loi, l'Etat...*, *op. cit.*, p. 292-304, p. 295.

toute entière¹⁰³. Ainsi s'explique l'institution de l'arbitrage obligatoire dans le cadre des tribunaux de famille. Cette solution ne s'est pourtant pas imposée d'emblée.

En effet, les Constituants, fidèles aux aspirations des justiciables exprimées dans les cahiers de doléances¹⁰⁴, n'ont pas immédiatement proposé la création d'un tribunal domestique. Au départ, ils ont seulement exprimé leur volonté d'établir une médiation en matière familiale. De fait, le premier projet, présenté par Bergasse le 17 août 1789, envisage d'imposer une intervention préalable et préventive du juge de paix ; en cas de conflit entre proches parents ou alliés, celui-ci disposera d'un mois pour « *interposer sa médiation* » et éviter ainsi le procès¹⁰⁵. L'idée d'institutionnaliser l'intervention de la famille et de lui reconnaître un pouvoir de décision apparaît dans le nouveau projet présenté par Thouret au nom du Comité de constitution le 22 décembre 1789. Aux termes de l'article 12 du titre 9 de ce projet : « *Aucune femme ne pourra se pourvoir en justice contre son mari, aucun mari contre sa femme, aucun fils ou petit-fils contre son père ou aïeul, aucun neveu contre son oncle... qu'après avoir nommé des parents pour arbitres, devant lesquels ils éclairciront leur différend, et qui, après les avoir entendus, et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée* »¹⁰⁶. Mais cette proposition ne fait pas l'unanimité ; parmi les contre-projets, présentés en mars 1790, ceux de Sieyès et de Chabroud cherchent à cantonner la famille dans un simple rôle de conciliation. Dans « *les causes domestiques ou contestations intérieures des familles* », Sieyès propose une double tentative de conciliation associant un « *conseil de famille* » au juge de paix ; si l'« *avis motivé* » du conseil de famille ne « *suffit pas pour arranger les parties* », elles doivent encore passer par le juge de paix avant de pouvoir intenter l'action en justice et ce juge ne devra attester que le conseil de famille « *n'a pu concilier les parties* » qu'après avoir tout fait pour les convaincre de se ranger à son avis¹⁰⁷. Quant à Chabroud, il envisage seulement d'associer la famille à la procédure de conciliation menée par le bureau de paix ; son projet dispose en effet que « *Lorsque des affaires entre parents seront portées au bureau de paix, les personnes de la famille qui habiteront le canton y seront appelées* »¹⁰⁸. Le projet de Thouret finira cependant par l'emporter¹⁰⁹. La

¹⁰³ Tous ces motifs sont développés par A.-Ch. GUICHARD dans le « *Préliminaire* » de son ouvrage précité, p. 3 sq., et résumés p. 17 : au premier rang de ces motifs, Guichard place la volonté d'« *améliorer les mœurs, en resserrant les liens de la famille* ».

¹⁰⁴ Ces cahiers étaient hostiles aux juridictions d'exception et n'envisageaient pas la création d'un « tribunal de famille » au sens où nous entendons ici ce terme. Seuls quelques cahiers ont demandé la création de cette institution dans laquelle, à l'exception du cahier du tiers-état de la Corse, ils voyaient avant tout un moyen de régler la question de la correction paternelle : cf. L. DARNIS, *Des tribunaux de famille dans le droit intermédiaire*, Thèse de droit, Paris, 1903, p. 44-47.

¹⁰⁵ A.P., t. VIII, p. 447, tit. 2, art. 9.

¹⁰⁶ A.P., t. X, p. 738. Les articles 13 à 15 règlent la question de la correction paternelle ; leurs dispositions sont déjà très proches de celles de la future loi de 1790 alors que les dispositions relatives à l'arbitrage familial restent à préciser.

¹⁰⁷ A.P., t. XII, p. 249-258 : *Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la politique en France par monsieur l'abbé Sieyès* (document annexé à la séance de l'Assemblée nationale du 19 mars 1790), titre 4, articles 129-131.

¹⁰⁸ A.P., t. XII, p. 451 sq., séance du 30 mars 1790, titre 9 : *De la police des familles*, article 6.

¹⁰⁹ A.P., t. XVII, p. 621, séance du 5 août 1790 : le texte du projet est très légèrement modifié et, surtout, complété, pour tenir compte des remarques faites lors des débats. Thouret proposera en effet « *quelques articles additionnels* » (notamment les articles 13 et 14) qui seront adoptés sans discussion à la séance du 16 août : A.P., t. XVIII, p. 90.

loi de 1790 consacre donc l'apparition d'un véritable « tribunal » domestique auquel le législateur confie cependant de manière implicite une mission avant tout conciliatrice. Le lien établi entre les tribunaux de famille et les bureaux de paix, qui se trouvent jumelés dans le titre X, est à la fois symbolique et révélateur : il est évident que si ces tribunaux sont ainsi couplés avec le bureau de paix, c'est non seulement par la lettre mais aussi par l'esprit¹¹⁰. Les arbitres de famille sont invités à remplir l'office du bureau de paix ; il leur appartient donc de chercher à concilier les parties. Il serait cependant erroné de les réduire à ce rôle conciliateur¹¹¹. Ce serait oublier que l'article 12 de la loi de 1790 leur attribue le pouvoir de rendre « *une décision motivée* » et que l'article 14 reconnaît l'autorité de cette décision dont il permet de faire appel¹¹². Faute de réussir à concilier, les arbitres de famille devront donc juger. Pour Jean-Pierre Royer, cette « *mutation éventuelle (des assemblées de famille) en tribunaux domestiques* » constitue la principale originalité de l'institution révolutionnaire¹¹³. Il convient cependant de nuancer cette appréciation en rappelant qu'il ne s'agit pas là d'une véritable innovation¹¹⁴ et en soulignant que, dans l'esprit des promoteurs de la loi, cette éventuelle mutation constitue le signe d'un échec, comme en témoigne la définition du tribunal de famille proposée en 1791 par Augustin-Charles Guichard. Certes, cet auteur commence par affirmer que « *Le tribunal de famille est un tribunal arbitral, substitué aux tribunaux judiciaires, pour décider entre parens et alliés au degré désigné, toutes les contestations qui n'intéressent qu'eux...* », mais il ajoute aussitôt que « *ce n'est qu'après avoir épuisé tous les moyens de conciliation (que les parents qui le composent) doivent revêtir la qualité de juges* »¹¹⁵.

Les révolutionnaires ont donc entendu confier le règlement des conflits familiaux à des arbitres qui, tels Janus, auraient dû présenter deux visages opposés : on attendait d'eux qu'ils soient à la fois conciliateurs et juges ou, plus exactement, avant tout conciliateurs et accessoirement juges. Or il est très difficile, voire impossible, d'être à la fois conciliateur et juge. Les Constituants eux-mêmes l'avaient pressenti puisque, s'agissant du juge de paix, ils ont pris soin de distinguer les deux fonctions¹¹⁶. Les

¹¹⁰ G. Métairie, *art. cit.*, p. 497.

¹¹¹ A cet égard, nous ne partageons pas l'opinion de G. Métairie qui présente l'arbitrage domestique organisé par les articles 12 à 15 du titre X de la loi de 1790 comme un simple « *préalable obligatoire à toute action judiciaire* » : *art. cit.*, p. 499 et la note 36 p. 500.

¹¹² Sur ce point le tribunal de famille des articles 12 à 14 se distingue nettement du « *tribunal de discipline* » des articles 15 à 17 : comme le rappelle A.-Ch. Guichard, *op. cit.*, p. 135, ce dernier ne fait que « *donner son avis* » et « *à la différence du tribunal de famille ordinaire, ses décisions ne sont pas des jugemens* ».

¹¹³ *Op. cit.*, n° 181, p. 292.

¹¹⁴ Comme nous l'avons signalé l'édit de 1560 reconnaissait déjà aux arbitres de famille le pouvoir de rendre une décision exécutoire faute de parvenir à un accord entre les parties : cf. *supra* note 94.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 16-18. La même idée revient p. 21-22.

¹¹⁶ Certains Constituants, parmi lesquels Duport et Pétion, auraient voulu que les juges de paix soient uniquement des conciliateurs mais la loi de 1790 a consacré la position de Thouret qui voulait « *réunir en eux le double caractère de médiateurs et de juges* » (A.P., t. XII, p. 432 : article 11 du projet de Duport et t. 16, p. 737-738, séance du 7 juillet 1790 : interventions de Thouret et de Pétion). Le juge de paix s'est donc vu reconnaître deux fonctions qui restent cependant distinctes dans la mesure où l'article 1 du titre X de la loi lui attribue un rôle de conciliation dans « *les matières qui excéderont sa compétence* »

tribunaux de famille devaient fatalement être amenés à sacrifier l'une de leur mission au profit de l'autre et il ne fallait pas être devin pour prédire que cette expérience conduirait à de cruelles désillusions.

II – Une expérience décevante

Répondant aux attentes du législateur, les arbitres ont essayé de concilier les adversaires¹¹⁷ mais il n'y sont pas toujours parvenus car l'issue du litige dépend non seulement de leur habileté, mais aussi de l'état d'esprit des parties et de la nature de l'affaire. C'est ce que nous allons démontrer en nous appuyant sur une analyse des archives des tribunaux de famille du district de Douai. Le choix de l'exemple douaisien nous a été dicté par le volume raisonnable des archives qui ont donc pu faire l'objet d'un dépouillement exhaustif. Ces archives¹¹⁸ nous ont permis de retrouver cent trente-sept affaires réglées entre le 7 février 1792 et le 23 vendémiaire an III (15 octobre 1795)¹¹⁹. Il s'agit en majorité d'affaires de divorce (46)¹²⁰ et de succession (37)¹²¹. Viennent ensuite des affaires portant sur diverses questions d'intérêt entre parents (25) : liquidation de dettes, cautionnement, revendication de bétail ou autres biens, conflit relatif à l'exploitation de terres... ; l'exécution de contrats de mariage (6) ; des nullités d'acte (6) ; des tutelles ou curatelles (5) ; des demandes en partage ou vente de biens en indivision (4) ; des demandes de rupture de

autrement dit dans les affaires où il ne juge pas. La Cour de cassation sera néanmoins obligée d'intervenir pour rappeler que les deux juridictions – gracieuse et contentieuse – du juge de paix sont « *totalelement distinctes* » et que par conséquent il ne peut « *connaître d'une affaire au fond après avoir tenté de concilier les parties* » : cf. J. Léonnet, « Une création de l'Assemblée constituante : la conciliation judiciaire », dans *Une autre justice (1789-1799)*, *op cit.*, p. 267-281, p. 271.

¹¹⁷ J.-J. CLÈRE, « L'arbitrage révolutionnaire... », *art. cit.*, p. 12 et M. CARLIN, *art. cit.*, p. 599 leur ont tous deux rendu cette justice.

¹¹⁸ Conservées aux Archives départementales du Nord sous les cotes L 12490 à 12494.

¹¹⁹ 137 affaires pour 32 mois soit une moyenne d'environ 11 affaires par mois. Ces archives sont sans aucun doute incomplètes : pour la période antérieure à 1792, il n'existe qu'une seule pièce (L 12490 : demande de désignation d'arbitres d'office dans le procès des frères Herogué) ; pour la période 1792-1795, les liasses contiennent un certain nombre de sentences interlocutoires dans des affaires pour lesquelles nous n'avons pas de décision définitive et dont nous n'avons donc pas tenu compte.

