

Droit Public Comparé

ISSN : 3036-2490

4 | 2025

② <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=612>

Electronic reference

« 4 », *Droit Public Comparé* [Online], Online since 14 avril 2025, connection on 09 décembre 2025. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=612>

Copyright

CC BY-SA 4.0

DOI : 10.35562/droit-public-compare.612



ISSUE CONTENTS

Dossier : Médiation et justice administrative

Rhita Bousta

Introduction

Joaquín Tornos Mas

La place croissante de la médiation intra-juridictionnelle dans le contentieux administratif espagnol

Sophie Boyron

À la recherche de la médiation « administrative » dans la justice administrative anglaise

Luca De Lucia

Mediation in European administrative law

Shunsuke Kimura

The role of the Ombudsman within the Japanese Local Government System: The Example of Kawasaki City

Téphy-Lewis Edzodzomo Nkoumou

La médiation administrative au Gabon

Andrés Fernando Ospina-Garzón

La médiation en droit administratif colombien : ce que la loi ne pourrait pas faire...

Interview

Edited by Émilie Barbin, Nicolas Gabayet, Aurore Gallet and Denis Jouve

Lise Brun and Patrick Taillon

Introduction

Aurore Gallet and Fannie Duverger

Interview Fannie Duverger

Aurore Gallet and Camille Bordère

Interview Camille Bordère

Aurore Gallet and Jonathan Sellam

Interview Jonathan Sellam

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Sylvain Soleil

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Marie Seong-Hak Kim

Droit public colonial comparé, Est-Ouest. La construction du droit coutumier dans l'empire du Japon

Recensions

Denis Jouve

J. Ponce SOLÉ (dir.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*

Franck Laffaille

Andrea CARDONE, Fluvio CORTESE, Andrea DEFFENU, *Istituzioni di diritto pubblico*

Dossier : Médiation et justice administrative

Introduction

Médiation et justice administrative

Rhita Bousta

DOI : 10.35562/droit-public-compare.712

Copyright

CC BY-SA 4.0

TEXT

- 1 À l'origine de ce dossier, un constat réjouissant : la doctrine juridique se saisit peu à peu de la médiation *administrative* et de son rapport avec les juridictions. Car si la juridictionnalisation de ce processus semblait se cantonner, dans la plupart des pays, au droit civil, au droit de la consommation ou encore au droit de la famille, elle concerne désormais aussi les conflits avec une administration publique, de manière certes nuancée selon les pays. La perspective comparatiste est donc particulièrement rare, voire inédite en la matière.
- 2 Ces constats expliquent sans doute le nombre important de propositions reçues à l'issue de l'appel à contribution. Sélectionnées au terme d'une procédure ayant mobilisé une quinzaine d'évaluateurs anonymes de différents pays, les six contributions retenues illustrent l'heureuse diversité des cultures juridiques au travers d'un thème novateur. Leur compilation permet, en outre, de mettre en exergue deux fonctions particulièrement stimulantes du droit comparé.
- 3 La première est d'ordre conceptuel. On peut certes s'accorder à envisager globalement la médiation comme un processus ternaire impliquant un tiers neutre et impartial, qui amène les personnes concernées à trouver *elles-mêmes* – contrairement à la conciliation – une solution à leur conflit (ici, impliquant une administration publique). Mais la culture juridique influe sur la manière de concevoir de telles procédures.
- 4 À titre d'illustration, la plume aiguisée de Joaquín Tornos Mas souligne l'ambiguïté de la loi espagnole de 1998 relative à la juridiction administrative. Unanimement considérée par la doctrine de ce pays comme le fondement juridique de la médiation administrative dans le

cadre juridictionnel, celle-ci n'en fait pourtant pas mention. De manière générale, malgré l'absence de loi nationale consacrant la possibilité de médiation avec une administration publique, ce processus est régulièrement mis en œuvre, non pas pour « éviter » le juge, mais précisément afin d'exécuter ses décisions.

- 5 Le contexte culturel est tout aussi prégnant dans l'analyse de Sophie Boyron, qui invite le lecteur à se garder de tout stéréotype ou conclusion hâtive. En effet, alors même que la tradition anglaise des tribunaux et la fameuse catégorie des « *Alternative Dispute Resolution* » pouvaient laisser penser que la médiation gagnerait aisément le terrain de la justice administrative anglaise, l'autrice montre qu'il n'en est rien, illustrant du même coup l'intérêt d'enquêtes de terrain sectorielles pour déceler l'approche que l'on se fait du phénomène étudié en droit anglais.
- 6 Dans cette lignée, existe-t-il une « conception européenne » de la médiation administrative ? Audacieuse, cette question est en filigrane de l'étude de Luca de Lucia, qui décortique les quelques procédures existantes en cas de conflit avec une administration européenne, en dehors du rôle du Médiateur européen ayant déjà fait l'objet de nombreuses études. Source de données rares, cet article amène, de surcroît, à ne pas cantonner le droit de l'Union au contexte d'analyses comparatives, ou à un cadre unifiant les pratiques de médiation dans divers pays, afin de se saisir pleinement des spécificités du droit administratif européen.
- 7 Soulignant le manque de définition légale de la médiation administrative, les contributions de ce numéro illustrent ainsi la diversité des approches possibles de cette notion.
- 8 Celles-ci mettent également en lumière une autre fonction du droit comparé, qui touche davantage à la manière d'envisager la recherche « en Droit ».
- 9 Offrant une enquête de terrain inédite et particulièrement fouillée du Médiateur de la ville de Kawasaki, Shunsuke Kimura décloisonne les frontières – ailleurs encore parfois étanches... – entre science administrative et droit administratif. Aussi, les données récoltées sous forme de statistiques et de réponses aux entretiens menés permettent d'aboutir, en conclusion, à des enseignements

substantiels sur la médiation en droit positif japonais. L'analyse des raisons culturelles et juridiques de l'inexistence d'un Ombudsman national au Japon montre à quel point la comparaison avec un autre système serait intéressante, même en l'absence d'« équivalences évidentes », et aux fins de montrer les limites logiques de la démarche consistant à « ne comparer que ce qui est [en apparence...] comparable ».

- 10 En tenant compte de la prégnance de la médiation dans le droit coutumier africain, Téphy-Lewis Edzodzomo Knoumou montre, quant à lui, qu'on ne saurait méthodologiquement mener une étude juridique de la « Médiature de la République » sans se saisir des conditions – selon l'auteur, peu convaincantes – dans lesquelles a été réalisée la transplantation du modèle français du Médiateur de la République au Gabon. Portant sur des procédures rarement étudiées par la doctrine, cet article illustre, par là-même, l'intérêt et les enjeux de la prise en compte de l'histoire dans les études juridiques.
- 11 Enfin, Andrés Ospina interroge la place de la prospective dans la recherche en droit. Faisant état des quelques procédures existantes de médiation en droit administratif colombien, notamment en cas de conflit entre autorités administratives nationales, l'auteur s'autorise, sans se restreindre au droit positif, à esquisser ce qu'une éventuelle loi généralisant ces usages sectoriels « pourrait » et « ne pourrait pas faire ». Cette perspective n'élude guère les réticences actuelles à l'égard de la médiation administrative, en l'expliquant en partie par l'histoire colombienne des conflits armés, particulièrement rétive à la médiation internationale.
- 12 En somme, l'intérêt de cette compilation ne se résume pas à la récolte de données précieuses, qui alimentent considérablement une littérature internationale encore naissante. L'étude des rapports entre « médiation » et « justice administrative » plonge aussi le lecteur dans l'exploration de cultures juridiques et ouvre le champ des possibles appréhensions de la normativité juridique. À ce titre, il n'apparaît pas inutile de rappeler que dans certaines traditions, la médiation est le moyen principal (et non « alternatif »...) de régler un litige.
- 13 Cette diversité nous ramène *in fine* à l'essentiel : en tant que concept et processus, la médiation existe, sous différentes formes, ici et ailleurs. Les tensions palpables ou avérées du monde actuel lui

conféreront sans doute un intérêt particulier. Il en est de même du droit comparé, qui nourrit la curiosité des chercheurs pour l'« Ailleurs ». Par leur richesse et leur originalité, les contributions de ce dossier nous invitent à continuer de s'y aventurer, quels que soient les époques, les risques et les difficultés.

AUTHOR

Rhita Bousta

IDREF : <https://www.idref.fr/142796484>
ISNI : <http://www.isni.org/0000000120366964>
BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16506396>

La place croissante de la médiation intra-juridictionnelle dans le contentieux administratif espagnol

Joaquín Tornos Mas

DOI : 10.35562/droit-public-compare.638

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction

1. La difficile reconnaissance juridique d'une possibilité de médiation avec une administration publique

 1.1 Contexte général

 d'analyse

 1.2. Le cas de la médiation intra-juridictionnelle en droit administratif espagnol

2. La consécration timide de la médiation intra-juridictionnelle dans la Loi relative à la juridiction administrative

 2.1. L'ambiguïté de la consécration du processus de médiation

 2.2. Le flou entourant l'exécution de l'accord

3. Magistrats administratifs et experts de la médiation : les acteurs-clés du développement de la médiation intra-juridictionnelle en Espagne

Conclusion

TEXT

Introduction

¹ L'objectif de cet article est d'analyser la place juridique de la médiation intra-juridictionnelle dans le contentieux administratif espagnol¹. Avant d'aborder cette question, il est nécessaire d'exposer brièvement les problèmes plus généraux soulevés par la médiation, en tant que mécanisme de résolution des conflits en présence d'une administration publique².

2 En Espagne, la principale raison de l'intérêt suscité par la médiation, et plus généralement par les solutions alternatives aux solutions juridictionnelles, réside dans la prise de conscience de l'insuffisance des mécanismes existants, à savoir le recours administratif préalable (sous ses différentes formes, notamment obligatoires et avec des spécificités en matière fiscale) et le recours contentieux. Certes, théoriquement, ces deux voies permettent aux citoyens, qui estiment que leurs droits ou leurs intérêts légitimes ont été lésés par l'action ou l'inactivité de l'Administration, de présenter leurs réclamations et d'obtenir satisfaction si celles-ci sont garanties par une règle de droit. Mais cette protection n'est pas toujours effective³. En effet, les recours administratifs devant l'Administration n'aboutissent pas toujours – ceux-ci sont très rarement accueillis⁴ – et les recours portés devant des organes distincts de l'Administration (en matière fiscale, devant le Tribunal économique et administratif national ou ses homologues régionaux) sont résolus dans des délais excessifs⁵. La création récente des cours administratives d'appel compétentes en matière contractuelle⁶, qui demeurent des organes administratifs en dépit de leur appellation, fait, pour l'instant, exception en présageant d'une expérience positive.

3 Le processus juridictionnel est, quant à lui, lent⁷ et coûteux. L'imposition de frais et la condamnation aux dépens pour cause de « défaite objective » (appel intégralement rejeté) limitent l'accès effectif à cette voie⁸. En conséquence, de nombreux litiges restent *de facto* sans véritable garantie juridictionnelle, en dépit de l'article 24 de la Constitution consacrant le droit à une protection juridictionnelle effective. Pour toutes ces raisons, le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits, et en particulier à la médiation, a acquis une importance particulière.

4 Qu'entendre alors par médiation en droit espagnol ?

5 D'une manière générale, la doctrine qualifie la médiation de « méthode » dont l'objet est la recherche d'une solution efficace à certains litiges, et dont la procédure consiste en un dialogue dirigé⁹. Il s'agit d'une procédure d'« auto-composition » dans laquelle les parties ne délèguent pas la solution de leur conflit à un tiers (arbitre ou juge), malgré la présence d'une tierce personne. Dans le cadre de la médiation, les parties intéressées demeurent maîtresses de leur

- situation, de leurs intérêts et des solutions ou alternatives envisageables pour surmonter le conflit.
- 6 Ainsi, l'article premier de la loi n°5/2012 relative à la médiation en matière civile et commerciale dispose que « la médiation est entendue comme un mode de résolution des litiges, quelle que soit sa dénomination, dans lequel deux ou plusieurs parties tentent volontairement de parvenir à un accord par elles-mêmes avec l'intervention d'un médiateur¹⁰ ».
- 7 De cet ensemble de définitions, on peut extraire une série de critères qui doivent être validés pour reconnaître l'existence d'une médiation en droit espagnol¹¹.
- 8 Tout d'abord, la médiation est une procédure ou une méthode visant à résoudre un conflit. Selon le dictionnaire de la *Real Academia de la Lengua*, « méthode » et « procédure » sont des mots interchangeables. Plus précisément, la méthode désigne une manière d'agir de manière systématique et organisée afin d'obtenir un résultat ; la procédure est une méthode juridique consistant en l'action ordonnée au travers d'étapes successives afin d'émettre une résolution. Dans ce contexte, l'accord entre les parties est une issue possible à la médiation, mais celle-ci peut aussi se terminer sans accord.
- 9 Ensuite, la médiation est une formule d'« auto-composition » de résolution des litiges touchant aux droits subjectifs. Elle est donc volontaire pour les parties. Certes, il peut être convenu de se soumettre à la médiation en tant qu'étape préliminaire et, dans ce cas, elle sera obligatoire avant l'arbitrage ou la procédure juridictionnelle. Mais les parties peuvent abandonner la médiation à tout moment. De même, la participation à une réunion d'information peut être imposée, mais en aucun cas la médiation elle-même¹². Enfin, la médiation doit respecter l'égalité des parties : elles doivent avoir la possibilité de participer pleinement et sur un pied d'égalité au processus.
- 10 Quant au médiateur, il doit être impartial. Si la médiation est institutionnelle, l'organe de médiation ne peut être lié à l'administration impliquée dans le processus de négociation. De plus, le médiateur ne doit pas s'immiscer dans les négociations des parties

- (neutralité). Le résultat de la médiation doit être le fruit de la collaboration des parties. Le point de vue du médiateur ne doit pas conditionner le contenu des accords. De même, le médiateur et les parties ne peuvent pas divulguer les informations obtenues au cours de la procédure de médiation (confidentialité).
- 11 Par ailleurs, la procédure de médiation doit être rapide et, en tout état de cause, ne doit pas excéder un délai raisonnable, qui est généralement fixé à trois mois.
- 12 En dernier lieu, rappelons que l'accord conclu lie les parties et possède la valeur d'un contrat. Il peut être aussi converti en titre exécutoire.
- 13 Une fois défini, il convient de replacer le processus de médiation dans un contexte d'analyse plus général.
- 14 Comme mentionné précédemment, la résolution des conflits en droit administratif espagnol relève, en premier lieu, de l'Administration elle-même, par l'intermédiaire des recours administratifs ; en second et dernier lieu, le recours s'effectue devant une chambre spécialisée du Tribunal suprême, à savoir la section du contentieux administratif (*sala de lo Contencioso-Administrativo*).
- 15 Plus généralement, on peut distinguer deux moyens de résoudre les conflits qui peuvent surgir entre l'Administration et les citoyens. D'une part, l'auto-composition. Il s'agit de trouver une solution au travers d'un accord amiable entre les parties. Il n'y a alors pas de « gagnant ». C'est le cas de la conciliation et de la médiation. Dans le cadre de la médiation, nous noterons la distinction entre la médiation extra-juridictionnelle et la médiation intra-juridictionnelle. D'autre part, l'hétéro-composition. La décision du conflit est remise entre les mains d'un tiers, et il y a bien un « gagnant » et un « perdant ». Il s'agit de l'arbitrage, du recours administratif auprès d'organes internes ou indépendants et du recours juridictionnel.
- 16 La médiation, moyen d'auto-composition, ne cherche pas à corriger les irrégularités juridiques, mais à rechercher l'application de la règle qui satisfait le mieux les parties dans une situation de conflit. Elle ne peut certes pas conduire à une décision contraire à la loi, mais son objectif principal n'est pas d'aboutir à une application correcte de

cette dernière. Il s'agit d'essayer de parvenir à un accord entre les parties opposées dans le cadre juridique applicable.

