

De l'arbitrage

*Mario Castillo Freyre
Ricardo Vásquez Kunze*

Il est très commun chez l'homme de croire les circonstances de son temps éternelles. C'est très commun parce que c'est très commode. La commodité de ne pas penser plus loin que les limites du connu donne à l'homme une sensation inappréciable de sécurité. C'est bien pour la commodité et la sécurité que l'homme vit l'illusion de l'éternité, l'illusion que les choses seront toujours telles qu'ils les ont connues et que l'Histoire n'arrive que comme un écho du passé presque inaudible, du fond d'une de ces bibliothèques très peu visitées aujourd'hui. Mais s'il n'y avait qu'une vérité, ce serait celle enseignée par l'Histoire. Tout change, rien ne reste et cet «éternel retour» n'est que le rêve confortable d'une vie sûre et heureuse dans son ignorance.

Les deux cents dernières années ont vu l'apothéose de l'État-nation. Nous en sommes les enfants, nous qui écrivons ces pages, mais peut-être sommes-nous les derniers. Nous ne sommes pas sûrs, en vérité, que ce colosse qui paraissait éternel, cet «État-papa» sans lequel nous ne pouvions imaginer notre vie aura encore des descendants. Ce qui est certain, c'est que l'État-nation est vieux et à bout de souffle. Tout semble l'indiquer.

Il n'est déjà plus le même qu'auparavant. Il ne peut déjà plus engendrer, ou très peu et c'est pour cela que les puissantes fonctions qui le légitimaient autrefois, lui ôtent aujourd'hui, au contraire, cette légitimité. Un de ces pouvoirs qui languissent est bien celui de l'administration de justice. Partout. Dans le monde entier. Mais par chez nous, plus que partout ailleurs. Lente, onéreuse, immorale, corrompue, l'exclusive fonction juridictionnelle de l'État, jadis garantie contre les abus, s'est convertie aujourd'hui pour beaucoup en garantie des abus. Au lieu d'être la solution aux problèmes sociaux devant les tribunaux, elle est devenue un des grands problèmes sociaux qui exige une solution.

L'arbitrage semble en être la solution.

Qu'une administration de justice privée finisse par prendre le relais historique de la justice de l'État est une idée suggestive et puissante. Suggestive parce qu'elle signifie démythifier cette justice olympique que nous sommes incapables d'administrer, en tant que simples mortels. Puissante parce que, une fois rompu le monopole des Palais de justice, elle rompt également le tabou selon lequel seul l'État, avec sa toute-puissance, peut garantir la solution de controverses dans une société post-moderne. Et cela signifie quelque chose de terrible. C'est alors comme si nous suggérions ici que comme la justice de l'État-nation est en crise, les principes philosophiques qui l'ont autrefois animée, le sont également. Le juge naturel, l'absolutisme de l'égalité devant la loi, la pluralité des instances, la gratuité de la fonction juridictionnelle de l'État, la publicité des jugements, tout ce qui enfin garantissait autrefois l'administration de justice droite et expéditive, semble être aujourd'hui une charge insupportable qui rend impossible, précisément d'arriver à cette justice. Et l'arbitrage, c'est du moins ce que nous croyons, s'est justement défait de ces charges. C'est pour cela qu'il fonctionne... et qu'il fonctionne bien.

Tous ces changements provoquent évidemment des controverses. Aucun changement ne se produit sans en provoquer. La volonté de pouvoir est une impulsion vitale même dans ces institutions caduques qui marchent, comme la justice de l'État, en traînant les pieds. Car celle qui fut une fois dame et maîtresse ne veut plus cesser de l'être parce qu'elle est vieille.

Il y a toujours des écuyers posthumes. Depuis ceux qui déclarent l'immortalité de l'État nation et la souveraineté de ses fonctions juridictionnelles en se lavant les mains pour les tribunaux nationaux, jusqu'à ceux, candides, qui tout en reconnaissant sa décrépitude, croient encore en ces principes si chers à l'administration de la justice ordinaire et qui considèrent inouï que l'arbitrage les esquivent ou, pire encore, les ignore. De là que nombreux sont ceux qui, avec la meilleure intention du monde, mais aussi la plus aveugle des visions, veulent reproduire dans l'arbitrage les mêmes vices qui ont provoqué la ruine de la justice publique. Cela montre seulement qu'il est difficile de se défaire du paradigme de justice dont nous avons hérité il y a deux cents ans.

Quoi qu'il en soit, l'arbitrage est une réalité. Et le sera encore plus dans la mesure où l'administration de justice de l'État suivra le sort de cet État-nation aujourd'hui prostré.