¹²⁰ 40 décisions statuent sur le principe du divorce et 6 sur ses effets civils. Sur les 40 sentences de divorce, 17 (soit 42,5%) ont pour motif l'émigration. Ces 17 demandes en divorce pour émigration sont concentrées sur environ treize mois : entre le 10 brumaire an II (31 octobre 1793) et le 5 frimaire an III (24 novembre 1794).

¹²¹ Les conflits familiaux relatifs aux successions sont bien plus nombreux, surtout à la suite de la promulgation des « lois de combat » de l'an II, mais comme nous l'avons signalé en introduction, ces lois soustraient le contentieux auquel elles peuvent donner lieu aux tribunaux de famille pour les confier à des arbitres forcés. Nous avons retrouvé la trace dans les archives douaisiennes de 104 décisions rendues en application de ces lois, que nous n'avons donc pas comptabilisées. Cependant, même après la promulgation de ces lois, les arbitres de famille continuent à connaître d'un certain nombre d'affaires de succession : 19 décisions sur les 137 recensées sont postérieures à ces lois ; elles sont intervenues dans des affaires dans lesquelles ces lois n'étaient pas applicables (ex : succession ouverte avant le 14 juillet 1789 : L 12492, Marquette, 14 germinal an II et L 12493 : Estabel, 9 brumaire an III ; demande d'annulation d'un partage parce que les lots n'ont pas été tirés au sort : L 12493, Leroy, 30 pluviôse an III ; contestation de la validité d'un testament en raison des conditions de sa rédaction : L 12494, Bomart, 14 prairial an III : le testament a été reçu par un notaire qui n'avait aucune qualité pour instrumenter en France et alors que le territoire était envahi par l'ennemi...). Il arrive que les arbitres soulignent eux-mêmes que l'hypothèse à juger n'a pas été prévue par la loi de nivôse et qu'il faut donc « *s'en rapporter aux dispositions des anciennes coutumes* » : L 12492, Foveau, 4 fructidor an II ; et dans ce cas ils rappellent parfois qu'ils sont réunis « *en tribunal de famille* » : L 12494, Jovenez, 1 fructidor an III et Depoutre, 13 vendémiaire an IV. Parfois ce sont les parties qui précisent qu'elles entendent réunir un « *tribunal de famille en exécution... du décret du 16 août 1790* » : L 12493, Levrin, 25 pluviôse an III.

la vie commune (3) ou des arrangements financiers entre parents et enfants (2). Signalons pour terminer une action en séparation de corps, une action touchant aux rapports entre époux¹²² et une action relative à la filiation naturelle. De ces cent trente-sept affaires, il faut retrancher une affaire atypique dans laquelle les arbitres interviennent uniquement pour homologuer une transaction déjà passée par les parties¹²³. Restent donc cent trente-six affaires dans lesquelles les tribunaux de famille douaisiens ont véritablement dénoué le conflit. L'analyse de leurs décisions, et la confrontation systématique des résultats avec ceux des différentes études réalisées sur le sujet, conduit au constat suivant : si les arbitres de famille ont parfois réussi à faire prévaloir une solution amiable et à jouer à cette occasion leur rôle de médiateur, dans la grande majorité des cas ils n'ont pu régler le différend que par une décision impérative. En pratique, les arbitres médiateurs constituent donc l'exception (A) et les arbitres juges la règle (B).

A. L'exception : les arbitres médiateurs

Même s'il ne l'a pas formellement affirmé, on ne saurait douter que le législateur a entendu confier aux arbitres familiaux une mission avant tout conciliatrice. Il a d'ailleurs marqué cette volonté d'une manière symbolique en rattachant les tribunaux de famille aux bureaux de paix¹²⁴ et on comprend dans ces conditions que l'expression « *bureau de famille* » soit parfois employée pour « *tribunaux de famille* »¹²⁵. La terminologie utilisée à Douai est parfois encore plus explicite : sollicité par Jacques Hérogué, en conflit contre son frère Charles, pour désigner deux arbitres d'office, le juge de paix de Lewarde indique qu'il procède à cette désignation « *pour former le bureau de paix et de consiliation de la famille* »¹²⁶. Les arbitres de famille sont donc censés aider les parties à s'orienter vers une solution amiable. Ils y parviennent dans un peu plus de 20% des affaires (28 sur 136). Ils exercent leur action conciliatrice au stade de la comparution des intéressés. La loi de 1790 a en effet formellement exprimé le vœu que les parties

¹²² L. 12494, 2 fructidor an III, Denoulet c/ Drausart : le mari agit pour « *être réintégré dans sa maison et récupérer le libre exercice de tous les droits d'un mari* ».

¹²³ L. 12493, 1 nivôse an III, Célestine Buirette et Barthélémy Crapet. En l'occurrence il s'agit d'époux divorcés à la suite d'une décision du tribunal de famille qui ont passé une transaction devant notaire pour régler les effets civils de ce divorce. Les arbitres n'ont donc pas eu à jouer un rôle de médiateur puisque les parties s'étaient déjà accordées avant de les saisir.

¹²⁴ Cf. *supra* p. 18.

¹²⁵ A Caen, cette expression est « *souvent employée* » : cf. J. FORCIOLI, *Une institution révolutionnaire : le tribunal de famille, d'après les archives du district de Caen*, Thèse de droit, Caen, 1932, p. 9 et la note 1. A Douai, nous ne l'avons retrouvée que dans deux sentences : cf. L. 12491, Desmons, 20 mai 1792 et L. 12492, Buchart, 21 floréal an II ; elle est également utilisée dans l'affaire Massendoce : cf. *infra* p. 27.

¹²⁶ L. 12490, 17 juin 1791. On voit qu'à cette époque les règles applicables aux tribunaux de famille ne sont pas encore bien fixées puisque, ici, c'est le juge de paix qui procède à la désignation d'office alors que cette mission sera ensuite confiée au tribunal de district. La compétence du juge du district en la matière a été formellement reconnue par le Conseil de Justice, le 30 mars 1791 : cf. *Gazette des nouveaux tribunaux*, Paris, 1791-an VII, 16 vol., t. 2, p. 100 sq. Cette décision n'avait manifestement pas encore atteint Douai en juin ! A Grenoble, ces désignations d'office ont d'abord été faites par le tribunal de district, puis concurremment par ce tribunal et les juges de paix, puis exclusivement par les juges de paix à partir du 20 février 1792 : J. FERRAND, « Entre ville et montagne : l'arbitrage familial dans le district de Grenoble pendant les premières années de la Révolution (1790-1792) », dans *La pierre et l'écrit*, Revue d'histoire et du patrimoine en Dauphiné, n° 14, PUG, 2003, p. 171-196, p. 176 et la note 21.

comparaissent devant les arbitres pour « *éclaircir leur différend* »¹²⁷ ; le défaut de l'une d'elles n'empêche cependant pas l'instance de se dérouler mais il met assurément fin à tout espoir de conciliation¹²⁸. Dans le cas, de loin le plus fréquent (110 cas sur 136, soit plus de 80%), où les parties se présentent en personne (ou se font représenter) devant les arbitres, elles commencent en général par exposer oralement leurs prétentions et contre prétentions et c'est sans aucun doute à l'occasion de ce face à face que les arbitres, après avoir écouté les adversaires, tentent de les concilier. Il leur appartient alors de les informer des bienfaits de la conciliation et des risques que comporte son échec afin de les persuader d'accepter leur médiation. Tout leur art consiste « *à écouter les parties, dépassionner les tensions, confronter les prétentions, faciliter les débats, éclairer les parties, relever les obstacles, déceler les intérêts communs, imaginer les solutions acceptables et démontrer l'intérêt d'aboutir à un accord* »¹²⁹. On peut supposer que cette tentative de conciliation est systématique quoique, dans la grande majorité des affaires, elle n'ait laissé aucune trace. En effet quand, et c'est le cas le plus fréquent, leurs efforts restent vains, les arbitres se replient sur leur rôle de juge et se contentent de trancher le différend par une décision impérative dépourvue de toute référence à leur intervention conciliatoire. Tout au plus y font-ils allusion en rappelant qu'ils n'ont statué qu'« *après avoir oui les parties en personnes* » ou « *après les avoir entendues en présence l'une de l'autre* »¹³⁰. Les décisions rendues en matière de divorce font exception à la règle car elles mentionnent presque systématiquement l'échec des efforts déployés par les arbitres pour « *concilier* » ou « *réconcilier* » les parties¹³¹. Mais ce n'est pas parce que les arbitres passent ce point sous silence dans les autres matières qu'il faut en déduire qu'ils n'ont pas cherché à remplir leur fonction conciliatrice. Une affaire jugée à Douai au début de l'année 1793 prouve le contraire. Elle oppose Ignace d'Haubersart à Louis Auger, son beau-fils. D'Haubersart a nommé deux arbitres pour statuer sur sa demande tendant à être déchargé de cautionnements consentis à Auger mais le tribunal de famille n'a pu être constitué que grâce à l'intervention du tribunal de district qui a procédé à la désignation d'office des arbitres du défendeur. Celui-ci se présente pourtant à la

¹²⁷ Texte précité, titre X, article 12. Les plaideurs douaisiens font parfois écho à l'ordre du législateur. C'est ainsi qu'en février 1792 les frères Piedanna, en conflit contre leur belle-mère, exposent qu'ils « *ont fait assigner* (la défenderesse, dont les arbitres avaient été désignés d'office) *de comparoir... pour s'expliquer sur le différend dont il s'agissoit* » : L 12492.

¹²⁸ A Montpellier, cette hypothèse est « *plutôt rare* » : C. JALLAMION, thèse précitée, p. 223. A Douai, le défendeur fait défaut dans 26 affaires sur 136, soit dans un peu plus de 19% des cas (dans 16 cas il s'agit d'une demande en divorce pour émigration). Il arrive que le défendeur soit défaillant au départ – ce qui contraint son adversaire à solliciter une désignation d'arbitres d'office – mais qu'il se décide ensuite à comparaître (10 cas sur 26) ; tel est par exemple le cas dans l'affaire d'Haubersart étudiée ci-après.

¹²⁹ C'est en ces termes que X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE définissent le rôle du médiateur : *op. cit.*, p. 28.

¹³⁰ On retrouve ce genre de formule dans nombre de sentences. Voir, par exemple : L 12491, 8 juillet 1793, Hary et 21 juillet 1793, Nicolon.

¹³¹ Ce second terme, parfaitement adapté aux circonstances de la cause, a la préférence des arbitres douaisiens : voir par exemple L 12492, 14 pluviôse an II, Mourmant c/ Lambert : « *après avoir entendu les parties en personnes et avoir essayé vainement de les réconcilier* » ; 12 floréal an II, Ogrez c/ Wardon : « *nos efforts pour réconcilier les parties ayant été infructueux* ». La tentative de conciliation est évidemment exclue lorsque l'époux défendeur fait défaut mais sinon elle constitue la règle. L'importance accordée à la tentative de conciliation dans les affaires de divorce a également été soulignée pour Montpellier par C. JALLAMION, *op. cit.*, p. 244 et pour Rouen par R.-G. PHILLIPS, « Tribunaux de famille et assemblées de famille à Rouen sous la Révolution », dans *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1980 (1), p. 69-79, p. 75.

réunion du 11 janvier 1793, alors que son beau-père se fait représenter par un certain Vincent. Après avoir écouté les deux comparants, les arbitres rendent une sentence interlocutoire par laquelle ils fixent une nouvelle date de comparution, « *attendu qu'il y a espérance de concilier les parties... en comparaisant par devant nous en personnes* ». Leurs espoirs seront cependant déçus : à la comparution du 4 février, chacun campe sur ses positions ; ils doivent alors se résigner à juger et, dans leurs sentences, ils ne font aucune référence à leur tentative de conciliation¹³². Certains plaideurs sont heureusement plus réceptifs et les arbitres parviennent alors à les convaincre d'opter pour une solution amiable, au prix d'efforts plus ou moins importants.