17 C'est là que résident sa spécificité et la difficulté de son application aux relations régies par le droit administratif, puisque l'administration doit agir dans un but premier d'intérêt général tout en respectant le principe de légalité. Par conséquent, la défense de la médiation dans ce domaine doit se fonder sur la prise de conscience que la conclusion d'un accord avec les citoyens concernés est un bon moyen de résoudre un conflit et, en même temps, de parvenir à la meilleure satisfaction de l'intérêt général.

18 Face à cette difficile reconnaissance juridique d'une possibilité de médiation avec une administration publique (1), la loi espagnole demeure timide et ambiguë (2) ; un vide que les juges et d'autres acteurs-clefs tendent de combler (3).

1. La difficile reconnaissance juridique d'une possibilité de médiation avec une administration publique

1.1 Contexte général d'analyse

19 Après avoir précisé le sens du concept et la justification de la médiation pour les relations entre les citoyens et les administrations publiques, il semble nécessaire de différencier trois manières possibles de l'utiliser¹³. Tout d'abord, la médiation peut viser à coproduire des normes juridiques et, ainsi, à réduire les risques de conflits postérieurs. Ensuite, la médiation peut être utilisée comme mécanisme extra-juridictionnel visant à résoudre un conflit. Enfin, celle-ci peut être intra-juridictionnelle¹⁴ (*mediación intrajudicial*).

20 Les deux premiers cas sont des formes de médiation intra-administrative. Dans le premier, la médiation est mise en place lorsque le système administratif permet de s'accorder sur le contenu de l'acte avec les personnes directement concernées, ce qui signifie qu'un éventuel litige peut être évité, en cas d'accord. Celui-ci doit

impliquer la participation d'un médiateur et pour cette raison, ce cas se distingue de la transaction. En effet, la transaction, quant à elle, est un contrat régi par les articles 1809 et suivants du Code civil par lequel les parties, chacune concédant, permettant ou renonçant à quelque chose, évitent un procès ou mettent fin à celui-ci. Ici, l'administration conserve sa position prééminente dans le processus décisionnel, mais cherche à connaître l'avis des parties concernées afin de définir, avec le plus d'informations possible, l'intérêt général, au travers d'un accord¹⁵.

- 21 Dans le second cas, la médiation tend à résoudre un conflit causé par l'action ou l'inaction de l'administration. Dans ce contexte, les parties au conflit se retrouvent dans une position inégale. En effet, l'Administration est protégée par le privilège du préalable et la force exécutoire de ses décisions, mais elle doit se conformer au droit et ne dispose pas d'une pleine liberté de conclure un accord. À titre d'exemple, l'Administration dispose du pouvoir d'exiger le paiement d'un impôt. Le particulier peut alors proposer différentes alternatives pour procéder au paiement. Toutefois, l'Administration ne pourra accepter que les formulaires prévus par la loi.
- 22 Le recours à la médiation est donc particulièrement complexe dans le cas d'un conflit régi par le droit administratif, en raison de la position singulière de l'Administration, qui rend difficile l'application de ce mécanisme juridique, tel qu'il a été conçu et réglementé pour résoudre les conflits entre personnes privées.
- 23 À cet égard, il convient de noter que l'exposé des motifs de la loi précitée n° 5/2012 sur la médiation en matières civile et commerciale indique que « le deuxième axe de la médiation réside dans la dépénalisation ou l'atténuation du rôle central de la loi au profit d'un dispositif qui régit, de manière égale, les relations qui font l'objet du conflit ». Les personnes privées, habilitées par ce dispositif, peuvent se mettre d'accord sur tout ce qui n'est pas contraire à la loi et qui entre dans le cadre des droits dont elles disposent. Elles peuvent donc rechercher un accord par l'intermédiaire d'un médiateur, sans aucune autre limite que celle du caractère disponible du droit négocié.
- 24 Ce qui est dit dans l'exposé des motifs susmentionné n'est pas applicable à l'Administration. En effet, dans l'activité de

l'Administration, le rôle central de la loi ou de la règle ne peut être effacé au profit d'un accord de volontés tendant à résoudre un conflit donné. Les personnes privées peuvent convenir de mettre fin à un différend contractuel en établissant librement la contribution de chaque partie. L'Administration n'a pas cette liberté. Elle doit avant tout s'assurer de la satisfaction de l'intérêt général et du bon usage des fonds publics.

- 25 Le recours à des formules d'auto-composition pour les conflits présente donc une première limite majeure lorsque l'une des parties est une administration. La soumission de l'Administration aux règles d'attribution des pouvoirs réduit considérablement la capacité d'en moduler l'application afin de parvenir à une solution concertée.
- 26 De plus, le recours à la médiation dépend en tout état de cause de la volonté des parties. Par conséquent, pour que les parties décident de recourir à la médiation, elles doivent comprendre que cette procédure alternative aux procédures juridictionnelles leur offre des avantages significatifs. Ces avantages peuvent être liés à la solution finale du conflit (participation à l'élaboration de la décision finale, offre de renonciations en échange d'une compensation qui peut être plus pertinente sur le plan personnel, modulation de la rigueur de la règle d'application adaptée au cas particulier, etc.), mais aussi à la procédure de conclusion de l'accord (plus rapide, moins coûteuse).
- 27 Mais ce qui est certain, c'est que la culture administrative majoritaire en Espagne reste celle de la stricte soumission aux dispositions de la règle, ainsi qu'à la présomption de validité de l'acte adopté en application du droit. Il n'est donc pas nécessaire, pour l'Administration, de négocier.
- 28 Toutefois, la doctrine soutient de manière croissante l'intérêt de la médiation dans les conflits relevant du droit administratif¹⁶. En particulier, des efforts sont faits pour promouvoir l'utilisation de la médiation dans le cadre de la procédure juridictionnelle, médiation intra-juridictionnelle qui est l'objet principal de cet article.

1.2. Le cas de la médiation intra-juridictionnelle en droit administratif espagnol

- 29 De manière générale, la médiation intra-juridictionnelle n'est pas, à proprement parler, une alternative. En effet, « ce mode de résolution des conflits n'est pas un moyen de réduire le volume des litiges devant la juridiction administrative¹⁷ » car le problème est déjà « judiciarisé ». Ainsi, cette médiation, qui se déroule dans le cadre du processus juridictionnel, ne dispense pas les juges et les tribunaux de mener à bien le processus puis, le cas échéant, d'homologuer l'accord auquel sont parvenues les parties ou, en l'absence d'accord, de reprendre le cours de l'instance. Et, en dernier ressort, de faire respecter l'accord s'il n'est pas exécuté.
- 30 La médiation intra-juridictionnelle est donc une manière différente de mettre fin à un conflit, ou encore une alternative à sa résolution traditionnelle au travers d'une décision de justice. Sa raison d'être est de parvenir à une meilleure décision, c'est-à-dire à une résolution du litige qui prenne en considération les raisons de la persistance du conflit. Elle vise ainsi à l'obtention de la meilleure solution possible pour toutes les parties, dans le respect de la loi. Elle sert également à résoudre des affaires complexes, dans lesquelles il faut parfois tenir compte de questions techniques ou économiques au sujet desquelles les juges et les tribunaux n'ont pas de connaissances suffisantes¹⁸. Cette médiation implique, en outre, que l'homologation de l'accord ne puisse pas être contestée devant les juridictions supérieures.
- 31 Par conséquent, la médiation intra-juridictionnelle doit être clairement différenciée de la médiation intra-administrative¹⁹. Il s'agit d'une médiation caractérisée par le fait qu'elle se déroule dans le cadre d'une procédure juridictionnelle en cours et qu'elle est initiée par le juge ou la juridiction qui doit résoudre le litige.
- 32 Enfin, il convient de noter que les parties au conflit peuvent parvenir à un accord en dehors de la procédure juridictionnelle²⁰. Dans ce cas, le processus peut être interrompu par le simple retrait des parties.

2. La consécration timide de la médiation intra-juridictionnelle dans la Loi relative à la juridiction administrative

2.1. L'ambiguïté de la consécration du processus de médiation

33 La médiation intra-juridictionnelle est spécifiquement réglementée, bien que très brièvement, dans la loi n° 29/1998 du 13 juillet 1998 relative à la juridiction administrative. Selon son article 77 :

« 1. En première instance ou en dernier ressort, le juge ou le tribunal peut, d'office ou à la demande d'une partie, après le dépôt de la requête et du mémoire en défense, soumettre à l'examen des parties la reconnaissance de faits ou de documents et la possibilité de parvenir à un accord afin de mettre fin au litige, lorsque l'affaire porte sur des points susceptibles d'être résolus et, en particulier, lorsqu'il s'agit de l'évaluation d'une somme d'argent. Les représentants des autorités publiques défenderesses devront obtenir l'autorisation appropriée pour signer la transaction, conformément aux règles en vigueur.

2. La tentative de conciliation ne suspend le cours de la procédure qu'à la demande de toutes les parties et peut avoir lieu à tout moment avant le jour où l'affaire est déclarée close par un jugement.

3. Si les parties parviennent à un accord mettant fin au litige, le juge ou le tribunal rend une ordonnance déclarant la clôture de la procédure, à condition que ce qui a été convenu ne soit pas manifestement contraire à l'ordre juridique ou préjudiciable à l'intérêt public ou à des tiers.

4. En tout état de cause, les actions prévues dans le présent article peuvent être effectuées par voie électronique. »

- 34 Ce bref dispositif appelle quelques commentaires critiques²¹. Tout d'abord, il convient de souligner le manque de rigueur de sa formulation : l'article ne se réfère pas expressément à la médiation, mais à la « tentative de conciliation » et limite le champ d'application de l'accord aux cas dans lesquels la « transaction » est possible. Or, comme déjà mentionné, la transaction se distingue de la médiation qui, elle-même, ne se confond pas avec la conciliation, qui est une procédure d'auto-composition dans laquelle le médiateur propose une solution au conflit de manière proactive²². Cependant, la doctrine ainsi que les juges espagnols se réfèrent fréquemment à l'article susmentionné lorsqu'ils évoquent la médiation administrative intra-juridictionnelle. Par conséquent, nous analyserons cette disposition en considérant qu'elle confère à cette dernière un fondement juridique.
- 35 Dans ce cadre, il convient de noter les spécificités notoires de la sphère administrative par rapport à la sphère civile et commerciale²³. Ainsi, cette dernière est régie, en règle générale, par le principe du libre arbitre, qui permet la création, la modification et la cessation des relations juridiques privées. Les parties peuvent également décider librement de la manière de résoudre – par voie judiciaire ou par des moyens alternatifs au système judiciaire, tels que la médiation ou l'arbitrage – les conflits qu'elles peuvent avoir au sujet de leurs propres intérêts privés. Il est clair que ce principe de libre disposition est beaucoup plus limité en droit public, qui a pour principe directeur la légalité.
- 36 Toutefois, l'exposé des motifs de la loi n° 5/2012 précise que « les exclusions prévues par cette loi ne visent pas à limiter la médiation dans les domaines auxquels elles se réfèrent, mais à réservier leur réglementation à des règles sectorielles²⁴ ». Il ressort de cette affirmation que l'intention du législateur, en excluant certaines matières de son champ d'application, n'est pas de refuser l'introduction de la médiation intra-juridictionnelle dans le domaine administratif, mais d'appeler à une réglementation *ad hoc*.
- 37 L'article 77 ici analysé prévoit alors que la médiation peut être introduite dans les procédures en première ou en dernière instance. Cette limitation peut être discutée : nous pensons en effet qu'il est

également justifié que la médiation puisse être introduite au stade de l'appel²⁵.

- 38 En ce qui concerne le moment où la médiation peut avoir lieu, l'article 77, dans son premier paragraphe, établit que le juge ou le tribunal peut renvoyer le procès à la médiation une fois que la demande et la défense ont été déposées. Le deuxième paragraphe précise que la tentative de conciliation peut avoir lieu à tout moment, avant le jour où l'affaire est déclarée close pour jugement. La règle n'est pas très précise, mais on peut en déduire que la saisine doit avoir lieu après les mémoires en demande et en défense, et en tout état de cause avant que le jour de la délibération et du jugement ne soit fixé.
- 39 Cette disposition a toutefois généré un doute : la médiation peut-elle avoir lieu après le prononcé d'un jugement, lorsque l'exécution de ce dernier pose problème ? Le doute a été résorbé dans une importante ordonnance du Tribunal supérieur de Galice datant du 8 février 2019²⁶. Celui-ci a en effet accepté la mise en place d'une médiation dans le but de parvenir à l'exécution d'une décision de justice tendant à la démolition d'un bâtiment, décision qui n'avait pas été exécutée depuis vingt ans. L'ordonnance du Tribunal, dont le contenu exhaustif est très intéressant et qui contient deux opinions dissidentes, affirme la possibilité générale de résoudre un problème d'exécution d'une décision de justice par la voie de la médiation, et souligne l'opportunité de ce processus dans ce cadre spécifique. À cet égard, il est intéressant de reproduire un passage de l'ordonnance :

« Il convient de distinguer l'institution de la médiation intra-juridictionnelle de son utilisation dans le cadre de l'exécution des jugements, puisque, contrairement à d'autres actes juridiques, tels que les accords, les pactes, ou les actions de renonciation, la médiation intra-juridictionnelle, comme son nom l'indique, est une procédure qui se déroule dans le cadre de la procédure juridictionnelle et qui est encadrée dès le départ par le juge ou le tribunal, et initiée soit d'office, soit à la demande de toutes les parties ou de l'une d'entre elles, comme c'est le cas en l'espèce. C'est ainsi que la deuxième section de ce tribunal, compte tenu de l'état d'exécution de la sentence et du nombre d'années qui se sont écoulées depuis son prononcé (presque 18) et depuis le début du processus (22), sans parvenir à aucun résultat, a décidé, à la demande

de la mairie de La Corogne, d'engager ladite procédure de médiation intra-juridictionnelle. »

- 40 L'ordonnance précise également que l'accord de médiation ne consiste pas à porter atteinte au contenu du jugement, mais à déterminer la forme de son exécution²⁷. Ainsi,

« les accords de médiation adoptés par les parties, dans les termes énoncés dans le troisième considérant de la présente décision, ne sont pas manifestement contraires à l'ordre juridique, ni préjudiciables à l'intérêt public ou à des tiers [...] ; par conséquent, aucune raison ne justifie la poursuite de la procédure, et celle-ci est déclarée close, étant donné que l'accord conclu y met fin. »

- 41 Depuis cette ordonnance, il est généralement admis qu'il est possible de soumettre les conflits relatifs à l'exécution des décisions de justice à médiation. La médiation intra-juridictionnelle trouverait même une application particulière dans ces cas.