Les réalités doivent donc être étudiées pour être comprises. C'est le propos d'*Arbitrage. Le Jugement privé: La véritable réforme de la justice*. Analyser profondément une institution qui se profile dans un futur pas très éloigné comme le nouvel horizon d'une justice également renouvelée, peut être la seule réponse réelle aux énièmes échecs des réformes de la magistrature au Pérou.

Dans ce sens, ce livre n'est pas un ouvrage traditionnel sur l'arbitrage. Ce n'est pas un manuel. Il propose plus qu'une exégèse conventionnelle des normes positives qui le soutiennent. Il tente d'approfondir les grands problèmes de la justice et les principes qui les animent du point de vue d'une administration de justice privée. Il s'agit d'une approche philosophique de l'arbitrage avec tout ce que cela implique, mais c'est également une approximation empirique de premier ordre au monde concret des jugements privés, pour autant que l'expérience de l'un des auteurs comme arbitre et comme avocat de partie dans des procès arbitraux est mise en pratique dans l'Étude Mario Castillo Freyre.

Le livre aborde donc, depuis la crise de la justice publique péruvienne, dans le miroir duquel peuvent se refléter – d'un peu plus près, d'un peu plus loin – le commun des justices latino-américaines, en passant par les grands débats conceptuels sur la nature et la définition de l'arbitrage ainsi que la déontologie qui devrait lui être propre, jusqu'à l'analyse du procès arbitral en lui-même sous le contexte de la Loi générale d'arbitrage péruvienne, la doctrine et l'expérience professionnelle.

Rien n'est donc plus éloigné de l'esprit de cet ouvrage que celui des encyclopédies, celui des inventaires de données et les exégèses de Monsieur de la Palisse. Polémique philosophique, polémique déontologique, polémique sur le contenu de notre Loi générale d'arbitrage et polémique sur l'exercice de la fonction arbitrale, voilà ce que la communauté juridique pourra trouver dans cet ouvrage. Car un ouvrage qui n'entraîne pas de polémique n'est pas un livre et ne devrait jamais sortir de l'imprimerie.

C'est pour cela que cet ouvrage ne prétend pas non plus être un traité sur tous les sujets concernant l'arbitrage. Les co-auteurs ont été sélectifs avec les problèmes et le débat qu'ils ont voulu rendre publics et ont laissé de côté ceux qui ne les ont pas intéressés pour le moment. Cependant, l'une des premières intentions de cet essai étant de diffuser l'arbitrage comme une nouvelle forme de faire justice pour le plus grand nombre, l'intérêt intellectuel des co-auteurs pour l'arbitrage ne saurait s'épuiser avec ce livre, qui n'est que le premier volume d'une bibliothèque juridique, la Bibliothèque de l'Arbitrage, que l'Étude Mario Castillo Freyre inaugure avec cet ouvrage et qui prétend être une colonne de l'étude d'une institution dont la construction commence à peine. Il y aura sans doute en temps voulu, beaucoup plus à dire sur l'arbitrage, dans la mesure où la vision d'une administration de

justice publique éternelle que nous avons mentionné au début de cette introduction, commence à s'estomper jusqu'à prendre conscience de son inexorable mortalité.

Finalement, les co-auteurs tiennent à remercier avec gratitude, pour son précieux apport à cet ouvrage, mademoiselle Sonia Flores Jara, brillante bachelière de la Faculté de Droit de la Pontificia Universidad Católica del Perú, qui a compilé et a systématisé l'information qui a servi de base pour la discussion et la rédaction de plusieurs chapitres de cet essai.

Notes

1 Dans son édition du mardi 5 septembre 2006, le journal «Correo» de Lima (et en réalité tous les journaux du pays, les émissions de radio et les chaînes de télévision), reveilla ses lecteurs avec le grand titre suivant à la une: «Corrompu et rapiat! JUGE CONSEILLER SUPRÊME SE SALIT LES MAINS POUR 1 000 SOLS. Magistrat [...] reçoit pot-de-vin pour réincorporer un policier». Il s'agissait en effet d'un juge assesseur suprême de la Seconde salle pénale transitoire de la Cour suprême de la République, [...] surpris la veille en flagrant délit de corruption, il encaissait une partie d'un pot-de-vin de 5 000.00 Sols 'un plaignant (ce qui est sûr, c'est que 400.00 Sols furent retrouvés dans sa poche). Le juge fut exposé devant les caméras de télévision et l'opinion publique. Les seules personnes surprises furent ses collègues du Pouvoir judiciaire et de la Cour suprême qui se constitua, pour changer, en session d'urgence, comme si la justice, au Pérou, ne vivait pas dans une urgence permanente. Le jour suivant, le mercredi 6 septembre 2006, le Président de la Cour suprême en compagnie du Président de la République, annonça la énième réforme du Pouvoir judiciaire au Pérou, cette fois avec l'euphémisme de «restructuration», étant donné la dévaluation du terme «réforme».