Il arrive que les parties expriment elles-mêmes le désir de parvenir à une telle solution, avant même de comparaître devant le tribunal de famille, à l'occasion d'un compromis conclu *in limine litis*. Le compromis – traditionnellement défini comme l'accord par lequel deux parties en litige confient la résolution de leur différend à un tiers qu'elles choisissent et dont elles fixent dans le détail la mission¹³³ – jouait un rôle essentiel dans la pratique de l'arbitrage, que ce soit à Rome ou dans l'ancien droit français¹³⁴ mais il a perdu sa raison d'être dans le cadre de l'arbitrage familial du droit révolutionnaire. En effet, dans la mesure où cet arbitrage est à la fois imposé et organisé par le législateur, la rédaction d'un compromis est inutile. En pratique cependant, le compromis ne disparaît pas totalement mais il devient exceptionnel¹³⁵ : nous n'en avons rencontré qu'un seul exemple dans les archives douaisiennes. Par ce compromis, passé le 19 avril 1792, les parties, « *désirant terminer la difficulté qui (les) divise* », nomment quatre arbitres « *à effet de composer un tribunal de famille et décider ladite difficulté et toutes ses suites, leur attribuant même le pouvoir de transacteur et amiable compositeur, s'obligeant d'entretenir ce qui sera arrêté entre eux, sans pouvoir y contrevenir sous quelque prétexte que ce soit* ». En l'occurrence, il ne s'agit pas seulement pour les compromettants de désigner leurs arbitres mais aussi et surtout de préciser la mission de ces arbitres auxquels ils attribuent une fonction essentiellement pacificatrice. Ainsi s'explique la façon dont ils définissent leurs pouvoirs et fixent l'effet de leur décision, dans l'espoir de favoriser une issue prompte et définitive du litige. Les arbitres ont parfaitement saisi les instructions et, « *usant notamment de la qualité de transacteur à (eux) attribuée par ledit compromis* », ils concluent le jour même, « *pour et au nom des parties* », « *une transaction absolue et irrévocable* »¹³⁶. En l'occurrence, les parties s'étaient délestées d'emblée sur les arbitres du soin de régler, et si possible de pacifier, leur différend ; il a donc suffi aux arbitres d'utiliser les

¹³² L. 12491 : sentences rendues le 4 février (sur la demande principale d'Haubersart) et le 24 avril 1793 (sur la demande reconventionnelle d'Auger).

¹³³ M. HUMBERT, *art. cit.*, p. 48.

¹³⁴ Cf. M. HUMBERT, *loc. cit.* et C. JALLAMION, *these précitée*, p. 14 sq.

¹³⁵ A Montpellier comme à Caen, on qualifie parfois encore de « compromis » l'acte par lequel les parties se mettent simplement d'accord sur le choix des arbitres : C. JALLAMION, *op. cit.*, p. 211 et J. FORCIOLI, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁶ L. 12491, Tondeur.

pouvoirs qu'elles leur avaient donnés pour fixer les termes d'une transaction qui s'impose à elles par une conséquence de leur propre volonté. Mais la recherche d'une solution amiable ne passe pas nécessairement par ce recours au compromis *in limine litis* : dans la plupart des cas, cette solution s'impose au cours de l'instance arbitrale et apparaît comme le résultat d'une collaboration entre les arbitres et les parties. Les arbitres sont en effet au cœur de la procédure de conciliation dont les parties restent cependant les principaux acteurs. Leur collaboration se manifeste symboliquement par le fait que tout le monde, arbitres et parties, signe la décision¹³⁷ alors qu'habituellement les sentences arbitrales sont signées par les seuls arbitres. Cette collaboration est toutefois susceptible de revêtir des degrés différents.

La tâche des arbitres est parfois aisée car ils prêchent en quelque sorte des convertis. Il en va ainsi dans sept affaires où les parties s'accordent spontanément, sans que les arbitres aient à intervenir autrement que pour entériner cet accord. Dans deux de ces affaires – mettant en cause une mère qui se propose d'abandonner, sous certaines conditions, ses biens à ses enfants – il n'y a pas à proprement parler de litige. La mère et les enfants comparaissent devant le tribunal de famille, discutent et formulent des propositions que les arbitres se contentent d'arrêter dans une sentence qui en ordonne l'exécution¹³⁸. Dans les cinq autres cas, les parties comparaissent et soit le défendeur acquiesce à la demande¹³⁹, soit les protagonistes tombent d'accord sur la solution du litige¹⁴⁰ ; ici encore, il ne reste plus aux arbitres qu'à décréter « *les offres et acceptations* » respectives.

Deux autres affaires se terminent elles aussi par un accord entre les parties, mais cet accord n'intervient pas sans mal et les arbitres ont donc l'occasion de jouer un plus grand rôle. Dans les deux cas, la difficulté porte sur la liquidation d'une succession : le demandeur sollicite cette liquidation et le défendeur consent au règlement de ses droits ; il s'agit donc uniquement de calculer la masse successorale et de fixer les modalités du partage. Les parties entament, sous la direction des arbitres, une discussion qui aboutit assez rapidement à un arrangement entériné par la sentence. La formule employée dans une de ces sentences révèle bien le rôle joué par les arbitres et mérite donc d'être citée : « *La discussion commençoit à s'ouvrir sur les divers points de contestation... lorsque les parties s'étant rapprochées ont désiré*

¹³⁷ Tel est le cas dans 23 des 27 affaires citées ci-après. En revanche dans l'affaire Tondeur précitée la transaction, conclue par les arbitres au nom des parties, a été signée par les seuls arbitres. La signature des parties peut également être considérée comme une marque de leur acquiescement à la sentence (sur ce point voir la remarque de M. Ferret : *infra* note 146).

¹³⁸ L 12492, Marie-Rose Legru, veuve Renart, 25 germinal an II et Anne-Joseph Ogrez, veuve Duvrière, 5 thermidor an II. Dans cette seconde affaire, les arbitres semblent jouer un rôle un peu plus actifs : ils précisent que les parties « *les ont reconnus pour arbitres et amiables compositeurs* » et qu'ils leur ont donné acte de leurs offres et acceptations, les « *ayant jugées justes et raisonnables* ».

¹³⁹ L 12492 : Wion, 21 novembre 1793 et Pieffort, 29 fructidor an II.

¹⁴⁰ L 12491, Delrue, 14 avril 1792 – L 12492, Roller, 2 fructidor an II – L 12493, Levrin, 25 pluviôse an III.

terminer leurs difficultés par l'arrangement suivant, auquel elles ont déclaré d'acquiescer... Ainsy fait à notre médiation »¹⁴¹.

Mais il arrive que les arbitres jouent un rôle encore bien plus actif et parviennent à conduire des parties a priori fermement opposées à se faire des concessions réciproques et à mettre ainsi un terme à leur différend par une transaction. Tel est le cas dans 18 affaires (soit un peu plus de 13%)¹⁴². Il est intéressant de noter que l'activité médiatrice des arbitres de famille douaisiens a connu deux pics : dix transactions ont été conclues grâce à leur intervention entre le 20 mars 1792 et le 28 janvier 1794 ; cette pratique disparaît ensuite pendant presque dix-huit mois, puis elle réapparaît en juillet 1795 et connaît alors un regain d'intérêt (huit transactions sont conclues entre les mois de juillet et d'octobre 1795). Nous citerons, à titre d'exemple, la transaction intervenue le 2 avril 1792 dans l'affaire Magry contre Baratte : « *Après avoir ouïes (les parties) et les avoir engagées à s'accommoder amiablement, lesdites parties sont, à notre médiation, convenu par forme de transaction absolue et irrévocable des points et articles suivants... Au moyen de quoi toute difficulté prend fin entre lesdites parties, lesquelles ont signé avec nous la présente transaction, laquelle sera déposée au greffe du tribunal de district de cette ville... Ainsy fait et transigé à Douai...* ». Toutes les décisions arbitrales rendues dans cette hypothèse sont conçues sur le même moule : les arbitres insistent sur le rôle actif qu'ils ont joué dans le choix d'une solution amiable par les parties¹⁴³ et sur le fait que l'arrangement – intervenu sous la forme d'une transaction absolue et irrévocable¹⁴⁴ – clôt définitivement le procès. Cette transaction est entérinée par la sentence arbitrale¹⁴⁵ qui est revêtue de la signature des arbitres et des

¹⁴¹ L 12494, Dubois, 17 vendémiaire an IV. L'autre affaire, conservée dans la même liasse est l'affaire Dubuisson du 17 floréal an III, où l'on trouve la formule « *Les parties présentes en personnes, après avoir discuté leurs droits se sont accordées ainsi qu'il suit* »... Dans les deux cas, il y a accord des parties mais cet accord ne prend pas la forme d'une transaction ; il est entériné par la sentence arbitrale, signée par les seuls arbitres. Cette sentence donne acte aux parties de leurs arrangements et les déclare quittes moyennant l'exécution de cet arrangement.

¹⁴² Ce chiffre semble relativement élevé quand on le compare à celui relevé par J. FERRAND dans le district de Grenoble. Cf. « *Trois figures...* », *art. cit.* (à paraître) : 10% à peine des affaires relevant de la compétence des tribunaux de famille font l'objet d'une tentative de conciliation qui n'aboutit que dans un cas sur cinq ; la conciliation ne réussit donc que dans 2% de l'ensemble des affaires.

¹⁴³ Dans l'affaire Magry (L 12491), les arbitres font seulement valoir qu'ils ont « *engagé les parties à s'accommoder amiablement* ». On retrouve une formule similaire dans les affaires Simon, Quesnoy, Neve, Prevost, Dupire (L 12491 : 12 avril, 1 juillet et 9 novembre 1791, 20 et 25 avril 1793), Coutelier (L 12492 : 9 pluviôse an II), Bocquet, Magniez et Sicry (L 12494 : 20 messidor, 12 fructidor an III et 23 vendémiaire an IV). Dans l'affaire Becquet (L 12491, 20 mars 1792), les arbitres se montrent plus pressants et adressent une véritable mise en garde aux parties : « *ayant représenté aux parties qu'il étoit préférable de s'arranger amiablement plutôt que d'attendre le sort de la décision arbitrale et de l'appel qui auroit pu s'ensuire* ». En revanche, dans six affaires les arbitres laissent entendre que les parties se sont rapprochées d'elles-mêmes : Dutouquet (L 12491, 10 juin 1793), Wibaut, Gourdin, Begot, Grard et Depoutre (L 12494 : 7, 13 et 24 thermidor an III, 2 fructidor an III, 13 vendémiaire an IV).

¹⁴⁴ Cette formule apparaît presque comme une clause de style : on la retrouve dans toutes les transactions, sauf dans les affaires Coutelier, Bocquet (où il est cependant précisé que la transaction devra être exécutée « *comme si c'étoit un jugement en dernier ressort* »), Wibaut, Gourdin, Grard et Sicry.