- 42 Par ailleurs, le troisième alinéa de l'article 77 dispose que

« si les parties parviennent à un accord qui entraîne la disparition du litige, le juge ou le tribunal rend une ordonnance constatant l'extinction de l'instance, à condition que ce qui a été convenu ne soit pas manifestement contraire à l'ordre juridique ou préjudiciable à l'intérêt public ou à des tiers. »

- 43 Ainsi, la décision finale revient au juge ou au tribunal, qui doit homologuer l'accord au travers d'une ordonnance (*auto*). Cependant, compte tenu de la brièveté de la disposition juridique, de nombreuses questions restent en suspens²⁸... Le juge est-il tenu d'accepter l'accord ? À l'inverse, pour quels motifs peut-il le rejeter ? Comment interpréter la mention légale selon laquelle l'accord soumis au juge est « manifestement contraire à l'ordre juridique ou préjudiciable à l'intérêt public ou aux tiers » ? L'accord doit-il être converti en jugement pour lui conférer une force exécutoire ?

- 44 En ce qui concerne les parties, l'article 77 prévoit que le juge ou la juridiction puissent soumettre à leur appréciation une reconnaissance de faits ou de documents ainsi que la possibilité de parvenir à un accord pour mettre fin au litige. Cette référence aux

« parties » peut paraître limitée et doit donc être comprise au sens large. En effet, le requérant et l'Administration ne doivent pas être les seuls concernés. Les tiers ou « codemandeurs » doivent également être impliqués, car leurs intérêts peuvent ne pas coïncider avec ceux de l'Administration. À titre d'exemple, s'il existe un ordre de démolition d'un immeuble, l'accord éventuel sur la manière de procéder à cette démolition ou y renoncer, affecte le propriétaire et l'Administration, mais aussi les tiers propriétaires ou locataires des appartements du bâtiment.

- 45 Plus précisément s'agissant de l'administration, le même article précise que « les représentants des administrations publiques défenderesses devront obtenir l'autorisation appropriée pour élaborer une transaction, conformément aux règles régissant la disposition de l'action par eux ».
- 46 Les matières visées et pouvant faire l'objet d'un accord entre les parties dans le cadre d'une procédure juridictionnelle sont également loin d'être précises. L'article 77 se contente d'indiquer qu'il peut être recouru à la médiation « lorsque le procès porte sur des matières susceptibles d'être résolues et, notamment, lorsqu'il s'agit de l'évaluation d'une somme d'argent ».
- 47 Cette référence juridique très large soulève de nombreux doutes. C'est pourquoi les protocoles et guides approuvés dans le cadre de certaines communautés autonomes (régions espagnoles) pour promouvoir la médiation intra-juridictionnelle en droit administratif abordent cette question et proposent des listes de matières pouvant faire l'objet d'une médiation.
- 48 Comme déjà mentionné, il est entendu que l'Administration, lorsqu'elle recourt à la médiation, est soumise au principe de légalité et qu'elle se trouve dans une situation différente de celle des particuliers. En tout état de cause, les actes d'autorité ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'une médiation, alors que l'estimation d'un montant et, plus largement, les sujets faisant l'objet d'un large pouvoir discrétionnaire, peuvent relever de cette procédure.
- 49 À titre d'exemple, selon le Protocole d'action du projet pilote de médiation dans le cadre du contentieux administratif rédigé par la

Cour d'arbitrage et de médiation de la Chambre de commerce de Valence :

« Sous réserve des exceptions et conditions énoncées ci-dessus, les conflits qui pourraient *a priori* faire l'objet d'une médiation intra-juridictionnelle seraient les suivants :

- [...] la fixation du montant de l'indemnisation, de la compensation, des indemnités [...].
- La législation en matière d'urbanisme, d'environnement et d'aménagement du territoire, ainsi que la spécification de grandeurs, de paramètres et de normes dans le cadre de l'application de cette législation. Les activités gênantes, malsaines, nocives, nuisibles et dangereuses.
- L'inactivité de l'administration, la voie de fait et le silence administratif.
- L'exécution des mesures relevant du pouvoir disciplinaire et de sanction de l'administration.
- [...] La fonction publique.
- Certaines questions relevant des contrats administratifs et, en particulier, les demandes de paiement de sommes et d'intérêts de retard.
- Le recouvrement forcé d'impôts ou de recettes de droit public lorsque le débiteur a été déclaré en faillite. »

2.2. Le flou entourant l'exécution de l'accord

50 Selon l'article 113 de la loi précitée n° 29/1998, « une fois écoulé le délai d'exécution fixé par l'accord visé à l'article 77.3, toute partie peut en demander l'exécution forcée. Si aucun délai n'a été fixé par l'accord, le créancier peut exiger de l'autre partie qu'elle l'exécute et,

suite à un délai deux mois, il peut être procédé à son exécution forcée ».

- 51 Au travers de cet article, la loi vise à donner force exécutoire à l'accord qui est « assimilé » à un jugement : les règles régissant l'exécution des jugements lui sont donc applicables.
- 52 Une interprétation de cet article a récemment été proposée par le Tribunal suprême espagnol, dans un arrêt datant du 27 février 2024²⁹. Les faits qui ont conduit à l'arrêt sont les suivants. À la suite de l'adoption d'un accord transactionnel en matière d'urbanisme, qui avait été homologué par le juge, la personne privée a invoqué l'article 113 de la loi précitée, dans le but d'amener l'Administration à mettre en œuvre l'accord. Selon la personne privée, l'Administration devait procéder à l'approbation d'un plan d'urbanisme. Le Tribunal supérieur de justice des Baléares a alors confirmé la mesure d'exécution et a ordonné à l'administration d'exécuter l'accord. L'Administration s'est pourvue en cassation, devant le Tribunal suprême en soutenant que l'article 87 de la loi précitée n'admet le pourvoi en cassation contre les ordonnances rendues qu'« en exécution d'un jugement », à l'exclusion des ordonnances rendues suite à un accord transactionnel.
- 53 L'arrêt précité rejette alors le pourvoi, en considérant que l'ordonnance d'homologation de la transaction peut être assimilée à une ordonnance de jugement. Selon le juge,
- « bien que la transaction judiciaire ait un substrat consensuel ou négociable (art. 1809 CC), son approbation ou son homologation judiciaire lui confère un caractère procédural en tant qu'acte mettant fin au contentieux (art. 77.3 LJCA), doté de l'autorité de la chose jugée et ayant pour effet de rendre possible son exécution comme s'il s'agissait d'un jugement (art. 1816 CC, art. 415.2 LEC et art. 113 LJCA). »
- 54 Cette disposition établit une distinction claire entre une décision administrative et une décision de justice. Si l'accord est conclu dans le cadre de la procédure juridictionnelle et approuvé par le juge ou le tribunal, il peut être exécuté comme s'il s'agissait d'un jugement. En d'autres termes, la transaction homologuée par le juge est une forme de « fin anormale » de la procédure juridictionnelle qui, en vertu de

cette homologation, peut être exécutée par le biais de l'exécution des jugements.

3. Magistrats administratifs et experts de la médiation : les acteurs-clés du développement de la médiation intra-juridictionnelle en Espagne

55 Du fait de l'absence d'un cadre juridique clair et précis sur le recours à la médiation intra-juridictionnelle, son développement est principalement dû à l'impulsion des juges et des magistrats administratifs eux-mêmes, avec la collaboration des associations professionnelles d'avocats et des fondations intéressées par cette question.

56 Dans le cadre de cet ensemble d'activités, il convient de mettre en exergue le Protocole élaboré par le Groupe d'experts de la juridiction administrative, promu par la Fondation Valsaín et approuvé par l'Assemblée plénière du Conseil général du pouvoir judiciaire le 26 juin 2011. Celui-ci justifie tout d'abord la nécessité de faire progresser la médiation intra-juridictionnelle en ces termes :

« La médiation constitue un élément de dynamisation de l'activité des tribunaux administratifs, en ce qu'elle facilite leur tâche de résolution satisfaisante des litiges entre les citoyens et les administrations publiques, par des formules procédurales basées sur l'autonomie des parties et fondées sur l'harmonie sociale. Elle constitue aussi un instrument de modernisation de l'administration de la justice, dans la mesure où l'établissement de procédures alternatives à la voie juridictionnelle classique, qui génèrent un moindre coût, peut contribuer à atténuer l'engorgement des juridictions administratives. »

57 Conformément à la définition communément admise et précitée, l'article premier de ce Protocole définit alors la médiation intra-juridictionnelle de « mode alternatif de résolution des conflits,

complémentaire à l'administration de la justice, dans lequel deux ou plusieurs parties légitimes tentent volontairement, au cours d'un procès, de parvenir à un accord par elles-mêmes, sur la base d'une proposition élaborée par un tiers médiateur ». Il est ensuite question des principes directeurs de la médiation intra-juridictionnelle, du statut du médiateur, de la procédure de médiation et de l'exécution de l'accord.

- 58 Il convient également de signaler le Protocole relatif au projet pilote de médiations juridictionnelle et administrative élaboré par la cour d'arbitrage et de médiation de la chambre de commerce, la présidence de la chambre du contentieux administratif du Tribunal supérieur de justice de Valence et le Conseil général du pouvoir judiciaire espagnol. C'est dans ce même but qu'ont été approuvés le Guide méthodologique sur la médiation dans les tribunaux administratifs élaboré par le département de la Justice du Gouvernement catalan (*Generalitat de Catalunya*) et le Guide de questions-réponses sur la médiation et les administrations publiques rédigé par l'ordre des avocats de Madrid en 2020.
- 59 Enfin, il convient de mentionner l'ouvrage publié récemment par la section espagnole du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME-Espagne) et intitulé « Médiation avec les administrations publiques », qui rend compte de quelques expériences tout en formulant des propositions pour son développement³⁰. Outre les protocoles, guides et travaux en la matière, il est effectivement intéressant de se référer aux expériences menées dans différents tribunaux administratifs espagnols, tels que ceux de Barcelone, Burgos, Madrid, Murcie et Valladolid, qui sont décrites dans cet ouvrage.
- 60 Cet ensemble de documents encadrant la médiation intra-juridictionnelle offre un cadre de référence complet et utile pour les juges et les magistrats qui décident de recourir à la médiation en vertu des dispositions génériques de la loi n° 29/1998 précitée. La pratique se met donc en place, mais reste très limitée. Ainsi, en 2022, les juges administratifs ont transféré seulement 221 affaires en vue d'une médiation : sur 190 séances d'information organisées, 72 médiations ont été entamées (dont 24 accords conclus et

31 médiations encore en cours³¹). Comme on peut le constater, ces chiffres sont très bas.

Conclusion

- 61 La médiation intra-juridictionnelle, en tant que mode de résolution d'un conflit relevant du droit administratif dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, avec l'intervention d'un médiateur, est un moyen qui peut s'avérer très utile pour résoudre certains conflits entre l'Administration et les particuliers, ainsi qu'entre administrations³².
- 62 Dans le système juridique espagnol, cette médiation est très peu encadrée malgré l'existence des articles 77 et 113 de la Loi relative à la juridiction administrative. Cependant, les protocoles et les lignes directrices approuvés, avec l'intervention de représentants du pouvoir juridictionnel, et les expériences menées dans différents tribunaux administratifs, nous permettent d'espérer une utilisation croissante de cette méthode permettant d'aboutir à une décision plus rapide et plus conforme aux intérêts des parties.
- 63 Il est vrai que la culture de la médiation fait défaut dans les administrations publiques et dans une partie du pouvoir juridictionnel espagnols. Disposant d'un pouvoir lui permettant d'adopter une décision et d'en imposer le contenu, l'Administration n'a aucun intérêt à négocier. En définissant l'intérêt général, au besoin en écoutant les parties intéressées, celle-ci impose sa décision en la motivant, sans savoir besoin d'un médiateur. D'autre part, le principe de légalité et l'interprétation stricte du droit positif rendent difficile l'ouverture d'espaces de négociation. Une fois le conflit traité dans un cadre juridictionnel, l'Administration se sent d'autant plus légitime à défendre sa position.
- 64 Cependant, la culture de la médiation doit, à notre sens, se développer, car le recours à la médiation permet de raccourcir les délais des procédures juridictionnelles, d'obtenir des résolutions plus conformes aux différents intérêts en jeu dans le cadre juridique applicable, et de contribuer à ce que le pouvoir juridictionnel résolve des litiges dans lesquels les questions juridiques ne sont pas déterminantes. La présence d'un expert externe, qui sert de

médiateur entre les parties et permet de parvenir à un accord soumis au juge en vue d'une homologation, devrait ainsi être une pratique plus répandue auprès des administrés.

- 65 La médiation intra-juridictionnelle offre un autre avantage, certes moins connu, à l'Administration. En effet, ces dernières années, suite aux affaires de corruption et face à la pression des médias et au travail des différents organes de contrôle interne et externe des administrations, tels que le Parquet et les offices de lutte contre la fraude, les fonctionnaires sont plutôt réticents à négocier et, plus largement, à signer des accords devenus « suspects ». Mais si l'accord est conclu dans le cadre d'une procédure juridictionnelle et homologué par un juge, il est fort à penser que cette crainte s'estompera. Loin d'amoindrir leur autorité, la médiation intra-juridictionnelle renforce ainsi les administrations publiques.

NOTES

¹ Il convient de préciser que notre approche de la médiation se limite à sa fonction éventuelle, en tant que mécanisme de résolution des conflits relevant du droit administratif. De cette manière, nous nous intéressons à une finalité limitée de la technique de médiation, qui ne comprend pas ce qui est plus largement inclus dans le concept de gestion collaborative des conflits, et qui peut être utilisé lorsqu'il y a des relations conflictuelles au sein d'entités publiques non soumises au droit administratif. Les études sur la médiation se réfèrent généralement à cette technique comme à un instrument utile pour gérer les divergences qui surgissent dans les relations sociales par le dialogue, la reconnaissance mutuelle des parties et la recherche d'un consensus (par exemple, pour résoudre les conflits qui peuvent surgir entre les élèves d'une école, entre les médecins d'un hôpital, ou au sein d'une association professionnelle entre les professionnels ou entre les professionnels et leurs clients). Ici, la médiation a essentiellement une fonction thérapeutique, préventive ou réparatrice. Il s'agit d'imposer une culture de la négociation, de l'implication des parties dans la résolution des conflits qui peuvent surgir dans leurs relations particulières. À cet égard, voir D. SIBINA, « Mediación y administración local », in Centre d'estudis Jurídics i formació especialitzada, *Materiales jurídicos del Libro*

Blanco de la mediación en Cataluña, Barcelone, Generalitat de Catalunya, 2011, p. 322.

2 Sur cette question, voir notre contribution intitulée « La mediación en el derecho administrativo », in R. BOUSTA (coord.), *Jornada mediación administrativa*, Université ouverte de Catalogne, 22 janvier 2019.

3 Voir notamment : Ministère espagnol de la Justice, *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, mars 2013, p. 24 et 25 ; J. TORNOS MAS, « Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos », RAP, n° 136, 1995, p. 149-178 ; « Los recursos administrativos en la ley 4/1999 », *Justicia administrativa*, n° 5, 1999, p. 5-26.