¹⁴⁵ Comme l'a très justement signalé C. Jallamion, thèse précitée, p. 238, « *les arbitres rendent toujours un acte qualifié de sentence arbitrale* ». S'agissant des transactions, la pratique douaisienne révèle cependant une évolution : pendant la première phase d'utilisation de ce procédé (soit entre 1792 et 1794), les arbitres semblent reconnaître un caractère particulier à leurs décisions entérinant une transaction qu'ils ne qualifient pas de « *jugements* » ; ils emploient d'ailleurs la formule

parties¹⁴⁶. Dans ces dix-huit affaires, les arbitres ont donc pleinement joué leur rôle de médiateurs. Ils apparaissent comme les véritables artisans de la transaction à laquelle les protagonistes ont fini par aboutir. Grâce à leur intervention, les parties pourront apprécier les bienfaits de la conciliation, censée assurer un règlement prompt et définitif du litige. Une analyse un peu plus poussée conduit cependant à tempérer cette appréciation optimiste : la conciliation apparaît parfois davantage comme le résultat d'une sorte de résignation que comme le fruit de l'intervention des arbitres. Il en va ainsi dans l'affaire Lhermoyer : il y a déjà plus de sept mois qu'Anselme Pennequin et son épouse, Amandine Delevacque, ont demandé au tribunal de famille de prononcer la destitution d'Albert Lhermoyer, tuteur judiciairement établi aux enfants Delevacque, quand, après nombre de comparutions et de jugements interlocutoires, les parties finissent pas conclure une transaction qui, en l'occurrence, permet bien moins de régler rapidement un différend que de mettre un terme à un procès qui s'annonçait interminable !¹⁴⁷ Par ailleurs, il faut signaler que certains plaideurs douaisiens semblent douter des capacités de médiation des arbitres familiaux, tant et si bien que, lorsqu'ils souhaitent parvenir à un règlement rapide du conflit, ils préfèrent court-circuiter l'institution¹⁴⁸. Le discours tenu par les membres de la famille Massendoce est tout à fait révélateur de cet état d'esprit : le 20 juillet 1791, ils comparaissent devant le juge de paix du canton de Roches, son assesseur et le « bureau de famille » et exposent que, « *pour prévenir et assoupir toutes difficultés nées et à naître entre eux au sujet d'un manoir amazé... qui paroissent procurer des contestations inextricables, ils sont convenus de soumettre en arbitrage et transaction absolue et irrévocable. Auquel effet ils nomment pour arbitres et transacteurs Art, Auger et Demonteville, homme de loy, auxquels ils donnent pouvoir de décider leur différend par transaction irrévocable* ». Forts de ce compromis, les trois arbitres rendent leur décision le lendemain même¹⁴⁹. En l'occurrence, les parties ont donc substitué d'emblée un arbitrage volontaire à l'arbitrage familial forcé, mais il arrive aussi qu'elles dessaisissent les arbitres familiaux en cours d'instance pour confier le sort de leur procès à des arbitres « classiques ». Le désaveu de l'institution des tribunaux de famille est alors encore plus cinglant. Il en va ainsi dans l'affaire Thobois. Cette affaire de succession extrêmement complexe a déjà fait l'objet de deux décisions du tribunal de famille : le premier jugement,

particulière « *ainsi fait et transigé* » au lieu des formules « *ainsi fait et jugé* » ou encore « *ainsi fait et prononcé* », utilisées dans les jugements. En revanche, toutes les décisions entérinant des transactions passées pendant la seconde période (soit en 1795) sont expressément qualifiées de « jugements » ; voir, par exemple, l'affaire Depoutre, précitée : « *et sera notre présent jugement enregistré... et déposé au greffe pour y être déclaré exécutoire par le président du tribunal. Ainsi fait et prononcé aux parties soussignées avec nous* ».

¹⁴⁶ Selon M. Ferret, thèse précitée, p. 195, quand les arbitres montpelliérains parviennent à concilier les parties, ils rendent un « *jugement d'expédient* » qui contient « *une transaction convenue et acceptée par les parties* ». Ce jugement est presque toujours terminé par un acquiescement des plaideurs mais leur simple signature peut tenir lieu d'acquiescement.

¹⁴⁷ L 12491 : jugements interlocutoires des 29 mars, 24 mai, 12, 26 juillet et 25 septembre 1792 ; transaction du 9 novembre 1792.

¹⁴⁸ J. FERRAND a également constaté qu'à Grenoble « *quand les parties sont prêtes à s'accorder, elles préfèrent s'adresser à un notaire* » : « *Trois figures...* », *art. cit.* (à paraître).

¹⁴⁹ L 12491 : compromis du 20 juillet 1791 ; sentence arbitrale du 21.

prononcé le 21 mai 1791, a été confirmé par le tribunal de district le 22 avril 1792 ; le second, rendu le 16 juillet 1792 après l'intervention d'un surarbitre, a lui aussi été frappé d'appel et cet appel est toujours en suspens quand, le 14 décembre 1792, les parties passent un compromis par lequel elles confient à des arbitres le soin de « *juger et terminer les contestations* » en s'obligeant par avance à « *obéir et satisfaire à leur jugement comme à jugement en dernier ressort et sans appel* ». La manière dont elles justifient leur démarche est intéressante : il s'agit pour elles de « *voir terminer au plus tôt et par la voye la moins frayeuse le procès qui (les) divise* »... Le recours à l'arbitrage « classique » est ici pressenti comme un remède au mauvais fonctionnement avéré de l'arbitrage forcé¹⁵⁰.

Le bilan est donc somme toute peu encourageant : les arbitres douaisiens ont eu manifestement beaucoup de mal et bien peu d'occasions de jouer leur rôle de médiateurs. Dans la grande majorité des cas, ils ont été obligés de suivre la voie contentieuse et d'imposer leur décision en qualité de juges.

B. La règle : les arbitres juges

Cent huit affaires sur cent trente-six, soit près de 80% des affaires portées devant les tribunaux de famille douaisiens, se terminent par un jugement. Ce chiffre n'a rien de surprenant car lorsque le différend atteint le stade de l'arbitrage, la plupart des parties n'envisagent plus d'autre issue qu'un règlement contentieux. La nature des affaires contribue aussi à expliquer l'écrasante majorité des solutions contentieuses : il s'agit essentiellement d'affaires de divorce ou de succession mettant souvent en cause des enfants de lits différents ou des enfants du premier lit contre leur parâtre ou leur marâtre ; les rancoeurs accumulées expliquent l'attitude des intéressés qu'il est souvent vain de chercher à concilier parce qu'ils sont tout simplement inconciliables¹⁵¹. La formule utilisée dans les actes de nomination des arbitres est révélatrice de cet état d'esprit : les parties désignent des arbitres pour « *juger leur différend* », ou « *prononcer sur le différend en première instance* ». Cette dernière formule est particulièrement intéressante car le fait que les parties se réservent expressément la possibilité d'appel, alors que cette précaution est inutile puisque cette possibilité est prévue par la loi, constitue une preuve manifeste de leur esprit combatif¹⁵². Ces formules, qui reviennent dans toutes les affaires avec quelques variantes, traduisent une conception « classique » de l'arbitrage : les parties confient le soin de trancher leur différend à des personnes privées et la procédure devant le tribunal de famille débouche très logiquement sur une décision impérative qui

¹⁵⁰ L. 12491. Les espoirs des parties ne seront pas déçus : les arbitres rendront leur jugement deux jours plus tard, le 9 janvier 1793 (cette sentence se trouve également dans la liasse).

¹⁵¹ Aujourd'hui encore, les procès qui éclatent à l'occasion des successions « *sont douloureux (et) plus lourds de passion que de raison* » : P. CATALA, « Arbitrage et patrimoine familial », dans *Revue de l'arbitrage*, 1994 (2), p. 279-293, p. 279.

¹⁵² Nous avons retrouvé cette formule dans six affaires. A l'inverse, il arrive, mais c'est très rare, que les parties renoncent à l'appel (un cas unique : L. 12492, Potiez c/ Dovillers ; cette renonciation intervient dans l'acte notarié par lequel les parties ont désigné conjointement leurs arbitres, pratique elle aussi assez exceptionnelle qui traduit d'emblée une attitude plus coopérative. En effet, même s'il n'est pas toujours possible de savoir comment les arbitres ont été désignés, il semble bien que, dans la majorité des affaires, les parties nomment leurs arbitres dans des actes séparés).

n'intervient cependant pas toujours dans les mêmes conditions. Ici encore, la pratique révèle certaines nuances et conduit à distinguer, parmi les solutions contentieuses, des solutions acceptées, des solutions négociées et des solutions imposées. Dans la première hypothèse, les parties s'inclinent devant la décision des arbitres (3 cas). Elles le font parfois dès le début du procès, en s'engageant, lors de leur comparution, à se soumettre à cette décision. C'est ainsi que dans l'affaire Wiart les parties conviennent à l'occasion de leur comparution « *qu'il étoit utile pour elles et le maintien de la paix et de l'union entre elles de liquider définitivement leurs droits* » et elles déclarent « *consentir à tout ce que (les arbitres feront)* » ; ceux-ci précisent que les parties se sont « *même accordées sur certaines difficultés* » et qu'ils ont jugé « *d'après une ample discussion* »¹⁵³. Mais il arrive aussi que les parties ne manifestent leur approbation qu'à la fin de la procédure, en acquiesçant au jugement et en renonçant à l'appel¹⁵⁴. Dans la seconde hypothèse, le jugement rendu apparaît comme le résultat d'une discussion au cours de laquelle les arbitres débattent avec les parties de la solution du litige (6 cas). Ils parviennent ainsi tantôt à susciter entre elles un accord partiel¹⁵⁵, tantôt à les convaincre de se ranger à la solution qu'ils proposent et à renoncer, ici encore, à l'appel¹⁵⁶. Dans toutes ces affaires, on se trouve en présence d'une sorte de justice consensuelle, à mi-chemin entre médiation et arbitrage. Les termes de la sentence rendue dans l'affaire Devred sont particulièrement évocateurs : « *considérant que desdits débats, offres et consentemens il ne pourroit résulter un accommodement parfait entre les parties ; que d'un autre côté, il paroisoit y avoir peu d'éloignement de leur part de s'en rapporter à notre prudence, ce qu'elles ont assés manifesté dans le cours du débat, disons et déclarons que...* ». En l'occurrence, les arbitres, voyant qu'ils ne parviendront pas à amener les parties à transiger, leur imposent une décision qu'ils présentent comme le fruit d'une sorte d'amicable composition présumée¹⁵⁷. De tels jugements restent cependant minoritaires : dans la plupart des cas (99 sur 136, soit plus de 70%), la décision est purement et simplement imposée aux parties. Cet acte d'autorité apparaît comme le seul moyen de mettre un terme à un désaccord viscéral qui s'est souvent manifesté dès le début du procès par le fait que, d'emblée, les parties ont refusé de collaborer pour désigner des arbitres. S'agissant du choix

¹⁵³ L 12492, 7 thermidor an II : le litige porte sur un partage successoral. Dans le même sens, voir L 12493, Paix, 4 brumaire an III : lors de sa comparution, la défenderesse déclare « *ne pas s'opposer au partage et s'en référer à la décision (des arbitres)* ».

¹⁵⁴ Cf. L 12492, Verdavoine, 14 germinal an II.

¹⁵⁵ Cf. L 12492 : Foveau, 4 fructidor an II (conflit entre une veuve et son beau-père à propos du partage de la communauté) : les arbitres posent le principe du partage par moitié puis amènent les parties à un accord sur les modalités de ce partage ; Legroux, 7 messidor an II (conflit entre une veuve et les enfants du premier lit de son défunt mari) : lors de la discussion, la veuve renonce à la communauté moyennant la reprise de ses apports nuptiaux qui sont fixés par les arbitres dans leur sentence – L 12494 : Taisne, 24 germinal an II (réclamation, par un curateur, de meubles et effets détenus par la sœur et le beau-frère de l'incapable) : lors de leur comparution, les défendeurs sont amenés à faire des propositions qui sont partiellement entérinées par les arbitres dans leur sentence.

¹⁵⁶ L 12494 : Debruille, 6 fructidor an III (conflit entre une mère et son fils à propos d'une maison appartenant à la première, achetée par le second comme bien d'émigré) : lors de la discussion, les arbitres amènent les parties à se faire des concessions réciproques qui débouchent sur un arrangement repris dans la sentence : « *les parties ont devant nous... consenti aux points et articles suivans... et ont déclaré renoncer à l'appel* ». Dans le même sens voir L 12493, Estabel, 9 brumaire an III.

¹⁵⁷ L 12493, 24 vendémiaire an III.

de ces arbitres, l'attitude des parties est également très révélatrice de leur état d'esprit : la plupart d'entre elles procèdent à une « *désignation stratégique* »¹⁵⁸ en jetant leur dévolu sur des hommes de loi et c'est ainsi que la plupart des tribunaux de famille se retrouvent « *composés d'arbitres de famille qui, très souvent, ne méritent pas leur nom* »¹⁵⁹. Cette pratique repose sur une simple utilisation de la loi de 1790 qui autorise les parties à désigner des « *voisins ou amis* » à défaut de parents¹⁶⁰. Les parties usent largement de cette faculté et c'est ainsi que bon nombre d'hommes de loi se trouvent appelés à siéger dans des tribunaux de famille en leur qualité, réelle ou supposée, d'amis ou de voisins. A ce propos, il convient de signaler que les plaideurs douaisiens ne se montrent guère scrupuleux. Certes, il leur arrive de préciser qu'ils ont sollicité tel ou tel homme de loi à titre d'ami et « *à défaut de parents idoines* »¹⁶¹ mais dans la plupart des cas, ils ne prennent même pas cette précaution. On ne peut donc pas les taxer d'hypocrisie car ils ne cherchent pas à dissimuler les véritables raisons de leur choix, bien au contraire : bon nombre d'entre eux n'hésitent pas à signaler la qualité « *d'homme de loi* » de ceux qu'ils ont désignés et quand ils ne le font pas eux-mêmes, il arrive que les arbitres le fassent à leur place, dans la sentence¹⁶². On aurait pu imaginer que l'autre partie utilise la procédure de récusation pour obliger son adversaire à désigner des parents¹⁶³, mais il n'en a rien été car cette autre partie préfère en général se taire et s'empresse de nommer à son tour un ou deux praticiens¹⁶⁴. Les interventions du tribunal de district – appelé à nommer les arbitres d'office en cas de défaillance d'une des parties – contribuent à renforcer encore la présence de « professionnels de l'arbitrage » dans les tribunaux de famille. Son choix se porte en effet systématiquement sur des hommes de loi (anciens avocats ou notaires) ou sur des fonctionnaires (membres de l'administration du district, secrétaires-greffiers des communes, agents nationaux...) ¹⁶⁵. A Douai comme ailleurs, les tribunaux de

¹⁵⁸ Selon l'expression de J. FERRAND, « Entre ville... », *art. cit.*, p. 175.

¹⁵⁹ M. CARLIN, *art. cit.*, p. 597. J. FERRAND souligne lui aussi que « *l'arbitrage pratiqué à Grenoble n'a de familial que le nom* » : « Les stratégies successorales dauphinoises à l'épreuve de la législation révolutionnaire ou l'impossible régénération des mœurs par la loi », dans *Revue historique de droit français et étranger*, n° 79, 2001, p. 293-330, voir p. 309.

¹⁶⁰ Loi de 1790 précitée, titre X, article 12.

¹⁶¹ L 12492, Mourmant, 14 pluviôse an II. Voir aussi Hansiaux, 28 prairial an II et L 12491, Widier, 19 juin 1793. Voir également L 1249, Renart, 25 germinal an II : quatre hommes de lois ont été « *choisis comme arbitres et amis communs des parties* ».

¹⁶² Voir, par exemple, L 12491, Dauchy, 18 mars 1793 : « *Vu par nous... hommes de loi, assemblés en tribunal de famille* ». M. FERRET a également remarqué qu'à Montpellier de nombreuses décisions motivées mentionnent la qualité d'homme de loi des arbitres : thèse précitée, p. 89.

¹⁶³ Le droit de récusation n'est pas prévu par la loi de 1790 mais il est appliqué, notamment à Caen et à Grenoble, où cette pratique reste cependant exceptionnelle : J. FORCIOLI, thèse précitée, p. 41 et J. FERRAND, « Entre ville... », *art. cit.*, p. 175 et la note 15. En revanche ce droit n'a pas été utilisé à Montpellier : cf. M. FERRET, thèse précitée, p. 150. Nous n'en avons pas non plus rencontré d'application à Douai.

¹⁶⁴ Voir cependant l'affaire rapportée par J. FERRAND, « Trois figures... », *art. cit.* (à paraître) dans laquelle le défendeur parvient à faire désigner par son frère deux parents à la place des deux avoués qu'il avait choisis comme arbitres. En sens contraire, voir *infra* note 204 : dans l'affaire jugée en 1792 à Paris, le tribunal refuse la récusation des juges étrangers à la famille.

¹⁶⁵ A Montpellier, ces désignations d'office sont « *relativement rares* » : cf. C. JALLAMION, *op. cit.*, p. 213 et la note 958. A Douai, elles concernent 36 affaires sur 136, soit environ 26% ; les arbitres désignés d'office sont toujours des hommes de loi ou des fonctionnaires et on voit mal comment il pourrait en être autrement : le tribunal de district ne peut connaître les

famille sont donc envahis par les juristes¹⁶⁶. Ce phénomène est patent même s'il n'est pas facile à cerner de manière rigoureuse pour la bonne raison qu'on manque parfois de renseignements sur la personnalité des arbitres. Il arrive que leur identité ne soit connue que grâce à leur signature et même lorsqu'on dispose d'un acte de nomination on n'est guère plus avancé quand il se contente d'indiquer leur nom. Il est cependant possible de procéder par déductions : la similitude du nom permet de déceler les parents¹⁶⁷ et la répétition des mêmes patronymes permet de repérer les hommes de loi¹⁶⁸. En pratique, à Douai, la plupart de tribunaux de famille (69% environ¹⁶⁹) sont des tribunaux « artificiels », peuplés par des praticiens du droit ; les tribunaux de famille « mixtes », associant des parents ou amis à un ou plusieurs hommes de loi sont beaucoup moins fréquents (environ 28%) ; quant aux tribunaux de famille « authentiques », exclusivement composés de parents ou d'amis, ils sont rarissimes (moins de 3%)¹⁷⁰. Cette situation n'a rien de surprenant : elle s'explique par l'« *entrecroisement de tactiques* »¹⁷¹ des parties et des arbitres dont les intérêts se recoupent. Les parties n'ont aucune confiance dans leurs proches dont elles craignent à la fois le manque de compétence et le manque d'objectivité¹⁷² ; elles ont besoin des juristes qui, de leur côté, ont besoin de vivre. C'est ainsi que les hommes de loi dont les professions ont été supprimées par la Révolution ont trouvé refuge dans les tribunaux de famille où ils ont exercé une activité lucrative¹⁷³ et qu'on a assisté à la mise en place d'une sorte de corps de professionnels de

parents et amis de toutes les parties défaillantes ! Il faut cependant signaler quelques affaires isolées dans lesquelles le tribunal de district nomme deux particuliers : L 12491, Capon, 11 août 1792 et L 12492, Doudon, 4 brumaire an II.

¹⁶⁶ Voir sur ce point les différentes études citées par J.-L. HALPÉRIN, *art. cit.*, p. 298-299 et J. COMMAILLE, « Les formes de justice... », *art. cit.*, p. 280. Voir également : pour Nice, M. CARLIN, *art. cit.* ; pour Grenoble, J. FERRAND, « entre ville... », *art. cit.*, p. 174 sq. ; pour Lille, V. DEMARS-SION, « La justice révolutionnaire en accusation : les griefs du nommé Saugeon contre les tribunaux de famille lillois », dans *Les épiques*, n° 6, janvier 1993, p. 21-37.

¹⁶⁷ En effet les parties, manifestement peu soucieuses de se mettre en règle avec les textes, négligent parfois d'indiquer ce lien de parenté. Voir, par exemple, L 12491, 14 avril 1792 : on peut penser que Florent Devaux est parent du défendeur, Charles Devaux. *Id.* 20 mai 1792, Simon.

¹⁶⁸ Il n'y a aucun doute sur la qualité de Pierre-Antoine Déprès, Louis-Joseph Art, François-Joseph Deberckem, Ignace-François Dusauchoy et Nicolas Dondeau, pour ne citer que les noms qui reviennent le plus souvent. Ils sont d'ailleurs expressément qualifiés d'hommes de loi dans certaines affaires. Il arrive cependant, mais c'est très rare, que les parties dissimulent cette qualité (voir L 12492, Tenart c/ Cauchy, 18 germinal an II : Art et Dondeau sont présentés comme des « citoyens de Douai »). Aucun doute non plus pour Philippe-Antoine Merlin qui, avant d'être accaparé par de plus hautes fonctions, a siégé à trois reprises au cours de l'année 1792 dans des tribunaux de famille douaisiens.

¹⁶⁹ A Montpellier, cette proportion atteint 77% : C. JALLAMION, thèse précitée, p. 216, note 975.

¹⁷⁰ C'est en matière de divorce que les parties font le plus volontiers appel à des particuliers.

¹⁷¹ J. COMMAILLE, « Les formes... », *art. cit.*, p. 279.

¹⁷² Une thèse assez répandue cherche à expliquer l'échec de la tentative d'instauration d'une justice familiale sous la Révolution par la faiblesse des liens familiaux : cf. Ph. SAGNAC, *op. cit.*, p. 313 et R.-G. PHILLIPS, *art. cit.*, p. 79. Cette tentative serait donc anachronique : pour L. DARNIS, les tribunaux de famille constituent un « *contresens historique* » (thèse précitée, p. 134). Il faut peut-être nuancer ces propositions en rappelant que les études menées jusqu'à présent concernent essentiellement des zones urbaines or il est possible que la solidarité familiale ait mieux résisté dans les campagnes et que les parents y occupent donc une plus grande place dans les tribunaux de famille : c'est ce que semblent indiquer les recherches de J. Ferrand, actuellement en cours. Il convient également de souligner que les seules sentences arbitrales dont nous disposons sont celles qui ont été déposées au tribunal de district, en général par un arbitre-juriste ; il est donc possible que les sentences rendues par des arbitres-parents n'aient pas été conservées.

¹⁷³ Ils perçoivent des honoraires : cf. *infra*. Cependant, à Douai comme à Grenoble (cf. J. FERRAND, « Entre ville... », *art. cit.*, p. 177 et la note 24), seule une minorité profite de cette manne. Ce sont en effet toujours les mêmes noms qui reviennent.

l'arbitrage en totale contradiction avec l'esprit des réformes révolutionnaires qui entendaient « déprofessionnaliser » la justice. Mais pouvait-il en être autrement et faut-il rendre les hommes de loi responsables de tous les maux des tribunaux de famille ?