4 On ne dispose pas d'informations statistiques fiables sur le fonctionnement et les résultats de la voie administrative. Un vide alarmant auquel il pourrait et devrait être comblé sans faute. Sans données, l'évaluation de l'utilité de ce recours continuera de peser comme une pierre : C. CIERCO, *El procedimiento de recurso. Su virtualidad y necesidad de reforma*, XI Congreso AEPDA, Madrid, INAP, 2016, p. 678

5 Jusqu'à une date récente, il fallait en moyenne sept ans pour répondre aux réclamations adressées à ces deux instances. Ces dernières années, grâce à la mise à disposition de ressources matérielles et personnelles et à l'utilisation de fichiers électroniques, ce délai a été réduit.

6 Articles 44 à 60 de la loi n° 9/2017 du 8 novembre 2017 relative aux contrats du secteur public.

7 Bien que le nombre d'affaires accumulées continue d'être très élevé à tous les niveaux, il est vrai qu'au cours des dernières années, une réduction significative a été enregistrée. Quoi qu'il en soit, les chiffres restent très préoccupants : Ministère espagnol de la Justice, *Informe...*, op. cit., p. 16. Des centaines de milliers d'affaires sont en suspens dans tous les tribunaux ; une augmentation qui, dans certains tribunaux, a atteint plus de 500 % en quinze ans. Dans certains cas, ont atteint des moyennes de 450 affaires résolues par juge et par an, dont plus de la moitié par jugement. L'Espagne enregistre une moyenne de plus de 200 affaires pour 100 000 habitants, chiffre qui s'élève à plus de 300 pour certains tribunaux. Le cas échéant, la procédure se poursuit devant les cours supérieures et le Tribunal suprême pendant plus de deux ans, ce qui signifie que, dans de nombreux cas, le délai

déjà long se prolonge : L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, Madrid, Thomson Reuters, Aranzadi, 19^e éd., 2013.

8 Il est obligatoire d'être représenté par un avocat dans tous les cas, et un avocat doit être présent devant les organes collégiaux : articles 23 et 24 de la loi n° 29/1998 du 13 juillet 1998 relative à la juridiction administrative. S'il est vrai que les frais sont généralement fixés par les cours et tribunaux de manière modérée en fonction de chaque cas, une récente réforme du système incite à leur augmentation : Décret royal n° 6/2023 du 19 décembre 2023.

9 M.-E. LAUROBA *et al.*, « El concepte jurídic de la mediació », in Centre d'Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada, *op. cit.*, p. 177.

10 Dans le cadre de cet article, toutes les traductions de l'espagnol au français sont de l'auteur.

11 La loi n° 5/2021 du 6 juillet 2021 sur la médiation en matière civile et commerciale inclut ces principes dans son deuxième titre, aux articles 7 à 10. On peut également se référer à la loi catalane n° 15/2009 du 22 juillet 2009 relative à la médiation en droit privé (chapitre II, articles 5 à 9).

12 Art. 6 de la loi n° 5/2012 relative à la médiation en matières civile et commerciale : « 1. La médiation est volontaire. 2. Lorsqu'il existe un accord écrit exprimant l'engagement de soumettre à la médiation les litiges nés ou susceptibles de naître, la procédure convenue doit être tentée de bonne foi, avant de recourir à la juridiction ou à une autre solution extra-juridictionnelle. Ladite clause produira ces effets même si le litige porte sur la validité ou l'existence du contrat dans lequel elle figure. 3. Nul n'est obligé de poursuivre une procédure de médiation ou de conclure un accord. »

13 Une autre question, qui n'est pas traitée dans la présente contribution, consiste en l'exercice de la médiation, par les autorités locales et les autres organismes publics, dans le domaine du droit privé, conformément à l'article 23 de la loi catalane n° 15/2009 du 22 juillet 2009 relative à la médiation en droit privé. Dans ce cas, l'Administration agit en tant qu'entité médiatrice afin de résoudre les conflits entre les parties privées. À cet égard, voir J. TORNOS MAS, « Comentario del artículo 23 », in V.-I. DEMESTRE, *Comentarios a la Ley catalana 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado y concordantes*, Madrid, Marcial Pons, p. 152-158.

14 Récemment, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) a publié un document sur la mise en œuvre de la médiation administrative, dans lequel trois types d'application ont été différenciés : la

médiation institutionnelle (effectuée par des organes de contrôle tels que le médiateur) ; la médiation préventive conventionnelle (effectuée dans le cadre de procédures administratives ou pré-judiciaires) ; et la médiation intra-juridictionnelle : Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *Promouvoir la médiation pour régler les différends de nature administrative au sein des États membres du Conseil de l'Europe*, 2022, <[http://rm.coe.int/cepej-2022-11-promotion-de-la-mediation-administrative-fr-adopte/1680a95693](https://rm.coe.int/cepej-2022-11-promotion-de-la-mediation-administrative-fr-adopte/1680a95693)>, consulté le 14 mai 2025

15 Ces formes de « négociation » sont celles actuellement envisagées de manière générale à l'article 86 de la loi n° 39/2015 du 1^{er} octobre 2015 relative à la procédure administrative commune aux administrations publiques.

16 Voir M. RAGA MARIMON et N. FERRÉ GIRÓ, « La mediació preventiva a l'administració pública, un abans i després », Blog de la Revista Catalana de Dret Públic, 10 avril 2024, <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2024/04/10/la-mediacio-preventiva-a-ladministracio-publica-un-abans-i-un-despres-montserrat-raga-marimon-i-natalia-ferre-giro>>, consulté le 14 mai 2025

17 E. GAMERO CASADO, « Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso administrativo », REDA, n° 198, 2019, p. 191-214.

18 Par exemple, dans les cas actuels très fréquents de litiges dans lesquels le requérant demande le rééquilibrage économique d'un contrat, ses prétentions ont une composante économique indéniable, qui est transférée lors du procès au moyen de rapports d'experts complexes et coûteux. Les juges et les tribunaux devront interpréter des raisonnements non juridiques, auxquels ils ne sont généralement pas préparés, afin de décider si l'équilibre a été rompu et comment il devrait être rétabli. Il est fréquent que leur jugement ne convainque aucune des parties. Si le litige est soumis à la médiation et qu'un médiateur spécialisé dans le domaine des contrats est impliqué, il est possible de parvenir à un accord qui satisfasse les deux parties et ainsi permettre de rendre un jugement dans un délai plus court.

19 Sur la médiation intrajuridictionnelle, voir A. PÉREZ MORENO, « Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso », Revista andaluza de administración pública, n° 37, 2000, p. 11-37 ; M. AVILÉS NAVARRO, « La mediación intrajudicial en España », Diario La Ley, n° 9576, 18 février 2020 ; R. ALATRUÉY GARCIA, « La mediación intrajudicial en España », in K. BROWN et M.C. RAYÓN (dir.), *Mediación : experiencias desde España y*

alrededor del mundo, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 121-126.

20 Article 74 de la loi n° 29/1998.

21 J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid, Iustel, 2010, p. 210-215.

22 En ce sens, voir M. AVILÉS NAVARRO, *La mediación intrajudicial en el orden contencioso administrativo*, Madrid, éd. Instituto de justicia y litigación Alonso Martínez, Universidad Carlos III, 2015, p. 231.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 Dans le système espagnol, la procédure en première ou instance unique est régie par les articles 44 à 77 de la loi n° 29/1998 précitée. L'article 78 régit la procédure accélérée. Nous pensons que la médiation peut avoir lieu dans le cadre de ces deux procédures, étant donné qu'il s'agit de procédures de première instance. En revanche, cet article ne permet pas qu'un recours en deuxième instance, un appel ou un pourvoi en cassation fassent l'objet d'une médiation.

26 T. S. J. de Galicia, Sala de lo C.-A., 2^a Sec., 8/02/2019, n° 76/2019 recours n° 6937/1997.

27 Selon le troisième considérant de la décision, « l'objet, le contenu et la finalité des accords conclus entre les parties se situent [au niveau] de la détermination des moyens et des formes spécifiques au travers desquels la décision de justice doit être exécutée, telle que l'exécution par substitution ou équivalence, [...] afin de parvenir au rétablissement de la légalité urbanistique ».

28 Pour un commentaire critique du troisième paragraphe de l'article 77, voir J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, p. 778.

29 Tribunal Suprême, chambre du contentieux administratif, 27/02/2024, n° 319/2024 ; recours n° 4119/2022.

30 GEMME España, *Mediación con las administraciones públicas*, Madrid, GEMME España et Escuela de Mediación y Resolución de Conflictos, 2024, p. 71-86.

31 *Ibid.*

32 Sur ce type de conflits, voir F. ESTEVE BALAGUÉ, *Conflictividad jurisdiccional en el orden contencioso administrativo entre administraciones públicas*,

Barcelone, Atelier, 2024, 208 p.

ABSTRACTS

Français

Cet article analyse la réglementation et l'utilisation de la médiation en droit administratif espagnol, en particulier « dans le cadre » juridictionnel. Prévu implicitement et de manière ambiguë par l'article 77 de la Loi relative à la juridiction administrative de 1998, ce type de médiation permet au juge ou au tribunal concernés de proposer aux parties d'aboutir à un accord en faisant appel à un tiers. Si la procédure aboutie, le juge peut procéder à son homologation, mettant ainsi fin au litige.

English

This article analyzes the regulation and use of mediation in Spanish administrative law, particularly “within” the context of Administrative Justice. Provided in an implicit and vague manner by article 77 of the Administrative Court Act of 1998, this type of mediation enables the judge or the court concerned to invite the parties to reach an agreement. In case of success, the agreement can be approved by the judge, which puts an end to the dispute.

INDEX

Mots-clés

médiation, médiation administrative, médiation juridictionnelle, protocoles de médiation, procédure juridictionnelle

Keywords

mediation, administrative mediation, judicial mediation, protocols on mediation, judicial proceedings

AUTHOR

Joaquín Tornos Mas

Professeur honoraire en droit public à Université de Barcelone

IDREF : <https://www.idref.fr/069536767>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000079713441>

À la recherche de la médiation « administrative » dans la justice administrative anglaise

Sophie Boyron

DOI : 10.35562/droit-public-compare.614

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. La place restreinte de la médiation dans le paysage administratif anglais
 - 1.1. La conceptualisation de la justice administrative
 - 1.2. L'importance de la réparation dans le paysage administratif anglais
 - 1.2.1. Une organisation complexe : réclamation et révision interne
 - 1.2.2 Les *Ombudsmen* du secteur public
 - 1.3. La place restreinte de la médiation administrative
 - 1.3.1 La médiation administrative dans les interstices de la résolution alternative
 - 1.3.2 Les raisons d'un recours limité à la médiation administrative
2. La longue réception de la médiation dans le procès administratif
 - 2.1. L'émergence contrariée de la médiation dans la procédure de *judicial review*
 - 2.1.1. La réception progressive de la médiation dans la procédure de *judicial review*
 - 2.1.2. Une jurisprudence s'affirmant avec le temps
 - 2.1.3 La réalité du procès administratif
 - 2.2 La médiation auprès des *administrative tribunals* : l'exemple de la résolution des litiges concernant les besoins éducatifs spéciaux des enfants et jeunes personnes
 - 2.2.1 Le contexte de la médiation semi-obligatoire
 - 2.2.2. Une étude préliminaire de la médiation semi-obligatoire
 - 2.2.2.1 La méthodologie
 - 2.2.2.2 Le résultat des médiations observées
 - 2.2.2.3 Les traits de cette médiation administrative
 - Une organisation flexible et polycentrique
 - Le rapport de force
 - La place du droit
 - Une continuation de la procédure administrative
3. Conclusion : conceptualisation et conception

TEXT

- 1 En Angleterre, la médiation administrative peine à se faire une place et même un nom. Cette constatation peut surprendre : les modes alternatifs de règlements des litiges (MARL) font partie de l'arsenal de résolution des différends administratifs depuis longtemps. Deux des piliers du système anglais de justice administrative sont des MARL : les *Ombudsmen* du secteur public et les *administrative tribunals*. Ils résolvent bien plus de litiges administratifs que les juridictions ordinaires¹ ; la justice administrative anglaise est une justice « alternative ». D'ailleurs, la procédure civile exige qu'un litige soit réglé d'une manière équitable et proportionnelle et que le mode de résolution soit adapté à la valeur, la complexité ou l'importance du litige². L'ancre difficile de la médiation administrative va à l'encontre de ces constatations et justifie que l'on s'y intéresse.
- 2 Un premier obstacle à cet ancrage réside certainement dans le défaut de conceptualisation de la médiation administrative. En Angleterre, la doctrine, la jurisprudence ou la législation ne font pas référence à cette notion. Cela reflète un certain scepticisme quant à la différentiation conceptuelle public-privé de la résolution des litiges. Certes, la procédure de *judicial review* contrôle la légalité des décisions administratives, mais elle est rattachée à la procédure civile et située, pour une grande part, au sein des juridictions ordinaires.
- 3 Un deuxième obstacle à cet ancrage vient du fait que la médiation est concurrencée à tous les stades de la résolution alternative des différends. Bien qu'il n'y ait pas d'effort de recensement de la médiation dans le secteur public, cette dernière est un mode de résolution marginal. Le manque de conceptualisation peut s'expliquer par cette réalité empirique : la médiation tient une place si limitée dans l'organisation de la justice administrative anglaise que sa conceptualisation n'est pas un besoin pressant. Ce vide conceptuel ne peut qu'affecter la légitimité et la croissance de la médiation administrative et susciter des questions quant à la pertinence de son utilisation en droit public. Il y a donc un besoin pressant de l'étudier : pour ce faire, nous tenterons d'expliquer sa présence marginale dans

le paysage administratif (1) et d'analyser sa croissance contrariée dans le procès administratif (2).

- 4 Pour cette étude, la médiation est comprise comme un processus de résolution par lequel les parties aidées d'un tiers neutre et indépendant, tentent de trouver une solution à leur différend³. Pour qu'une médiation soit administrative, un des médiés doit être une personne publique. Les *Ombudsmen* du secteur public anglais ne relèvent pas de la médiation administrative stricto sensu : ils ne sont pas qualifiés de médiateurs institutionnels et leur mode normal de résolution est éloigné de la médiation. Par contre, leur importance pour la résolution alternative des litiges administratifs justifie leur inclusion dans l'étude.

1. La place restreinte de la médiation dans le paysage administratif anglais

- 5 Pour saisir le rôle de la médiation dans la résolution des différends administratifs, il est nécessaire de commencer par analyser la conceptualisation de la justice administrative avant d'expliquer l'importance de la réparation dans le paysage administratif anglais.

1.1. La conceptualisation de la justice administrative

- 6 Auparavant, le droit administratif anglais se limitait en grande partie à la procédure de *judicial review* et considérait les juridictions comme étant le premier, si ce n'est l'unique, mode de résolution des litiges. Cette vision descendante et étriquée de la justice administrative est maintenant largement dépassée⁴.

- 7 La doctrine anglaise reconnaît depuis longtemps la place des MARL dans la justice administrative, mais elle conceptualise cette justice d'une manière large⁵ : elle inclut la performance des services publics, réfléchit sur la structure administrative mise en place pour l'édition des décisions ou explore le vécu des agents et des usagers⁶. Cette

conception a d'ailleurs été entérinée par le législateur dans le *Tribunal, Courts and Enforcement Act de 2007*⁷.