L'omniprésence des professionnels du droit dans les tribunaux de famille apparaît comme une sorte de fatalité. Ces tribunaux sont en effet appelés à statuer sur des affaires parfois très complexes nécessitant une connaissance approfondie du droit, tant ancien que nouveau¹⁷⁴ or on ne s'improvise pas juriste. En réalité les hommes de loi sont les plus capables, voire les seuls capables, de régler ces différends. Leur intervention est donc nécessaire sinon indispensable. On comprend dès lors que les parties se tournent presque systématiquement vers eux ; d'ailleurs dans les rares cas où elles jouent le jeu en choisissant tous leurs arbitres parmi leurs proches ceux-ci sont parfois eux-mêmes obligés de réintroduire des professionnels¹⁷⁵. La difficulté de recourir à des néophytes pour régler les litiges familiaux avait déjà été perçue sous l'Ancien Régime. Lorsque les Etats d'Orléans proposèrent, en 1560, de confier le règlement de ces litiges à un conseil de famille, le clergé prit soin de préciser que ce conseil serait tenu d'appeler en son sein « deux ou trois jurisconsultes »¹⁷⁶. Quant à l'édit de 1560, il enjoignait aux parties de choisir des arbitres qui soient non seulement leurs parents mais aussi « de bons et notables personnages » c'est-à-dire des gens avertis, sinon des praticiens¹⁷⁷. Certains Constituants considéraient eux aussi l'intervention de spécialistes comme inévitable en ces matières. Tel est le cas de Mougins de Roquefort pour qui « les successions, les donations, en un mot tous les actes de la vie civile exigent, au moindre différend qu'elles font naître, le coup d'œil qu'imprime la connoissance de la loi »¹⁷⁸. Quant à Robespierre, l'assemblée ne lui a guère laissé le temps de développer ses griefs contre l'institution des tribunaux de famille qu'il jugeait « impraticable »¹⁷⁹ mais on est en droit de penser que si les lois de l'an II substituant aux arbitres de famille

Les deux « champions » douaisiens sont Déprès et Art. Déprès a siégé dans 40% des affaires : il a été désigné 54 fois comme arbitre, une fois comme surarbitre et a siégé une fois à la place d'Art, son concurrent le plus proche, nommé 48 fois arbitre et 2 fois surarbitre.

¹⁷⁴ La remarque vaut tout particulièrement pour les affaires de succession : les solutions applicables en la matière dans l'ancien droit étaient déjà très complexes et cette complexité se trouve encore accrue du fait du chevauchement entre les règles de l'ancien droit et la législation révolutionnaire. Voir, à titre d'exemple, l'affaire Devred, jugée le 29 janvier 1793 (L 12491) dans laquelle il s'agissait de savoir si les biens de Marie-Prudence Ledent – qui avait épousé successivement les deux frères Devred – « doivent appartenir exclusivement à (son fils) de secondes noces en vertu de la dévolution coutumière introduite par les chartes générales du Hainaut, ou s'ils doivent être partagés également entre les enfans des deux lits en vertu des nouvelles loix ».

¹⁷⁵ C'est ainsi que dans l'affaire Devred le vieux, jugée le 20 juillet 1793, les quatre particuliers désignés comme arbitres ont commencé par s'adresser à deux hommes de loi dont ils ont requis l'« avis » puis, faute de parvenir à se mettre d'accord, ils s'en sont remis à la décision de ces mêmes hommes de loi, en les désignant comme surarbitres : L 12491. On notera que dans toutes les affaires où il a fallu faire appel à un surarbitre – soit cinq affaires : L 12491, Hary, 8 juillet 1793 et Devred ; L 12493, Leroy, 30 pluviôse an III ; L 12494, Fossiez, 4 germinal an III et Calin, veuve Dapvril, 3 floréal an III – c'est toujours un homme de loi qui a été désigné.

¹⁷⁶ PICOT, *op. cit.*, t. 2, p. 294 et la note 1.

¹⁷⁷ Cf. J. HILAIRE, *art. cit.*, p. 194.

¹⁷⁸ A.P., t. XVII, p. 548, séance du 31 mars 1790 (intervention contre le jury civil).

¹⁷⁹ A.P., t. XVII, p. 621, séance du 5 août 1790.

des arbitres tout court¹⁸⁰ ont été promulguées pendant sa dictature, ce n'est pas par hasard. Ces lois n'ont d'ailleurs fait, d'une certaine manière, que tirer les leçons de l'expérience. Le législateur de 1790 aurait été bien inspiré d'en faire autant. Il aurait dû se rappeler que la Monarchie avait déjà cherché à imposer aux parents en conflit un arbitrage familial et qu'elle avait échoué. Ces parents n'étaient pourtant pas a priori hostiles au recours à l'arbitrage pour régler leurs différends puisqu'ils s'y soumettaient, semble-t-il, assez facilement de façon volontaire¹⁸¹ ; ce qu'ils rejetaient ce n'était donc pas le principe de l'arbitrage mais son caractère familial. Les auteurs de la fin de l'Ancien Régime avaient apparemment compris la leçon car ceux d'entre eux qui se sont prononcés pour le caractère obligatoire de l'arbitrage dans les conflits entre proches n'ont pas parlé d'un arbitrage familial. C'est ainsi que Prost de Royer s'est contenté de former le vœu « *que par une loi claire et précise... il soit ordonné que toutes les contestations entre proches parents... seront renvoyées devant arbitres convenus ou nommés d'office* » en se gardant bien de préciser que ces arbitres devraient être choisis parmi les proches¹⁸². Les Constituants ont malheureusement fait la sourde oreille. A leur décharge, il faut rappeler qu'ils se sont sans doute laissés emporter par leur vision optimiste de la nature humaine et des rapports familiaux¹⁸³. Mais les utopies ne résistent pas à la dure réalité et les mêmes causes ont amené les mêmes effets : comme sous l'Ancien Régime, les parents ont tout fait pour se soustraire non à l'arbitrage lui-même mais à l'arbitrage de leurs parents. L'exemple douaisien permet de cerner les motifs de leur attitude : s'ils cherchent à écarter leurs proches, c'est parce qu'à leurs yeux ils sont a priori suspects, parce qu'ils doutent de leurs capacités de médiation¹⁸⁴ et parce qu'ils sont persuadés que loin de contribuer à apaiser leur différend et à accélérer son règlement, leur présence conduit au contraire à envenimer les débats et à faire traîner le procès en longueur¹⁸⁵. Que leurs conflits soient réglés par arbitrage, ils n'y voient pas d'inconvénients, pourvu que les arbitres soient étrangers à leur famille et, de préférence, juristes.

Si l'on en croit les pétitions et les discours¹⁸⁶, l'emprise des hommes de loi aurait eu des conséquences très néfastes pour l'institution et pour les plaideurs et pourtant, comme l'a très justement

¹⁸⁰ Cf. *supra* p. 5.

¹⁸¹ Cf. *supra* p. 11 et la note 60.

¹⁸² *Op. cit.*, t. 6, p. 113. Voir aussi FERRIÈRE, *op. cit.*, t. 1, p. 109.

¹⁸³ Cf. *supra* p. 17.

¹⁸⁴ Voir l'affaire Massendoce, précitée : dans cette affaire, où les parties ont passé un compromis *in limine litis* dans l'espoir avoué de parvenir à un dénouement plus rapide du litige, elles ont désigné comme arbitres trois hommes de loi. Elles considèrent donc les professionnels comme de meilleurs médiateurs potentiels que les membres de leur famille.

¹⁸⁵ Voir l'affaire Thobois, précitée : par le compromis passé en cours de procès, c'est vers des hommes de loi (« *M. Déprès et Simon, tous deux docteur en droit* ») que les parties se tournent, ce qui prouve qu'à leurs yeux seuls des juristes sont susceptibles de régler rapidement un différend auquel de tribunal de famille, saisi depuis plusieurs mois, s'est avéré incapable d'apporter une solution.

¹⁸⁶ Cf. J.-L. HALPÉRIN, *art. cit.*, p. 300. Voir à titre d'exemple la pétition présentée par le citoyen Declère au Cinq-cents le 10 thermidor an IV, rapportée par L. DARNIS, thèse précitée, p. 104-105.

souligné Jean-Pierre Royer¹⁸⁷, il n'est pas certain que cette intégration des professionnels du droit dans les tribunaux de famille ait dénaturé les grands principes révolutionnaires qui avaient conduit à leur création. La pratique douaisienne montre, tout au contraire, qu'elle n'est nullement incompatible avec l'idée de conciliation et qu'il serait injuste d'imputer aux hommes de loi le faible nombre de conciliations opérées par les tribunaux de famille. Dans la plupart des cas, ils se sont trouvés confrontés à des parties rétives à toute forme d'arrangement et n'ont pu faire autrement que de juger et, à ce stade de la procédure, force est de constater une fois de plus que loin de nuire au bon fonctionnement de l'institution, leur présence l'a au contraire favorisé. Car c'est sans aucun doute grâce à eux que les tribunaux de famille ont rendu, en général assez rapidement, « *des décisions d'une qualité bien supérieure à celles de juges dont l'élection ne garantissait pas toujours la compétence* »¹⁸⁸. Leurs sentences sont en effet bien rédigées et soigneusement motivées. Sur ce point, les arbitres mettent un soin tout particulier à obéir aux ordres du législateur¹⁸⁹ dans les affaires les plus complexes et, notamment, dans les affaires de succession. L'exemple douaisien prouve que leurs jugements sont alors le fruit d'un raisonnement juridique rigoureux parfois retracé dans une longue série de « *considérant* » où on les voit jongler allégrement avec les règles de l'ancien droit et les nouveaux principes tirés de la législation révolutionnaire¹⁹⁰. Les critiques de ceux qui accusent les tribunaux de famille d'avoir rendu des « *jugements aburrissants* » fondés sur des « *motifs absurdes* »¹⁹¹ ne se vérifient donc pas à Douai, pas plus qu'à Grenoble ou à Dijon¹⁹². De telles critiques sont très certainement exagérées et reposent sur l'exploitation de quelques décisions isolées. L'usage fait de l'appel tend au contraire à confirmer la qualité de l'immense majorité des sentences arbitrales. A Douai, rares sont les parties qui renoncent à l'appel¹⁹³ mais encore plus rares sont celles qui en font usage¹⁹⁴.

Loin d'avoir entravé la bonne marche des tribunaux de famille, les hommes de loi ont au contraire permis à ces tribunaux de fonctionner correctement. Leur présence a cependant eu quelques

¹⁸⁷ *Op. cit.*, p. 387-388, n° 240.

¹⁸⁸ J. FERRAND, « Trois figures... », *art. cit.* (à paraître). Voir aussi « Entre ville... », *art. cit.*, p. 179 : la présence des juristes explique « *la qualité des jugements rendus* ».

¹⁸⁹ Qui leur a expressément enjoint de rendre « *une décision motivée* » : cf. article 12 du titre X de la loi de 1790 précitée.

¹⁹⁰ Voir, par exemple, L 12491, Desmons, 20 mai 1792 et Beauventre, 3 août 1792 : dans cette dernière affaire, particulièrement complexe, la sentence ne comporte pas moins de quatre pages d'une écriture très serrée de « *considérant* ».

¹⁹¹ Cf. J.-Cl. BRIANCHON, *op. cit.*, p. 53.

¹⁹² Pour Grenoble, voir les travaux de J. FERRAND, précités et, pour Dijon, voir les conclusions de J.-J. CLÈRE dans son article précité, p. 12.

¹⁹³ Contrairement à la pratique suivie à Montpellier : cf. C. JALLAMION, thèse précitée, p. 241.

¹⁹⁴ L'existence d'un appel n'est mentionnée que dans l'affaire Thobois, précitée (Il est toutefois possible que les dossiers ne mentionnent pas l'intervention d'un appel. Seule une vérification systématique dans les archives du tribunal de district permettrait d'avoir une certitude sur ce point). A Grenoble au contraire, les appels sont fréquents mais leur sort constitue un indice encore plus convaincant de la qualité des décisions rendues car « *peu de jugements sont réformés* » : Cf. J. FERRAND, « Trois figures... », *art. cit.* (à paraître).

conséquences négatives qu'on ne peut passer sous silence. Elle a d'abord compromis le caractère gratuit de la justice familiale. Lorsqu'ils acceptent de siéger dans des tribunaux de famille, les hommes de loi se font en effet payer et ils ne s'en cachent pas. La formule apposée au bas de certaines sentences douaisiennes permet même de connaître le montant des honoraires qu'ils réclament. Ces honoraires, fixés en livre de France, varient entre six et douze livres et demies par arbitre¹⁹⁵, ce qui place les arbitres douaisiens dans la moyenne nationale¹⁹⁶. Ils ne sont évidemment pas liés à la qualité d'arbitre mais bien à celle d'homme de loi, comme le confirme l'affaire Poulain : dans cette affaire, les parties ont désigné comme arbitres trois hommes de loi et un simple particulier qui se trouve exclu de la distribution des honoraires¹⁹⁷. Mais le principal reproche qu'on peut adresser aux hommes de loi est d'avoir contribué, par leur présence et leur action, à dénaturer l'institution des tribunaux de famille. La mise en œuvre de cette institution trahit en effet un véritable « *malentendu* » : elle avait été conçue par les Constituants comme moyen de parvenir à étouffer les conflits familiaux par la conciliation or, à l'usage, elle se révèle être un véritable tribunal¹⁹⁸ et, sous l'influence des arbitres hommes de loi, ce tribunal tend à se rapprocher de plus en plus des tribunaux civils de droit commun. Certes le législateur de 1790 ne l'a pas précisé, mais l'esprit général de son texte – beaucoup plus favorable à la conciliation qu'à l'arbitrage au sens strict – laissait penser que les arbitres de famille, à l'instar des amiables compositeurs, pouvaient choisir entre l'application stricte du droit et le jugement en équité. Or l'exemple douaisien montre qu'ils n'ont guère exploité cette possibilité. Bien sûr, ils invoquent tantôt des arguments de fait, tantôt des arguments de droit¹⁹⁹, mais ils rendent toujours des décisions motivées et ne statuent guère en équité²⁰⁰. Ainsi, comme l'a très justement remarqué Jean-Louis Halpérin, « *non seulement il n'y a pas eu éviction des juristes mais, encore moins, évacuation du droit* »²⁰¹.

¹⁹⁵ Voir L. 12491 : Willoquet, 16 avril 1792 : 48 livres ; Desmons, 19 mai 1792 : 24 livres ; D'hom, 5 juillet 1792 : 50 livres ; Duconseil, 6 octobre 1792 : 24 livres. Dans ces quatre affaires, la somme a été attribuée globalement aux quatre arbitres, tous hommes de loi, qui doivent donc se la partager.

¹⁹⁶ En effet, si on se réfère aux études déjà réalisées, le montant des honoraires se situe dans une fourchette allant de 4 à 12 livres de France par arbitre : voir, par exemple, M. FERRET, *op. cit.*, p. 377 sq. ; J.-L. VÉDIÉ, *L'introduction du divorce à Rennes sous la Révolution et les tribunaux de famille*, thèse de droit, Rennes, 1975, p. 123 sq. ; J. FERRAND, « Entre ville... », *art. cit.*, p. 177 ; C. JALLAMION, *op. cit.*, p. 239...

¹⁹⁷ L. 12491, 20 mars 1792 : à la fin de la sentence, on trouve la mention « *honoraires aux citoyens Dequersonnière, Dusauchoy et Demonteville, 30 livres de France* ». Ces trois « citoyens » sont en réalité des hommes de loi habitués des tribunaux de famille. Le quatrième arbitre, un certain Aimable Carpentier, dont on ignore s'il est parent ou ami du défendeur qui l'a désigné mais qui est de toute évidence un simple particulier, ne reçoit donc pas d'honoraires.

¹⁹⁸ Ce « *malentendu* » a été dénoncé par J. FERRAND : « Trois figures... », *art. cit.* (à paraître).

¹⁹⁹ Cela dépend de la nature des affaires traitées.

²⁰⁰ Sur ce point, nous ne partageons pas les conclusions de J. FERRAND, « Entre ville... », *art. cit.*, p. 193 et de C. JALLAMION, thèse précitée, p. 218 et 235, qui rapportent que les tribunaux de famille statuent en droit autant qu'en équité. A Douai, les tribunaux de famille ne s'appuient sur l'équité que lorsqu'ils assument leur rôle de médiateur (Si l'on excepte l'affaire Devred – rapportée ci-dessus p. 29 – les seules affaires où nous avons trouvé une référence à la médiation des arbitres ou à leur pouvoir d'amiable compositeur sont des affaires qui se terminent par une solution amiable : cf. *supra* p. 23 (compromis du 19 avril 1792 dans l'affaire Tondeur) et note 138 (affaire Ogrez) ; en revanche, dès l'instant où il s'agit de juger et non plus de transiger, leur démarche est très juridique.

²⁰¹ *Art. cit.*, p. 300.

Les tribunaux de famille ont donc été avant tout des tribunaux ; ils n'ont pas complètement échoué mais ils ont certainement déçu les espoirs de ceux qui attendaient d'eux une transformation radicale de la justice²⁰².

*

Au terme de cette recherche, on peut se demander s'il ne faudrait pas reformuler son titre à l'envers et au mode interrogatif : « les tribunaux de famille révolutionnaires : une expérience d'arbitrage forcé ? ». Comme nous venons de le démontrer, ces tribunaux ne constituent en effet ni une véritable expérience, ni un véritable arbitrage au sens où nous entendons actuellement ce terme. En effet, les révolutionnaires n'ont fait que perpétuer une conception de l'arbitrage typique de l'ancien droit, qui confondait les fonctions d'arbitres et d'arbitrateurs ou amiables compositeurs. C'est sans doute parce que cette conception correspondait à leur idéologie orientée vers la conciliation qu'ils ont cherché à systématiser l'expérience d'« arbitrage » familial forcé déjà tentée par la monarchie, en instituant les tribunaux de famille. Ils l'ont fait d'autant plus volontiers que l'institutionnalisation de cet arbitrage obligatoire satisfaisait aussi leur volonté de déjudiciariser le règlement des conflits. Mais l'arbitrage peut-il être forcé ? Nos anciens auteurs en doutaient déjà²⁰³ et, en dépit des termes express de la loi de 1790, la pratique de l'époque révolutionnaire est restée hésitante, à tel point que certains juges n'ont pas craint d'exhumer le vieux principe de la liberté de l'arbitrage pour réintroduire la liberté des parties dans le choix des arbitres²⁰⁴. Aujourd'hui, les spécialistes considèrent qu'un tel arbitrage est en quelque sorte contre nature²⁰⁵. L'institution des tribunaux de famille, fondée sur une application dévoyée de l'arbitrage, n'était donc pas viable. Elle l'était d'autant moins que les Constituants ont cherché à imposer un

²⁰² Sur ce point encore nous partageons totalement le constat de J.-L. HALPÉRIN, *loc. cit.* Au rang des « déçus » a certainement figuré A.-Ch. GUICHARD qui s'était fait l'ardent défenseur de cette institution. D'après lui (*op. cit.*, p. 17), l'un des motifs de l'établissement des tribunaux de famille était de « rendre la conciliation presque inévitable, d'abord en écartant les hommes de loi et ensuite en donnant aux parties des Juges intéressés à les accorder ». Outre l'allusion à la volonté d'écarter les professionnels présentés – à tort, nous l'avons vu – comme exerçant une influence hostile à la conciliation, on notera que cette proposition révèle bien le paradoxe sur lequel repose cette institution qui fait intervenir des « juges » dont le principal objectif devrait être d'« accorder » les parties.

²⁰³ Voir, par exemple, PROST DE ROYER, *op. cit.*, t. 6, p. 109, « on ne peut être contraint » à recourir à l'arbitrage ; « le compromis forcé est opposé au droit commun et à la liberté individuelle » (PROST DE ROYER admet cependant que ce principe peut subir certaines entorses justifiées par « le bien des hommes et de la société en général » et c'est ainsi qu'il approuve l'arbitrage forcé en matière familiale : cf. *supra* note 66).

²⁰⁴ Voir à ce propos la décision rapportée dans la *Gazette des nouveaux tribunaux*, *op. cit.*, t. 4, p. 398-399 : le défendeur voulait récuser les deux arbitres désignés par son adversaire en dehors de la famille. Le tribunal du troisième arrondissement rejeta cette demande, sur conclusions du commissaire du roi qui fit valoir que les membres des tribunaux de famille « sont de vrais arbitres appelés par les volontés particulières des parties pour juger leurs différends, et dont les pouvoirs émanent essentiellement de l'acte pur et libre de cette volonté dictée par l'attachement et la confiance. Aussi la loi, en indiquant ceux qui doivent composer les Tribunaux de Famille, a-t-elle mis sur la liste au premier rang les parens, et à leur défaut les amis ou voisins. Ces mots, à défaut de parents, n'expriment pas seulement l'impossibilité physique de les appeler à ce choix, mais encore le cas où les Parties contestantes ne les jugeroient pas dignes de leur confiance. Ce sont en effet des Juges arbitres, la Loi les nomme ainsi. Or, des Juges arbitres sont ceux qui tiennent leur mission de la confiance particulière des Parties ; on ne peut concevoir un arbitrage dans lequel le choix des parties serait forcé ».

²⁰⁵ Selon Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., Paris, 1987, p. 19, n° 25, le caractère volontaire est « de l'essence de l'arbitrage ».

arbitrage de caractère familial en s'appuyant sur une idée fautive : ils ont voulu croire que les parents étaient les mieux à même de régler les conflits familiaux alors que l'expérience prouve qu'ils sont les plus mal placés. Sur ce point, la tentative révolutionnaire était donc inexorablement vouée à l'échec.

Le législateur révolutionnaire lui-même semble avoir très vite douté de l'opportunité de sa création : dès 1791, il restreint le champ d'application de l'arbitrage familial forcé en réintroduisant une compétence concurrente du juge de paix, autrement dit des juridictions ordinaires²⁰⁶. Puis, à l'époque du Directoire, l'arbitrage forcé, déclaré inconstitutionnel, est supprimé²⁰⁷ et l'institution des tribunaux de famille est par le fait même condamnée. Les rédacteurs du code civil ne la rétabliront pas. Certains d'entre eux exprimeront leur hostilité de principe à toute forme d'intervention de la famille dans les différends entre ses membres à l'occasion des débats relatifs au divorce. C'est ainsi que quand on évoque la possibilité d'instituer auprès des époux candidats au divorce un « conseil de famille » qui devrait « (tempérer) les passions, et (empêcher) le divorce, lorsqu'il ne sera pas absolument nécessaire », Tronchet objecte que « l'expérience a détruit depuis long-temps cette illusion », « que l'intervention des familles est une ressource vaine et abusive » et que, s'agissant de statuer sur les causes de divorce, les parents sont « de mauvais juges » ; quant à Bigot-Préameneu, il affirme que « l'intervention de la famille est... contre la nature des choses »²⁰⁸. Lors des débats, Boulay se montre encore plus explicite et se prononce à son tour pour l'exclusion de toute intervention de la famille dans les affaires de divorce en faisant valoir que « l'expérience paraît avoir démontré l'inutilité des assemblées et tribunaux de famille » ; « d'ailleurs – comme il le soulignera à nouveau à l'occasion des discussions portant sur le droit de correction paternelle – les familles sont trop souvent divisées »²⁰⁹ pour qu'on puisse s'en remettre à leur décision. Manifestement, les temps ont changé : l'idée de réserver à la famille le règlement des conflits entre ses membres est passée de mode sans doute parce que le législateur est revenu à des analyses plus réalistes mais aussi parce qu'à la suite de la réorganisation opérée en l'an VIII²¹⁰ les juridictions ordinaires ont retrouvé leur prestige. Le discours de Cambacérés

²⁰⁶ Le décret des 6-27 mars 1791 relatif au nouvel ordre judiciaire dispose en effet, dans son art. 9, que « dans les cas qui n'excéderont pas sa compétence, le juge de paix connaîtra des contestations qui pourront s'élever entre père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles ; ou entre alliés aux degrés ci-dessus, sans que les parties soient tenues de se pourvoir suivant les formes prescrites par l'article 12 du titre X du décret du 16 août 1690 sur l'organisation judiciaire » : DUVERGIER, *op. cit.*, t. 2, p. 240.