- 8 Débuter la réflexion sur cette justice dès l'édition de la décision peut surprendre, mais elle relève d'une certaine logique : ainsi, le rejet illégal d'une demande ou la performance défectueuse d'un service public portent atteinte à l'idée même de justice⁸ et vont être la cause de différends. La justice administrative commence bien avant la phase de résolution ; elle se doit d'imprégnier les décisions et les actions des personnes publiques pour que ces dernières soient « justes » (légales, équitables, etc.). Cette vision est aussi reflétée dans la réalité administrative : il existe un véritable enchevêtrement des processus d'édition et d'action avec ceux de la réparation au sein de la structure administrative.

1.2. L'importance de la réparation dans le paysage administratif anglais

- 9 Administrations et services publics possèdent tous des mécanismes de réclamations et des procédures de révisions internes des décisions. Dans la majorité des cas, les administrés ou les usagers ont accès en dernier lieu à un *Ombudsman* du secteur public, s'ils ne sont toujours pas satisfaits. Tous ces mécanismes créent un véritable foisonnement de procédures et de structures alternatives, à tel point que l'on parle d'un véritable « secteur de la réclamation⁹ ».

- 10 Notons que la justice ordinaire a un coût élevé qui n'est pas à la portée de beaucoup de requérants¹⁰. Des alternatives ont été déployées pour établir une justice administrative plus accessible, c'est-à-dire moins chère, plus rapide et plus simple. Cela a facilité la résolution « alternative » à grande échelle et a entraîné la création de structures hiérarchisées de la résolution des différends au sein des administrations, les *Ombudsmen* du secteur public en formant souvent le sommet.

1.2.1. Une organisation complexe : réclamation et révision interne

- 11 Les administrations et les services publics ont adopté des mécanismes pour que l'usager puisse faire une réclamation

concernant la prestation d'un service public ou que l'administré puisse demander qu'une décision soit réexaminée. Par exemple, l'établissement public de la santé publique de la ville de Birmingham a adopté des processus de réclamation pour tous les aspects de ce service¹¹. Si un patient veut faire une réclamation concernant un établissement hospitalier de la ville, il aura la possibilité de recourir à une procédure interne à deux échelons¹². Au premier, se trouve la réclamation informelle (et orale) à la personne responsable de la prestation de service ou à son supérieur hiérarchique ; à l'échelon supérieur, le patient dépose une réclamation écrite au service responsable de l'hôpital¹³. Au sein du service public de la santé, des procédures existent pour chaque problème, chaque service, chaque établissement. Parfois, celles-ci se chevauchent, créant une prolifération dans laquelle les patients (ou leurs représentants) ne s'y retrouvent pas toujours.

¹² De même, l'administré qui veut contester une décision administrative le concernant, pourra souvent faire une demande de révision interne ; la révision est une demande formelle de réexamen d'une décision administrative. Les procédures de révision interne sont de plus en plus courantes au sein des administrations¹⁴. Ainsi, pour contester le refus de l'aide complémentaire à la retraite¹⁵ ou l'application de pénalités de retard par l'administration fiscale, il faut commencer par introduire une telle demande. Les domaines qui, traditionnellement, sont sources de contentieux important, tel le domaine social, fiscal et le droit des étrangers, ont imposé quasi-systématiquement le recours obligatoire à ces procédures de révision.

¹³ La révision peut s'organiser en véritable hiérarchie. Ainsi, un contribuable qui conteste une décision de l'administration fiscale – telle une imposition ou des pénalités de retard –, doit suivre obligatoirement la procédure de révision à trois échelons¹⁶ : au premier, la décision contestée est réexaminée par l'agent qui l'a prise, s'il n'y a pas satisfaction, le contribuable transmet la décision au deuxième échelon (où un autre agent réexamine la demande) ; si le contribuable n'est toujours pas satisfait, il peut soumettre sa demande à l'agence de l'adjudicateur¹⁷. Cette structure, indépendante de l'administration fiscale, fera un troisième examen. Il n'est pas possible d'y introduire directement une demande de révision.

- 14 Les procédures de réclamation et de révision ont pour mission de résoudre les différends d'une manière rapide, efficace, économique et proportionnelle. Cela a pour conséquence la concentration de cette résolution au sein des administrations et des services publics et crée un problème de légitimité de ces mécanismes : ils ne sont pas toujours perçus comme participant à la justice administrative mais plutôt comme imposant des obstacles à son accès. De fait, les recherches empiriques effectuées montrent que certaines procédures de révision ne constituent pas une résolution optimale pour l'administré¹⁸ ; elles auraient aussi pour effet de détourner une partie des réclamants¹⁹. De fait, les administrés ont du mal à comprendre cette profusion et stratification procédurale. D'ailleurs, l'*Ombudsman* parlementaire et de la santé publique reçoit un très grand nombre de demandes d'information et d'orientation des administrés vers la procédure appropriée (162 000 demandes en 2023-2024²⁰) ; cela est indicateur de ce manque de lisibilité. Enfin, les rejets à répétition risquent de conduire les réclamants lassés à abandonner de leur demande.

- 15 Pour remédier au manque de légitimité, les administrations ou services publics établissent parfois en dernier lieu des structures externes indépendantes, telles que l'agence de l'adjudicateur de l'administration fiscale ou l'agence de l'adjudicateur indépendant de l'enseignement supérieur²¹. Ce dernier qui a le statut d'*Ombudsman* spécialisé, s'est vu confier les réclamations des étudiants, une fois épousées les procédures au sein de leur université. D'ailleurs, il est souvent possible de poursuivre une réclamation devant un des *Ombudsmen* du secteur public.

1.2.2 Les *Ombudsmen* du secteur public

- 16 Les *Ombudsmen* du secteur public tiennent une place importante dans le paysage anglais de la résolution des différends administratifs. Ils peuvent former l'échelon ultime des procédures de réclamation ou de révision ; une fois épousées ces procédures internes, les réclamants peuvent s'adresser à l'*Ombudsman* compétent. Ainsi, le contribuable toujours insatisfait après la procédure de révision de l'administration fiscale peut demander à un parlementaire de

transmettre sa réclamation à l'*Ombudsman* parlementaire et de la santé publique.

17 L'*Ombudsman* parlementaire fut le premier des *Ombudsmen* du secteur public à être introduit en 1967²². Il avait pour mission de corriger les cas de *maladministration* perpétrés par l'administration centrale, palliant ainsi à une lacune²³ dans le système de justice administrative²⁴. D'autres *Ombudsmen* du secteur public suivirent, tel l'*Ombudsman* des collectivités locales et de l'assistance sociale²⁵, l'*Ombudsman* du logement social²⁶ et l'*Ombudsman* du milieu carcéral et de la libération conditionnelle²⁷. En général, ils sont bien ancrés dans le paysage de la justice administrative, même si cette fragmentation rend leur tâche plus difficile. Il a été envisagé de les fusionner²⁸, mais seul l'*Ombudsman* parlementaire a été réuni avec celui de la santé publique²⁹.

18 Avec les années, le rôle des *Ombudsmen* a évolué considérablement. De nos jours, ils remplissent deux missions principales : une mission de réparation des cas de *maladministration* et une mission de la prévention de celle-ci. Pour ce faire, les *Ombudsmen* du secteur public ont transformé leur approche et leur travail. Pour remplir leur mission de prévention, un grand nombre d'*Ombudsmen* surveillent le bon fonctionnement des mécanismes de réclamations et des procédures de révision des administrations ou des services publics relevant de leur juridiction. Ils émettent des directives et collaborent avec ces administrations et services publics pour élaborer les mécanismes et en améliorer la pratique. Ainsi, l'*Ombudsman* parlementaire et de la santé publique a publié des normes de référence pour le traitement des réclamations³⁰ et il organise régulièrement des formations pour les agents concernés. Il a aussi entrepris une véritable réflexion sur le principe de bonne administration pour encadrer ses recommandations et guider le travail des administrations. De plus, la majorité des *Ombudsmen* du secteur public entreprennent des enquêtes systémiques ciblées pour examiner un problème particulier : une pratique administrative inadéquate, une procédure dysfonctionnelle ou une directive discutable. Ces enquêtes permettent à l'*Ombudsman* de faire des recommandations détaillées. L'idée est d'aller au-delà des réclamations individuelles et d'émettre des conseils pour aider les

administrations et les services publics à rectifier leurs pratiques, réformer leurs procédures et à amender la directive de manière à prévenir des différends et promouvoir une meilleure administration. Ainsi, l'*Ombudsman* des collectivités locales recourt fréquemment à ces enquêtes et a un net succès auprès des collectivités locales³¹. Cela lui a permis d'accroître son efficacité : en augmentant les enquêtes systémiques, il identifie et corrige les exemples de mauvaise administration pour tous les administrés présents et futurs. Il demande d'ailleurs à la collectivité concernée de revoir (et si nécessaire d'amender) les décisions individuelles déjà prises au vu des conclusions de l'enquête. Ce travail de prévention permet aux *Ombudsmen* d'avoir un impact à la fois plus large et plus approfondi.

- 19 Cela étant, la mission première de ces *Ombudsmen* continue d'être le traitement des réclamations individuelles³². Ce traitement, qui se fait le plus souvent par le biais d'une enquête et d'une décision finale, n'est pas sans critique. Non seulement l'enquête dessaisit les réclamants de tout lien avec la résolution de leur différend mais ce mode de résolution est chronophage. La plupart des *Ombudsmen* ont donc instauré un traitement différencié des réclamations selon la complexité du problème soulevé. L'*Ombudsman* parlementaire et de la santé publique qui traite en moyenne 35 000 réclamations par an³³ distingue les réclamations qui demandent une enquête approfondie, de celles qui n'ont besoin que d'une enquête préliminaire. La dernière évaluation parlementaire de cette institution a jugé les résultats trop lents pour les dossiers nécessitant une enquête approfondie³⁴. Elle a aussi noté que le pourcentage des enquêtes approfondies (1.7 %) a encore baissé depuis 2018, bien que le nombre des réclamations soit en hausse. La place croissante accordée aux enquêtes préliminaires conclues plus rapidement soulève des questions quant à la performance de l'institution.

- 20 Ce « secteur » de la réclamation n'est pas sans critique, mais il a établi un système à grande échelle de la résolution alternative.

1.3. La place restreinte de la médiation administrative

- 21 Le paysage administratif anglais n'est pas favorable au développement de la médiation administrative : elle peine à s'établir au sein de cette

prolifération de mécanismes et de structures de résolution alternative.

1.3.1 La médiation administrative dans les interstices de la résolution alternative

- 22 Il n'existe pas de législation ou de réglementation instaurant la médiation administrative. Malgré cela, cette dernière s'est établie dans les interstices de cette résolution alternative. Seul un petit nombre d'exemples ont été identifiés, mais comme il n'existe aucun inventaire du recours à la médiation administrative, il se peut que d'autres exemples existent ou qu'il y ait une utilisation sporadique de la médiation qui n'est pas recensée. Seule une enquête empirique de grande envergure permettrait d'obtenir des données fiables sur cette pratique.
- 23 L'administration fiscale a mis en place une procédure de médiation pour résoudre les litiges avec les contribuables. Pour ce faire, cette administration a formé et emploie des médiateurs en interne qui agissent en toute impartialité. Le contribuable ou l'agent en charge du dossier fait la demande initiale du traitement par la médiation et l'administration fiscale décide si le litige est susceptible d'une telle résolution³⁵. Ainsi, la demande de médiation sera rejetée si le litige concerne un problème d'évasion ou d'évitement fiscal. La médiation peut intervenir à tout moment du déroulement de la procédure de révision ou même du litige. Il n'existe pas d'information quant à l'ampleur du recours à la médiation ou à son succès, mais cette possibilité de résolution par la médiation existe en marge des procédures internes, comme une option supplémentaire.
- 24 Depuis 2019, il existe une initiative intéressante par l'*Ombudsman* parlementaire et de la santé publique qui propose de trouver une solution à certaines réclamations par le biais de la médiation³⁶. La médiation est perçue comme un processus de résolution rapide des réclamations qui s'y prêtent et de permettre la participation des réclamants. Bien que l'*Ombudsman* estime que 25 % des réclamations qui lui sont soumises pourraient faire l'objet d'une médiation, celle-ci reste marginale. En 2022-2023, seules 72 médiations ont eu lieu, représentant 0.2 % des réclamations, un pourcentage loin du potentiel détecté. L'*Ombudsman* a cherché à développer la médiation

dans le service public de la santé, bien qu'il reconnaisse avoir rencontré la résistance du personnel médical. Il s'est aussi donné pour but d'étendre la pratique de la médiation aux administrations centrales. Cette proposition est importante : elle pourrait faciliter l'acculturation et le développement de la médiation au sein du secteur public. D'ailleurs, la commission parlementaire chargée de l'évaluation de l'*Ombudsman* soutient cette initiative.

- 25 Ces exemples soulignent le développement de la médiation administrative en marge d'un autre mécanisme de la résolution alternative, proposant ainsi une alternative à l'alternative. Pour autant, cette manière d'intégrer la médiation administrative au secteur de la réclamation rend encore plus complexe cette organisation de la résolution des différends.

1.3.2 Les raisons d'un recours limité à la médiation administrative

- 26 Les changements d'orientation et de stratégie expliquent en partie le manque d'engouement actuel pour la médiation au sein du secteur public. Ainsi, elle a fait l'objet d'une brève promotion en 2001, lorsque Lord Irvine, Secrétaire d'État à la Justice, annonça l'engagement du Gouvernement à recourir aux MARL³⁷. Pour un temps, cela s'est traduit par un recours croissant à la médiation au sein des administrations centrales. Un bulletin détaillant le nombre et le type de médiations entreprises au sein de chaque ministère était publié régulièrement. Une dilution de l'engagement gouvernemental a suivi. Bien que le Ministre de la Justice ait réaffirmé son soutien à la résolution alternative en 2011, l'accent était plutôt sur la prévention des différends et la résolution proportionnelle des litiges que sur la promotion de la médiation administrative. Le texte de cet engagement suggère d'ailleurs l'intégration de la résolution amiable aux procédures de réclamations internes. La volonté d'évitement des juridictions est toujours claire mais la manière de l'accomplir a changé. Depuis, cet engagement n'a pas fait l'objet d'un renouvellement officiel, mais la volonté d'une résolution non-juridictionnelle des litiges existe toujours³⁸.

- 27 D'autres limites expliquent son manque d'utilisation. Tout d'abord, la médiation est peut-être simple et flexible, mais elle n'est pas adaptée

au traitement à grande échelle. Le recours systématique à la médiation requiert le recrutement ou la formation de médiateurs indépendants. Dans les deux exemples cités ci-dessus, des agents ont été formés à la médiation, aussi bien au sein de l'*Ombudsman* que de l'administration fiscale. Il faut aussi s'assurer qu'ils soient déployés en toute indépendance. C'est un mode de résolution qui peine à traiter des flux importants sauf à former ou à recruter une armée de médiateurs indépendants. Au sein des administrations ou des services publics, le traitement des réclamations ou des révisions se fait à une échelle trop importante pour que ces dernières puissent être résolues par la seule intervention de la médiation. La comparaison fait presque de la médiation un traitement artisanal de la résolution alternative. Elle ne pourra pas remplacer les procédures internes sauf investissement considérable. Pour cette raison, la médiation est le plus souvent une alternative à un autre MARL. Cette position marginale complique la promotion et la croissance de ce mode de résolution.

2. La longue réception de la médiation dans le procès administratif

- 28 Jusqu'à présent, la médiation administrative n'a figuré qu'en pointillé dans notre étude. Elle acquiert une certaine centralité dès que l'on se tourne vers le procès administratif et ses composantes. La médiation est souvent citée comme une alternative à la procédure juridictionnelle, que cela soit devant les juridictions ordinaires ou les *administrative tribunals*.

2.1. L'émergence contrariée de la médiation dans la procédure de *judicial review*

- 29 Hormis les *administrative tribunals*, le procès administratif en Angleterre repose principalement sur la procédure de *judicial review*. Cette procédure tente d'établir un équilibre entre la protection des droits des administrés et la continuité de l'action administrative. Pour

ce faire, elle impose une restriction essentielle : le requérant doit obtenir l'autorisation du juge avant d'introduire une requête³⁹. Entre autres, le requérant doit avoir épuisé au préalable toutes les voies de recours disponibles (comme les procédures de réclamation ou de révision interne⁴⁰). Cette obligation reflète l'idée que la procédure de *judicial review* est un dernier recours. Ainsi, cette procédure a toujours favorisé la résolution alternative.

2.1.1. La réception progressive de la médiation dans la procédure de *judicial review*

- 30 L'émergence de la médiation auprès des juridictions ordinaires reflète une évolution contemporaine de la procédure civile anglaise. La médiation y entre suite au rapport de Lord Woolf sur l'accès à la justice⁴¹. Il préconise une justice plus simple, plus rapide et moins coûteuse et fait des MARL une pierre angulaire de sa vision. Mises en œuvre par une loi⁴² et par une refonte de la procédure civile⁴³, ces réformes encouragent la résolution des litiges en amont des juridictions grâce au protocole précontentieux⁴⁴. Dès 2002, ce protocole oblige les parties à s'informer de leurs positions par l'échange de lettres explicatives et de rechercher une résolution amiable. Le but est de limiter les coûts pour le justiciable et pour l'Etat et de donner une réponse proportionnelle à chaque litige. Le non-respect du protocole peut entraîner un refus d'autorisation de la requête ou une répartition défavorable des dépens.
- 31 À présent, le protocole réserve un titre aux MARL. Il précise que les parties doivent apporter au juge la preuve d'une recherche de résolution amiable et énumère la négociation, les procédures de réclamations et de révisions internes, l'Ombudsman et la médiation, tout en spécifiant que cette liste n'est pas exhaustive, donnant aux parties une grande liberté de choix⁴⁵. Durant une réunion de mise en état, le juge peut ordonner aux parties d'aller en médiation.
- 32 Le droit anglais met clairement l'accent sur la nécessité d'explorer une résolution amiable. La médiation étant considérée comme la méthode alternative privilégiée dans le contexte juridictionnel, cela explique son importance dans la régulation du procès administratif. Elle est au cœur des décisions formant la jurisprudence.

2.1.2. Une jurisprudence s'affirmant avec le temps

- 33 Dès le début, la jurisprudence renforce les dispositions contenues dans le protocole. Dans la décision *Cowl*⁴⁶, Lord Woolf explique ses réformes et souligne les avantages de poursuivre une résolution à l'amiable. Le litige opposait les résidents d'une maison de retraite bénéficiant d'une promesse d'hébergement à vie à la ville de Plymouth, qui souhaitait fermer l'établissement. Dans son jugement, Lord Woolf explique que la ville acceptait l'interprétation avancée par les résidents et qu'elle avait maintes fois proposé une résolution amiable. Lord Woolf demande aux parties d'en accepter la mise en œuvre. Il désigne une commission indépendante de trois membres⁴⁷ et ordonne à la ville de fournir le lieu de réunion, un agent pour le suivi administratif, un moyen de transport et un conseil juridique indépendant pour les résidents. Il énumère aussi les points que la commission doit aborder. Cette décision représente peut-être une promotion de la résolution amiable, mais elle en souligne aussi les limites : elle a un coût qui peut vite devenir un obstacle. Il faut aussi s'inquiéter de son bien-fondé : de par leur âge et leur état de santé, les résidents formaient une catégorie de justiciables vulnérables, qui bénéficient de garanties importantes dans la procédure juridictionnelle. Dans une affaire similaire jugée trois ans auparavant, la Cour avait décidé que la violation de la promesse d'hébergement à vie faite aux résidents constituait un abus de pouvoir violent l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits humains⁴⁸.
- 34 Les règles sur les dépens contenues dans le protocole ont aussi été appliquées par la jurisprudence. Dès la décision *Dunnett*⁴⁹, la Cour d'appel⁵⁰ s'appuya sur le paragraphe 12 du protocole pour juger que la partie ayant gagné au fond, n'aurait pas forcément ses dépens payés si elle avait rejeté sans raison une demande de résolution amiable de la partie adverse.
- 35 Récemment, le message du protocole a été renforcé par une évolution jurisprudentielle capitale. Auparavant, la Cour d'appel jugeait qu'il n'était pas possible d'obliger les parties à recourir à la médiation, de peur de violer l'article 6 de la CEDH⁵¹ ; seul un

« fort » encouragement était autorisé. Dans la décision *Churchill*⁵², la Cour d'appel est revenue sur cette jurisprudence : désormais, les juges peuvent obliger les parties à entrer en médiation et utiliser la réunion de mise en état pour édicter une ordonnance à cet effet⁵³. La procédure civile vient d'être amendée pour refléter cette évolution⁵⁴. Cette réforme participe à tout un mouvement qui favorise la médiation préalable obligatoire.

2.1.3 La réalité du procès administratif

- 36 Malgré les réformes, la jurisprudence et l'attitude des juges, la médiation a une place limitée au sein du procès administratif.
- 37 D'après une étude empirique de 2009⁵⁵, les réformes de la procédure civile ont pourtant eu l'effet escompté : l'examen du déroulement des litiges au sein de la procédure de *judicial review* montre l'ampleur de la résolution préalable. En effet, 60 % des litiges potentiels (pour lesquels l'intention d'introduire une requête a été exprimée) sont réglés en amont de l'introduction d'une requête. De plus, si l'on examine le déroulement des requêtes une fois introduites, 34 % sont résolues avant le stade de l'autorisation et 56 % de celles ayant reçu l'autorisation, sont résolues avant l'audience. Ainsi, la grande majorité de ces litiges n'arrive pas devant un juge. Selon cette étude, la résolution préalable s'est faite grâce au dialogue et à la négociation classique. La médiation est superfétatoire.
- 38 Une deuxième étude menée à la même période a tenté de cerner le rôle de la médiation dans la procédure de *judicial review*⁵⁶. Les auteurs indiquent que, dans ce contexte, il est difficile pour la médiation de trouver sa place, d'autant plus qu'elle est perçue comme plus coûteuse et plus longue que la négociation classique. Ainsi, la médiation n'est utile que pour 5 % des litiges : elle peut aider à renouer le dialogue quand les parties sont figées dans des positions irréalistes ; elle permet aussi d'explorer des solutions qui ne seraient pas envisageables devant le juge⁵⁷.
- 39 Ces deux études expliquent les raisons pour lesquelles la médiation n'a que peu de place dans la procédure de *judicial review* : cela ne dénote pas un manque d'ancrage des MARL, mais reflète plutôt la concurrence d'autres modes de résolution plus efficaces et moins coûteux que la médiation.

2.2 La médiation auprès des *administrative tribunals* : l'exemple de la résolution des litiges concernant les besoins éducatifs spéciaux des enfants et jeunes personnes

40 Qualifiés de MARL, les *administrative tribunals* forment l'autre composante du procès administratif en Angleterre. Conçus comme une alternative aux juridictions ordinaires, ils sont chargés de résoudre les litiges d'une manière informelle, experte et rapide pour permettre un accès à la justice simplifié et abordable dans un domaine spécialisé (comme les droits sociaux, la fiscalité ou l'immigration). Suite à un processus de juridictionnalisation⁵⁸, on peut se demander si ces tribunals continuent d'être des modes « alternatifs » à part entière⁵⁹. En pratique, ils encouragent souvent le recours à la médiation dans le cadre de leur contentieux. Là encore, la médiation administrative semble servir d'alternative à un mode alternatif de résolution des litiges.

41 Pour tenter de cerner cette réalité, nous présenterons une étude préliminaire de la médiation semi-obligatoire préalable à l'introduction d'une requête auprès d'un de ces tribunaux : le *Special Educational Needs and Disability Tribunal*⁶⁰.

2.2.1 Le contexte de la médiation semi-obligatoire

42 La loi anglaise oblige les collectivités locales à garantir le droit à l'éducation des enfants et des jeunes personnes en situation de handicap ou avec des besoins éducatifs spéciaux⁶¹. Après évaluation, la reconnaissance de besoins spéciaux entraîne l'adoption d'un plan d'assistance éducative et médicale contenant des mesures adaptées, telles que l'inscription dans un établissement spécialisé, un enseignement individuel, des sessions avec un thérapeute ou l'achat d'équipements personnalisés.

43 Parents et jeunes personnes peuvent contester les décisions des collectivités locales au tribunal, mais doivent assister à une séance

d'information préalable sur la médiation⁶². S'ils optent pour la médiation, la collectivité locale est obligée de s'y soumettre. La médiation est gratuite ; les collectivités locales recrutent par marchés publics des entreprises de médiateurs pour une prestation de service indépendante. Ces médiateurs recourent à la médiation classique : ils assistent les parties en vue de trouver un accord, sans faire de proposition de résolution.

- 44 Il faut souligner le contexte de crise de ce contentieux. En dix ans, le nombre d'enfants bénéficiant d'un plan a augmenté de 115 % : de 240 183 en 2015 à 517 049 en 2023⁶³. Cette croissance exponentielle s'ajoutant aux difficultés financières des collectivités locales, elle engendre de nombreuses décisions de rejet qui nourrissent une croissance vertigineuse du contentieux : les requêtes ont augmenté de 55 % en un an⁶⁴. Actuellement, il faut compter plus de douze mois pour un jugement. Par contre, les requérants obtiennent une décision en leur faveur dans 99 % des cas⁶⁵. Les collectivités locales vont donc au tribunal avec des dossiers indéfendables.

2.2.2. Une étude préliminaire de la médiation semi-obligatoire⁶⁶

- 45 Nous commencerons par expliquer la méthodologie adoptée pour entreprendre cette étude. Puis, une fois présentés les résultats des médiations observées, nous en analyserons les traits marquants.

2.2.2.1 La méthodologie

- 46 Cette étude menée durant l'année universitaire 2023-2024 était un projet pilote. Elle contenait deux éléments : l'observation de médiations et des entretiens sur questionnaire auprès de médiateurs volontaires. Pour entreprendre cette étude, j'ai établi une collaboration avec une entreprise de médiateurs spécialisée dans le domaine des besoins éducatifs spéciaux, qui est le prestataire de service de la médiation semi-obligatoire pour plusieurs collectivités locales anglaises. Après un accord de principe des directeurs, j'ai sollicité la participation volontaire de plusieurs médiateurs.

- 47 Le choix des médiations observées a été fait à la fois par chaque médiateur participant, qui proposait l'observation aux médiés et par

les médiés, qui indiquaient leur accord ou leur refus⁶⁷. J'ai observé onze médiations ; cet échantillon a permis d'identifier quelques traits intéressants de cette médiation administrative.

2.2.2.2 Le résultat des médiations observées

- 48 Les résultats par catégorie de décisions sont reproduits ci-dessous :
- 49 Sept refus d'évaluation – quatre accords et trois échecs (deux dossiers étaient incomplets)
- Trois contenus de plan – un accord partiel et deux échecs
- Un maintien de plan – un accord
- 50 Le pourcentage de succès est proche de 50 % (selon que l'on compte ou pas l'accord partiel). Ce résultat est plutôt encourageant pour une médiation semi-obligatoire. Cela repose sur un échantillon limité, mais le prestataire de services a signalé des résultats concordants. Pour autant, il faut tempérer cette analyse au vu du pourcentage de réussite des requérants au tribunal.

2.2.2.3 Les traits de cette médiation administrative

- 51 Nous avons identifié quatre traits qui soulignent le caractère administratif de cette médiation.

Une organisation flexible et polycentrique

- 52 La médiation est souvent présentée comme étant flexible quant à son organisation et quant aux personnes qui y participent. Cet aspect est clef pour la médiation étudiée et pour la médiation administrative en général.
- 53 Certes, cette médiation est encadrée par des délais stricts : elle doit intervenir dans les trente jours de la décision de la collectivité locale. Pour autant, cela n'en a pas affecté la flexibilité. Depuis la pandémie, les réunions de médiations sont organisées en ligne, ce qui facilite la tenue de la médiation dans les délais. Par contre, ce choix demande l'usage du logiciel « Teams ». Pour nombre de parents, le passage au virtuel ne semble pas avoir eu d'incidence. Pourtant, par deux fois, un parent a participé à la médiation aux côtés du représentant de l'école,

ce dernier accordant son soutien et un accès simplifié à la technologie.

- 54 Cette flexibilité se retrouve aussi quant aux participants à la médiation. La participation est très souvent tripartite : on y retrouve les parents ou jeunes personnes, l'agent de la collectivité locale et le représentant de l'école⁶⁸. D'autres personnes peuvent rejoindre la médiation : un ami comme porte-parole des parents, l'assistante sociale qui suit la famille, un membre du corps médical (plus rare). Cette participation variable reflète les intérêts multiples en jeu. D'ailleurs, un principe de collaboration des parties prenantes en vue de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant sous-tend ce régime juridique⁶⁹. La médiation est particulièrement bien adaptée à cette collaboration et à la nature polycentrique de ces litiges administratifs.

Le rapport de force

- 55 Compte tenu de la disparité entre personne publique et administré, la médiation administrative reflète souvent un rapport de force en faveur de la personne publique ; ce déséquilibre peut avoir un effet délétère sur le bon déroulement de la médiation. Cette disparité est marquée dans le cadre de la médiation qui nous concerne : les enfants et les jeunes personnes concernées sont particulièrement vulnérables (et parfois les parents qui les représentent⁷⁰). D'autre part, la pratique décisionnelle des collectivités locales n'aide pas à rétablir cet équilibre.
- 56 Cela dit, la situation n'est pas si tranchée qu'il y paraît. Les médiateurs font de leur mieux pour instaurer un processus équitable et y sont parfois aidés par la configuration tripartite de ces médiations. Il est fréquent que deux des trois participants s'alignent d'une manière informelle durant la médiation : l'association la plus courante regroupant parent et représentant de l'école face à la collectivité locale. Dans les médiations observées, les parents ou la jeune personne qui étaient soutenus par l'établissement d'enseignement ont obtenu la décision recherchée dans cinq cas sur sept. A contrario, les trois fois où l'établissement d'enseignement n'a pas soutenu les demandes des parents ou a adopté une position ambiguë quant à cette demande, la médiation a échoué. Certes, l'échantillon de ces

observations est restreint pour tirer des conclusions définitives, mais cette dynamique des rapports de force joue un rôle clef dans le déroulement et l'équilibre de ces médiations.