²⁰⁷ DUVERGIER, *op. cit.*, t. 9, p. 52 : loi du 9 ventôse an IV qui ordonne que les affaires dont la connaissance était attribuée à des arbitres forcés seront portées devant les juges ordinaires. L'argument d'inconstitutionnalité de l'arbitrage forcé – expressément invoqué dans les motifs de cette loi – apparaît comme un prétexte assez maladroit. La constitution de l'an III s'est contentée de rappeler le droit de recourir à l'arbitrage (cf. titre 8, article 210 : « Il ne peut être porté atteinte au droit de faire prononcer sur les différends par des arbitres du choix des parties ») ; la constitution de 1791 (cf. titre 1, chapitre 5, article 5, précité) contenait déjà une disposition similaire qui n'a jamais été présentée comme incompatible avec les dispositions de la loi de 1790 introduisant l'arbitrage forcé.

²⁰⁸ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 15 vol., Paris, 1827, t. 9, p. 284 et p. 286-287 : interventions de Tronchet et de Bigot-Préameneu à la séance du Conseil d'Etat du 16 vendémiaire an X.

²⁰⁹ P.-A. FENET, *op. cit.*, t. 9, p. 302 et t. 10, p. 495 : interventions de Boulay aux séances du Conseil d'Etat des 24 vendémiaire an X et 8 vendémiaire an XI.

²¹⁰ Par la loi du 27 ventôse : DUVERGIER, *op. cit.*, t. 12, p. 151 sq.

témoigne de ce renversement de situation : il n'hésite pas à déclarer qu'« *il ne veut pas du concours de la famille, attendu que trop souvent les haines et l'intérêt divisent ceux que le sang unit* (et qu'il) *préfère les tribunaux civils, juges impartiaux et naturels de tous les différens* »²¹¹. Quelques années plus tard, les rédacteurs du code de procédure civile se contenteront de redéfinir l'arbitrage sans revenir sur la question de l'arbitrage forcé et donc des tribunaux de famille. Pour Carine Jallamion²¹², ce code marque « *une rupture qui amène une nouvelle conception de l'arbitrage* », pourtant ses dispositions ne nous semblent pas véritablement novatrices. S'il rompt, ce n'est pas tant avec l'héritage révolutionnaire qu'avec celui de l'Ancien Régime dont les révolutionnaires n'avaient pas su se débarrasser, et la conception de l'arbitrage qu'il reflète renoue en réalité avec la conception traditionnelle issue du droit romain. Les propos du tribun Mallarmé sont particulièrement éclairants : il proclame avec force qu'il est temps de faire cesser, en ce qui concerne la définition du pouvoir des arbitres, l'étrange diversité, voire la confusion, qui règne en jurisprudence et en doctrine ; diversité à laquelle ni les anciennes ordonnances, ni la loi de 1790 n'ont su remédier²¹³. Il prône le retour à une conception « classique » de l'arbitrage imposant à l'arbitre le devoir de juger en droit et il vante la sagesse des dispositions du nouveau code qui a établi clairement la distinction entre l'arbitre et l'amiable compositeur en exigeant des parties qu'elles définissent précisément les pouvoirs de l'arbitre dans le compromis²¹⁴. Dans son *Manuel des arbitres ou traité complet de l'arbitrage*, publié à Paris l'année suivante, P.-B. Boucher tient des propos très voisins : après avoir rappelé, dans sa préface, les errements de « *l'ancienne jurisprudence* » qui « *confondoit les arbitres et les arbitrateurs* », il se félicite de ce que « *grâce à notre nouveau code judiciaire* » toute incertitude sur ce point a cessé. En effet, « *l'esprit et la lettre du code de procédure civile font absolument les distinctions que les anciens faisoient, et distinguent bien énergiquement l'arbitre de l'amiable compositeur* »²¹⁵. On est donc revenu à la conception de l'arbitrage en vigueur chez les anciens auteurs et, avant eux, en droit romain : les arbitres apparaissent avant tout comme des juges qui « *suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux* » et qui « *décideront d'après les règles du droit* »²¹⁶.

²¹¹ P.-A. FENET, *op. cit.*, t. 10, p. 495-496 : séance du Conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI.

²¹² Thèse précitée, p. 341.

²¹³ Cf. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 23, Paris, 1830, p. 430 sq. : Discours du tribun Mallarmé prononcé à la séance du Corps législatif du 29 avril 1806. Voir en particulier p. 440-441 : « *les arbitres pouvaient se faire une fausse idée de leur pouvoir... à cet égard il n'y avait... aucun principe généralement admis... Les anciennes ordonnances, la loi du 24 août 1790, étaient muettes sur ce point important, et les jurisconsultes n'avaient pas tous la même doctrine* » (Mallarmé rappelle ensuite les différentes définitions de l'arbitrage proposées par nos anciens auteurs en soulignant la confusion qui s'était établie chez certains d'entre eux entre arbitres et amiables compositeurs).

²¹⁴ *Id.*, p. 441-442 : « (les arbitres) *sauront qu'il est de leur devoir d'appliquer rigoureusement la loi, si les parties ne leur ont pas demandé de prendre pour base de leurs décisions des considérations particulières, en leur donnant le pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs* ».

²¹⁵ P.-B. BOUCHER, *Manuel des arbitres ou traité complet de l'arbitrage*, Paris, 1807 : Préface, p. I ; Livre 1, titre 1, p. 26 et livre 2, titre 5, p. 258, n° 518. Lorsqu'il parle des « anciens », Boucher vise les auteurs du Moyen-Age, et renvoie plus particulièrement à Bouteiller, qui – comme nous l'avons vu – distinguait clairement arbitre, arbitrateur et amiable compositeur.

²¹⁶ Code de procédure civile, livre 3 décrété le 29 avril 1806, promulgué le 9 mai suivant, livre unique : *Des arbitrages*, articles 1003-1042. Voir les articles 1009 et 1019.

Contrairement à ce qu'on a pu écrire, de telles dispositions ne sont pas « destructrices de l'arbitrage »²¹⁷ mais elle marquent le retour à une définition très « classique » de cet arbitrage et consacrent une volonté de le reconnaître à nouveau comme un mode spécifique de règlement des conflits, véritablement alternatif par rapport au mode judiciaire. On ne peut cependant nier que les dispositions de ce code, qui réglemente minutieusement l'arbitrage, traduisent une certaine méfiance à son égard. Cette méfiance s'explique par le climat de l'époque : la justice mise en place par Napoléon est une justice organisée par l'Etat et par un Etat qui a confiance en ses juges ; l'arbitrage n'est donc plus dans l'air du temps. Son usage n'est ni recommandé, ni favorisé, il est seulement toléré. Quant à son fonctionnement, il est de plus en plus encadré et on cherche à le rapprocher le plus possible de la justice d'Etat désormais considérée comme un véritable modèle.

L'hostilité à l'égard de l'arbitrage subsistera pendant tout le XIX^e siècle au cours duquel ce mode de règlement des conflits restera peu utilisé²¹⁸. En revanche, au XX^e siècle l'arbitrage a connu un nouvel essor. Depuis la loi du 14 mai 1980, il est redevenu un mode de régulation des conflits à part entière et il bénéficie à nouveau d'une grande vogue²¹⁹. La médiation rencontre également un immense succès, notamment en matière familiale. L'engouement pour ces deux procédés, qu'on analyse comme deux types de « modes alternatifs de règlement des litiges », traduit sans doute, comme en 1789, une crise de confiance à l'égard de la justice publique²²⁰ mais il n'est plus question de les confondre, comme on a pu le faire à l'époque révolutionnaire²²¹, car il paraît aujourd'hui évident que l'arbitre est et ne peut-être qu'un juge, même si la justice qu'il rend est une « justice privée et consensuelle »²²². Quant à l'idée de remettre

²¹⁷ J.-J. CLÈRE, « L'arbitrage révolutionnaire... », *art.cit.*, p. 28. Comme l'a souligné Mallarmé, les pouvoirs des arbitres sont susceptibles d'aménagements dans la mesure où le code de procédure civile restitue au compromis son rôle essentiel dans l'organisation de l'instance arbitrale. Les parties disposent d'une option consacrée par l'article 1019 aux termes duquel « Les arbitres décideront d'après les règles de droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs ». En pratique, on revient donc aux solutions du Moyen Age où la lecture du compromis permettait d'identifier l'arbitrateur auquel on donnait le pouvoir de statuer *ex fide, ex aquo et bono* : S. DAUCHY, *art. cit.*, p. 259 et la note 15. De même, l'article 1009 laisse aux parties la possibilité d'aménager la procédure.

²¹⁸ Cette hostilité, due en partie aux mauvais souvenirs laissés par l'arbitrage révolutionnaire, s'explique aussi par l'influence du positivisme étatique : cf. X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, *op. cit.*, p. 16.

²¹⁹ Ses applications en droit de la famille sont toutefois limitées. Pourtant, le recours à l'arbitrage est tout à fait envisageable s'agissant de régler les questions d'ordre patrimonial susceptibles de se poser à l'occasion d'une succession ou d'un divorce et son développement présenterait certainement de nombreux avantages : sur ce point voir P. CATALA, *art. cit.*

²²⁰ C'est ce que suggère J. FERRAND dans la double question par laquelle il termine son article, « Trois figures... », précité : « Une société qui élève la médiation, quelle que soit sa forme, au rang d'institution, n'est (elle) pas une société qui, fondamentalement, n'a plus confiance en ses juges ? Vérité révolutionnaire à coup sûr, vérité d'aujourd'hui ? ».

²²¹ La distinction est au contraire très claire comme en témoigne l'ouvrage de X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE précité : la distinction, voire l'opposition, entre ces deux notions y est exposée de manière lumineuse à la p. 19 : l'arbitrage suppose « un face à face agressif » et « débouche sur une décision désignant un gagnant et un perdant » alors que la médiation apparaît comme une « formule pacifique qui recherche le point d'équilibre des intérêts » et « qui prend en compte l'équité et le bon sens plutôt que l'application directe du droit ».

²²² S. LAZAREFF, « L'arbitre est-il un juge ? », dans *Liber amicorum Claude Reymond, autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 173-183, p. 183.

à la famille le règlement de ses conflits internes, elle a été définitivement abandonnée et l'évolution des rapports familiaux ne risque pas de contribuer à la remettre au goût du jour !