La place du droit

- 57 D'une manière générale, la place du droit dans la médiation administrative est complexe et « l'ombre du droit⁷¹ » y est particulièrement étendue. Pour autant, le droit semble avoir un rôle limité dans la médiation des besoins éducatifs spéciaux. La législation sur laquelle les droits des enfants reposent n'a jamais été mentionnée durant les médiations observées. Cela reflète l'idée de la médiation classique, selon laquelle une argumentation juridique n'est pas propice à une résolution amiable et s'explique aussi par l'absence de professionnel du droit. Les médiations se sont focalisées sur les besoins éducatifs de l'enfant ou de la jeune personne, la médiation servant à explorer la réalité de leur vécu dans le milieu scolaire, à analyser leurs progrès éducatifs et à examiner les pièces du dossier pour déterminer les besoins et les mesures à prendre. Ces médiations adoptent une approche factuelle de la résolution qui est bien adaptée à ce domaine. Les solides connaissances dans le domaine de l'éducation spécialisée des médiateurs observés étaient un élément crucial au bon déroulement et au succès de ces médiations.
- 58 Le droit n'en est pourtant pas absent : il en encadre la tenue, et les représentants de la collectivité locale continuent d'être liés par les interprétations et les directives de leur service⁷². Dans la grande majorité des médiations observées, le recours au droit n'aurait rien apporté de plus. Pour une seule médiation, la référence au cadre légal aurait permis de questionner la position de la collectivité locale. Ainsi, le droit joue un rôle limité, ambigu et surtout asymétrique dans ces médiations. Au vu du pourcentage de réussite des requérants au tribunal, cette place « asymétrique » du droit mériterait une évaluation minutieuse.

Une continuation de la procédure administrative

- 59 La médiation est souvent rattachée à la phase contentieuse. La médiation étudiée vise d'ailleurs à éviter que les litiges ne progressent au tribunal.

- 60 En réalité, les médiations observées se rattacherait plutôt à la phase administrative. Les médiateurs font tout un travail important de préparation en amont de la réunion de médiation. Ils prennent contact avec les représentants de la collectivité locale et de l'établissement d'enseignement et rencontrent les parents. Ce travail préparatoire est typique de la médiation, mais il est particulièrement développé dans le cadre de la médiation étudiée et en détermine souvent le succès. Il est assez fréquent que le médiateur fasse suivre un complément d'information à la collectivité locale et que cela conduise la collectivité à réviser sa position. Dans une médiation observée, la collectivité locale a amendé sa décision au vu de l'information circulée en avance de la médiation. La médiation a servi à l'annoncer, à renouer des relations entre toutes les parties prenantes et à rappeler les procédures à suivre. La décision initiale est prise sur dossier par des agents, qui n'ont aucun contact avec l'enfant ou la jeune personne concernée. Il n'est pas rare que ces derniers soient présents (brièvement pour les enfants) durant la médiation qui permet de réintroduire une dimension humaine dans la procédure décisionnelle.
- 61 De même, si on est parvenu à une résolution, l'accord de médiation contient un échéancier et des engagements précis de la collectivité locale et/ou de l'établissement d'enseignement, ce qui peut nécessiter un véritable suivi administratif. Ainsi, il est tentant de comprendre cette médiation comme une continuation de la procédure décisionnelle.
- 62 Compte tenu des décisions contestées, le recours à la médiation (administrative) est un choix pertinent et réfléchi, qui s'harmonise bien avec ce domaine de droit et avec les objectifs législatifs.

3. Conclusion : conceptualisation et conception

- 63 Cette étude explique les raisons pour lesquelles la médiation ne tient qu'une place restreinte au sein de la justice administrative anglaise : non seulement elle est en concurrence avec d'autres modes de résolution des litiges mieux ancrés dans le paysage administratif et juridictionnel, mais le manque de conceptualisation de la notion de

médiation administrative freine sa reconnaissance, son développement et son acculturation dans le secteur public.

- 64 Un recensement de la médiation administrative et une exploration de ces caractéristiques en permettraient une meilleure reconnaissance et pourraient faciliter sa conceptualisation au sein de la justice administrative anglaise.
- 65 L'étude souligne aussi le besoin de repenser les principes qui encadrent la conception et l'introduction des modes de résolution des litiges au sein du secteur public anglais. L'ajout et l'entrelacement des divers mécanismes ont créé un paysage de la résolution à la lisibilité et l'effectivité discutable. Les réformes des mécanismes de la résolution des litiges auraient besoin de mettre en place vision plus large de l'organisation de la résolution du contentieux administratif⁷³.
- 66 Il en est d'ailleurs de l'avenir de la médiation des besoins éducatifs spéciaux. Il a été suggéré que si cette médiation semi-obligatoire ne parvenait pas à arrêter ou même freiner la croissance de ce contentieux, elle pourrait être suppléeée ou remplacée par une procédure préalable d'évaluation indépendante des litiges. Abolir cette médiation ou rajouter un autre MARL avant son intervention, aurait besoin d'être repensé. Il vaudrait mieux faire en sorte que les collectivités locales prennent (ou puissent prendre) des décisions initiales qui respectent le droit applicable, de préférence à l'introduction d'une étape de résolution supplémentaire. Les évaluations récentes et en cours de ce régime juridique pourront peut-être apporter une solution durable⁷⁴.

NOTES

1 Depuis janvier 2024, 2 260 requêtes de *judicial review* ont été introduites auprès de la High Court. L'année judiciaire dernière, 378 376 recours ont été introduits auprès des tribunaux : en ligne <<https://data.justice.gov.uk/courts/tribunals#table-tab-courts-tribunals-receipts-overall>>, consulté le 02/05/2025.

2 C'est l'objectif prioritaire de la procédure civile en Angleterre : en ligne <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>, consulté le 02/05/2025.

3 Cette définition descriptive est inspirée de L. BOULLE et M. NESIC, *Mediation: principles, process, practice*, London/Dublin/Edinburgh, Butterworths, 2001, p. 5.

4 M. ADLER, « Introduction », in M. ADLER (dir.), *Administrative Justice in Context*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010.

5 J. MASHAW était l'un des premiers à conceptualiser la justice administrative de cette manière : J. MASHAW, *Bureaucratic Justice: Managing social security disability claims*, New Haven, Yale University Press, 1983.

6 Voir, par exemple, R. THOMAS, *Administrative Law in Action: Immigration administration*, Oxford/New York, Hart Publishing, 2022 ; N. O'BRIEN, *Politics and administrative justice*, Bristol, Bristol University Press, 2023.

7 Voir la définition figurant à l'annexe 7 de l'article 13 § 4 de du *Tribunal, Courts and Enforcement Act* de 2007.

8 R. THOMAS, « Administrative Justice, Better Decisions, and Organisational Learning », *Public Law*, 2015, p. 111.

9 Voir C. HARLOW et R. RAWLINGS, *Law and administration*, Cambridge, CUP, 4^e éd., 2022, chap. 13.

10 T. Hickman suggère une fourchette de coût de £ 8 000 à £ 200 000 selon la complexité de la requête et la durée de l'audience et s'offusque à bon droit de l'insuffisance de l'aide juridictionnelle : T. HICKMAN, « Public Law's Disgrace », UK Constitutional Law Association blog, 09/02/2017 : en ligne <<https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/09/tom-hickman-public-laws-disgrace/>>, consulté le 02/05/2025.

11 En ligne <<https://www.birminghamsolihull.icb.nhs.uk/contact-us/complaints-concerns-and-complaints>>, consulté le 02/05/2025.

12 En ligne <<https://www.uhb.nhs.uk/get-in-touch/give-feedback/make-a-complaint/>>, consulté le 20/06/2025.

13 Cette procédure interne a été introduite par voie réglementaire : *Complaints Regulation*, 2009.

14 R. THOMAS et J. TOMLINSON, « A Different Tale of Judicial Power: Administrative Review as a Problematic Response to the Judicialisation of Tribunals », *Public Law*, 2019, p. 237.

15 Voir le *State Pension Credit Act*, 2002, Sect. 1.

- 16 En ligne <<https://www.gov.uk/complain-about-hmrc>>, consulté le 02/05/2025.
- 17 *The office of the adjudicator*, [en ligne] <<https://www.gov.uk/government/organisations/the-adjudicator-s-office>>, consulté le 02/05/2025.
- 18 Voir l'analyse des procédures de révisions concernant le droit des étrangers par R. THOMAS, *op. cit.*, note n° 8.
- 19 T. MULLEN, « Internal Review Systems and Administrative Justice » in M. HERTOOGH, R. KIRKHAM, R. THOMAS et J. TOMLINSON (dir.), *Oxford Handbook of Administrative Justice*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2021, p. 27.
- 20 *The Ombudsman Annual report, 2023-2024*.
- 21 *Office of the independent adjudicator*, [en ligne] <<https://www.oiahe.org.uk>>, consulté le 02/05/2025.
- 22 *Parliamentary Commissioner for Administration Act, 1967*.
- 23 Le scandale de Crichel Down démontra que certains litiges ne pouvaient pas être résolus par les juridictions.
- 24 Le but était aussi de résoudre les litiges administratifs de moindre importance : C. HARLOW, « Ombudsmen: hunting lions or swatting flies », in M. HERTOOGH et R. KIRKHAM (dir.), *Research Handbook on the Ombudsman*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 73.
- 25 En ligne <<https://www.lgo.org.uk>>, consulté le 02/05/2025.
- 26 En ligne <<https://www.housing-ombudsman.org.uk>>, consulté le 02/05/2025.
- 27 En ligne <<https://ppo.gov.uk>>, consulté le 02/05/2025.
- 28 Voir le projet de loi : *Public Service Ombudsman bill*, [en ligne] <<https://www.gov.uk/government/publications/draft-public-service-ombudsman-bill>>, consulté le 02/05/2025.
- 29 *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, [en ligne] <<https://www.ombudsman.org.uk>>, consulté le 02/05/2025.
- 30 En ligne <<https://www.ombudsman.org.uk/organisations-we-investigate/complaint-standards>>, consulté le 02/05/2025.
- 31 R. THOMAS, « The English Local Government and Social Care Ombudsman: Systemic Administrative Justice and Bureaucratisation – Part I & Part II », *Public Law*, 2023, p. 240 et p. 424.

32 T. BUCK, R. KIRKHAM et B. THOMPSON (dir.), *The Ombudsman enterprise and administrative justice*, Routledge, 2011, p. 91. Voir aussi pour l'Ombudsman parlementaire et de la santé publique : A. ABRAHAM, « Making sense of the muddle: the ombudsman and administrative justice 2002-2011 », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2012, p. 91.

33 Ce chiffre s'explique par le domaine restreint de son intervention. Il faut aussi tenir compte des 162 000 demandes d'information et d'orientation.

34 Voir, par exemple, le rapport parlementaire de la Commission de l'administration publique et des affaires constitutionnelles : *Parliamentary and Health Service Ombudsman Scrutiny 2022-23*, HC 198, p. 9-11.

35 En ligne <<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/alternative-dispute-resolution-guidance/adrg01000>>, consulté le 02/05/2025.

36 House of Commons, Public Administration and Constitutional Affairs Committee, Parliamentary and Heath Service Ombudsman Scrutiny 2022-23, *Third Report of Session 2023-24*, HC 198, 4 mars 2024, p. 11-13.

37 En ligne <<https://www.wired-gov.net/wg/wg-news-1.nsf/54e6de9e0c383719802572b9005141ed/29d6d37f28ba67e6802572ab004b3f0f?OpenDocument>>, consulté le 20/06/2025.

38 Le ministère des transports a produit un guide de la résolution alternative des litiges pour le projet « HS2, la nouvelle ligne de train à grande vitesse », *HS2 Alternative Dispute resolution guidance*, CS1834, février 2023.

39 Art. 31(3) de la Senior Courts Act 1981.

40 Lord of Justice SALES, in *R (Glencore Energy) v. HMRC [2017] EWCA Civ. 1716*, § 58 : « Le principe selon lequel le recours en Judicial Review sera refusé lorsqu'un autre recours approprié est disponible ne fait aucun doute ».

41 Lord of Justice Woolf, « Access to Justice », 23/04/1996, [en ligne] <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>> consulté le 20/06/2025.

42 Civil Procedure Act, 1997.

43 Civil Procedure Rules, 1998.

44 Pre-Action Protocol, [en ligne] <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_jrv#alternative>, consulté le 02/05/2025.

45 Pour aider les parties dans ce choix, le protocole propose la consultation d'un ouvrage de référence : S. BLAKE, J. BROWNE et S. SIME, *The Jackson ADR Handbook*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

46 *Cowl & Ors v. Plymouth City Council* [2001] EWCA Civ., 1935.

47 La commission comprenait un président nommé par la Law Society (l'organe professionnel des avoués en Angleterre, qui se distingue du Bar Council, organe professionnel des avocats), un membre représentant les intérêts des résidents et le troisième représentant ceux de la ville.

48 *R v. Devon Health Authority, ex p. Coughlan* [2001] QB 213.

49 *Dunnett v. Railtrack Plc* [2002] EWCA Civ. 303.

50 Il n'existe qu'une seule cour d'appel pour tout le territoire de l'Angleterre et du Pays de Galles.

51 *Halsey v. Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ. 576.

52 *James Churchill v. Merthyr Tydfil Borough Council* [2023] EWCA Civ. 1416.

53 Rule n° 28.7(1) (d).

54 *The Civil Procedure (Amendment n. 3)*, Rules 2024, en vigueur au 01/10/2024.

55 V. BONDY et M. SUNKIN, *The dynamics of Judicial Review litigation*, Londres, The Public Law Project, 2009.

56 La procédure de *judicial review* contrôle l'activité et des décisions de l'administration et des personnes publiques.

57 V. BONDY, L. MULCAHY, M. DOYLE, V. REID, *Mediation and Judicial Review: An empirical Research Study*, Londres, The Public Law Project, 2009.

58 Ce processus de juridictionnalisation a été achevé par l'adoption de la loi Tribunal, Courts and Enforcement de 2007. Elle regroupe la majorité des tribunaux en une hiérarchie unique et les rattache aux juridictions ordinaires.

59 M. ELLIOT et R. THOMAS, « *Tribunal justice and proportionate dispute resolution* », *Cambridge Law Journal*, vol. 72, n° 2, 2012, p. 297.

60 Tribunal pour les besoins éducatifs spéciaux et les handicaps.

61 *Children and Family Act*, 2014.

62 Cette séance d'information est organisée par le prestataire de services qui assure la médiation.

63 En ligne <<https://www.local.gov.uk/parliament/briefings-and-responses/debate-send-provision-house-commons-5-september-2024>>, consulté le 02/05/2025.

64 En ligne <<https://www.gov.uk/government/statistics/tribunals-statistics-quarterly-july-to-september-2024/tribunal-statistics-quarterly-july-to-september-2024#annual-special-educational-needs-and-disability-send-statistics>>, consulté le 02/05/2025.

65 *Ibid.*

66 J'ai obtenu l'autorisation de la commission éthique des Sciences Humaines et Sociales de l'Université de Birmingham afin d'entreprendre cette étude préliminaire. Titre original : *Observing Special Education Needs and Disability mediation: A pilot*, ERN-1143, juillet 2023.

67 Certains parents s'y sont d'ailleurs opposés, mais jamais les représentants des collectivités locales ou des établissements d'enseignement.

68 Je n'ai observé qu'une médiation où le représentant de l'établissement d'enseignement était absent. Cette absence s'expliquait par les questions soulevées.

69 SEND *Code of Practice, Chapter 1: Principles*, janvier 2015.

70 R. THOMAS, « Administrative justice and vulnerable people », *Public Law*, 2024, p. 235.

71 Cette expression fait référence à l'idée que toute médiation opère dans un environnement juridique, qui a une influence plus ou moins grande sur le processus de résolution : R. H. MNOKIN et L. KORHHAUSER, « Bargaining in the shadow of the law », *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, p. 950.

72 Ces interprétations et directives sont parfois d'une légalité contestable.

73 V. BONDY et A. LE SUEUR *Designing redress: A study about designing grievances against public bodies*, Londres, The Public Law Project, 2012.

74 Education Committee (House of Commons), *Solving the SEND crisis*, évaluation ouverte le 20/12/2024.

ABSTRACTS

Français

La médiation peine à trouver sa place au sein de la justice administrative en Angleterre. Le manque de conceptualisation de la notion de médiation administrative et la concurrence d'autres modes alternatifs de règlement des conflits dans le paysage administratif et juridictionnel expliquent en partie la place marginale de ce mode de résolution des différends administratifs.

Une étude préliminaire de la médiation concernant les besoins éducatifs spéciaux tente de susciter une réflexion sur la notion de médiation administrative. Cette conceptualisation pourrait faciliter un meilleur ancrage de la médiation dans la justice administrative.

English

Mediation is struggling to find a place within administrative justice in England. The lack of conceptualisation of the concept of administrative mediation and the competition of other forms of alternative dispute resolution in the administrative and judicial landscapes explain partly the marginal place that mediation occupies therein.

A pilot study of SEND mediation attempts to trigger a reflection on the concept of administrative mediation. This conceptualisation could facilitate a better anchoring of mediation in administrative justice.

INDEX

Mots-clés

médiation administrative, ombudsman, tribunal administratif, réclamation, contrôle interne

Keywords

administrative mediation, ombudsman, administrative tribunals, complaint, internal review

AUTHOR

Sophie Boyron

Associate Professor/Maître de conférences en droit, Université de Birmingham

IDREF : <https://www.idref.fr/110585887>

ISNI : <http://www.isni.org/000000032536775>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16719956>

Mediation in European administrative law

Luca De Lucia

DOI : 10.35562/droit-public-compare.639

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. Introduction
2. Mediation as an ADR Scheme of General Application
3. Mediation in Civil Service Disputes
 - 3.1. Administrative Tools
 - 3.2. Judicial Mediation in Staff Litigation
4. Mediation in Trade Mark and Design Disputes
5. Other mediation scenarios
6. Conclusion

TEXT

1. Introduction

¹ European Union (hereafter: EU) law defines mediation as “a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator;” this “process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law [...].”¹ EU law contains provisions not only on mediation in civil and commercial matters², but also on mediation in disputes between natural and legal persons and European institutions, bodies, offices and agencies. In the latter case, mediation thus concerns administrative law controversies, which obviously have their own peculiarities compared to civil and commercial disputes³.

² The mediation schemes laid down in EU administrative law are quite numerous: some of these are of a general scope, as they are applicable to a wide range of disputes, while others are sectoral in

nature and thus concern specific kinds of cases. The mediator is at times the General Court (or one of its members), at times quasi-judicial bodies, and at others still administrative bodies or officials of an EU administration, that are, in any case, independent and impartial (although the level of independence varies in different circumstances). At present, EU law does not provide for mandatory mediation in disputes with EU administrations.

- 3 The fact that EU law has established alternative dispute resolution (hereafter: ADR) mechanisms for acts and activities of EU administrations is consistent not only with the Council of Europe guidelines,⁴ but also with long-standing trends in several Member States⁵ as well as states outside the EU.⁶ The interest of the doctrine, and on occasions also of national parliaments and governments, for mediation in administrative law is quite widespread, and is rooted in various factors: for instance, this ADR scheme is often considered more efficient, swifter and economical than the judicial process;⁷ it is regarded as enhancing the autonomy of the disputing parties (as they are the only ones who can decide on the outcome of a dispute), thus reducing the asymmetry between the public authority and the other parties to the conflict.⁸
- 4 On the other hand, the use of mediation to settle administrative law disputes presents significant problems. For example, with reference to some Member States, it has been observed that the law often contains significant limits to the possibility for public authorities to reach an agreement to settle a dispute with a private party; the possible involvement of third parties can be a further complicating factor; mediation may also pose problems of equal treatment, as the administration is required to treat equivalent cases in exactly the same way, alongside problems of transparency that can arise.⁹ Above all, there can be reluctance on the part of public administrations (and their managers) to take responsibility for negotiating and concluding an agreement when the possibility exists for the dispute to be resolved in a binding manner by a court of law.
- 5 The subject of this article is precisely mediation applied to various forms of disputes involving the acts and actions of EU institutions, bodies, offices and agencies, since there is currently a lack of systematic analyses or studies that take a theoretical approach to this

issue. This paper does not aim to fill this gap, but to briefly illustrate some of the provisions of EU law governing mediation in administrative law disputes, and to examine whether, and to what extent, the problems mentioned above can also be found in the EU legal system. This is also in order to make an initial assessment of the actual use of mediation and the role it plays in EU legal system.

- 6 In the following text the legal provisions on mediation as an ADR method of general scope are examined. After recalling some of the functions of the EU Ombudsman, attention is turned to the provisions of the Rules of Procedure of the General Court that envisage a conciliatory function of the General Court (Section 2). After this, a selection of sectorial regulations are analyzed: on the one hand, staff law, which provides for certain instruments to facilitate the amicable settlement of disputes between the EU institutions and other bodies and their agents, and which entrusts the General Court with the role of mediator (section 3); on the other hand, EU intellectual property law, that bestows mediation functions on administrative bodies, quasi-judicial bodies, as well as experts (Section 4). Reference is also made to the mediation conducted by the Board of Appeal set up within the EU Chemicals Agency and that which was carried out in two past cases by the Administrative Board of Review set up at the European Central Bank (Section 5). The conclusions show that the EU legal system has not invested in mediation as an ADR scheme and has instead preferred to focus on other non-judicial dispute resolution procedures (Section 6).
- 7 Before starting, however, two preliminary clarifications are necessary.
- 8 First, it is widely accepted in legal scholarship that there are at least two different styles of mediation. In the first, so-called “facilitative mediation,” the mediator plays a discrete role, allowing the disputing parties to take full control of the negotiation and its outcome: he or she assists them in managing the procedure, ensuring proper communication, and asking questions to identify both their interests and the real subject of the disagreement. The second style, known as “evaluative mediation,” sees the mediator instead play a more incisive role in that, through their own expertise, they can help the parties to assess the strengths and weaknesses of their respective positions and

can in fact orient them towards a shared solution to the dispute by making proposals or recommendations;¹⁰ in essence, the mediator “gives advice, makes assessments, states opinions,”¹¹ and thus in some way takes a position with respect to the controversy.¹²

⁹ Although this distinction has been the subject of much debate¹³, it is nevertheless useful, since it clarifies that the mere invitation by a third party (e.g., a Court) to the parties in dispute to attempt to reach an agreement cannot be considered as a form of mediation, which still requires the active work of the mediator. In addition, this distinction allows for the framing and interpretation of a number of EU law provisions.

¹⁰ Second, as is well known, EU legal order is based on complex and intense forms of cooperation between national and EU administrations. This institutional pluralism causes considerable conflict within the administrative system and hence requires the establishment of specific administrative instruments to resolve such disputes.¹⁴ In principle, some resolution mechanisms can resemble mediation schemes, as is the case, for instance, of the activities of the EU Supervisory Authority to settle disagreements between national banking authorities in cross-border situations.¹⁵ However, this topic is out of the scope of this article. In fact, these procedures have peculiarities that exclude them from being discussed jointly with mediation referring to disputes between a private party and an EU institution, body or agency.

2. Mediation as an ADR Scheme of General Application

¹¹ There are two cases in which EU law conceives mediation as an ADR scheme that can be applied to very broad types of disputes. The first, which is enshrined in Article 228 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU),¹⁶ refers to certain functions of the EU Ombudsman,¹⁷ and in particular to the inquiries it conducts following complaints by natural and legal persons in respect to an instance of maladministration. In this context, the Ombudsman can propose solutions to eliminate the instance of maladministration; solutions that, if accepted by the complainant and the EU

administration involved, lead to the closure of the file.¹⁸ Since this topic has been widely studied, reference can conveniently be made here to the relevant literature and case law.¹⁹ However, it should be noted that the Ombudsman deals with numerous complaints every year and in many instances succeeds in finding solutions shared by the parties involved. In addition, while the functions of the Ombudsman in these cases have a number of features in common with “evaluative mediation,” they probably go beyond the definition of mediation itself and could even be considered as particular forms of adjudication. This is confirmed by the full prominence of the Ombudsman (who follows the inquisitorial principle in their inquiries), the consequent minimization of the role of the complainant, and the additional activities that the Ombudsman themselves can carry out if no agreement is reached.²⁰

¹² The second case of mediation as a generally applicable ADR concerns the General Court (hereafter: GC). Pursuant to Article 89(2) of the Rules of Procedure of the General Court (RoPGC),²¹ “the purpose of measures of organisation of procedure shall be to ensure that cases are prepared for hearing, procedures carried out and disputes resolved under the best possible conditions.” More specifically, Article 89(2) RoPGC establishes that “measures of organization of procedure shall, in particular, have as their purpose: [...] d) to facilitate the amicable settlement of proceedings.”²² To this end, under Article 89(3)(e), the Court may, *inter alia*, ask the parties for clarifications and details of the disagreement, in addition to summoning them to meetings.

¹³ These provisions are very concise and have not received much attention in doctrine. For its part, case law on this point is also rather limited. In any case, on the basis of these RoPGC provisions it was argued that “mediation is part and parcel of the Court’s role.”²³ While there is no doubt that these rules express a favour for conciliation, their concise character seems to have a precise meaning. On the one hand, they certainly allow the GC to invite the parties to come to an agreement, without the need to carry out further actions; but, as already mentioned, this cannot be considered a true mediation procedure. On the other hand, these provisions implicitly exclude that the Court may engage in “evaluative mediation,” i.e., that it may, outside the canonical procedure, make assessments of the facts of

the case and the arguments put forward by the parties, give them advice on the settlement of the dispute or make conciliatory proposals. If this is correct, the GC could then only perform a “facilitative mediation” function, ensuring proper communication between the parties, e.g. by helping them identify their real interests in the controversy.²⁴ It must still be added that the vagueness of these procedural provisions corresponds to a wide degree of discretion for the GC, which can then decide whether or not to mediate according to the specific features of the individual case. From this point of view, given that measures of organisation of procedure can be taken by the GC of its own motion or on application by one of the parties (Art. 88(1), RoPGC), it seems appropriate for the Court to act as mediator primarily when this is requested by at least one of the parties.²⁵

- 14 Concerning the way in which the agreement between the parties must be finalised, the point of reference seems to be the provisions on amicable settlement. According to Article 124(1) RoPGC, “if, before the General Court has given its decision, the main parties reach an out-of-court settlement of their dispute and inform the General Court of the abandonment of their claims, the President shall order the case to be removed from the register and shall give a decision as to costs [...], having regard to any proposals made by the parties on the matter.” Article 124(2), however, states that “this provision shall not apply to proceedings under Articles 263 TFEU and 265 TFEU.”²⁶ The fact that the rules on amicable settlement do not apply to actions for annulment and for failure to act is of particular importance here. This means that “no ‘compromise’ can be struck on the legality of an EU measure between the individual bringing the claim and the EU institution which enacted the challenged measure. Once a claim has been brought, it is the CJEU which ultimately decides on the legality of an EU measure [...].”²⁷ Article 124(2), RoPGC thus has a clear consequence for our subject matter: if the parties cannot negotiate the legality of legal acts of EU institutions and bodies, the GC obviously cannot engage in activities aimed at facilitating agreements between the disputing parties that go in this direction.
- 15 As a consequence, only disputes concerning non-contractual damage allegedly caused by the institutions, bodies, offices or agencies of the EU or their servants (Art. 340 TFEU), as well as those concerning

contracts concluded by the European Union, which expressly give jurisdiction to the GC (Art. 272 TFEU), can be the subject of a Court mediation. However, the practice and case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) shows that the GC's role as a mediator can also concern the request for interim measures (although this is not always reflected in the text of the orders, which are generally rather concise).²⁸

- 16 Since the annual reports of the CJEU make no mention of the mediation function performed by the GC, no recent data is available on these aspects.²⁹ All this suggests that the “termination of proceedings by amicable settlements play a negligible role in the reality of the CJEU [...].”³⁰

3. Mediation in Civil Service Disputes

- 17 Various tools are provided for in EU law to facilitate the amicable settlement of staff disputes. Some of these are administrative in nature (Subsection 3.1), while others are managed by the General Court (Subsection 3.2).

3.1. Administrative Tools

- 18 With regard to administrative tools aimed at facilitating the amicable settlement of disputes with EU civil servants, Commission Decision C (2002)601 of 4 March 2002 on the Mediation Service³¹ can be mentioned as an example. With this decision, a service was set up within the Commission that acts, in an independent and neutral manner, “as a facilitator in the settlement of disputes which can arise at work,”³² in the sense of “providing a non-bureaucratic way of resolving problems arising in the workplace in order to restrict, as much as possible, recourse to pre-litigation and litigation proceedings.”³³ The Mediation Service deals with “disputes concerning statutory rights and obligations” and with “relational problems;”³⁴ upon request of the parties, it “endeavors to find lasting, consensus-based solutions.”³⁵ Not much information is available on this issue; however, from the 2016 annual report of the Mediation Service (the latest available online)³⁶ it appears that in that

year the Service handled 177 cases concerning statutory rights and obligations. Out of these, 100 were financial in nature and 77 non-financial, and the Mediation Service was able to provide a solution in 95 % of cases. Without dwelling further on the subject, it can be observed that, at least in certain circumstances, this form of mediation is quite particular, having an essentially preventive function: it is in fact aimed at preventing a given disagreement or malaise on the part of the staff member from becoming radicalized and assuming the guise of a real dispute (which may subsequently need to be resolved through more formalized means).³⁷

¹⁹ It is then worth considering Article 90(2) of the Staff Regulations,³⁸ which provides a specific administrative remedy to resolve disputes between EU administrations and their civil servants: every staff member, within three months, is entitled to lodge a complaint with the “appointing authority” against an act that affects them adversely, “either where the said authority has taken a decision or where it has failed to adopt a measure prescribed by the Staff Regulations.” In turn, the appointing authority must notify the person concerned of its reasoned decision within four months from the date on which the complaint was lodged. If at the end of that period no reply to the complaint has been received, this shall be deemed to constitute an implied decision rejecting it. The admissibility of an action brought by an official against the institution or body to which they belong is conditional on the proper observance of this preliminary administrative procedure (Art. 91(2) Staff Regulations). A similar rule applies to complaints to the EU Ombudsman. This is an administrative remedy (a particular form of internal review) that is decided unilaterally by one of the parties in conflict (i.e., the appointing authority) and that, for the CJEU, has the function of facilitating the amicable settlement of the disagreement.³⁹ However, precisely because it is decided by one of the disputing parties, it is very often of no real use.⁴⁰ Moreover, given that it is a mandatory remedy, it risks being a way to defer access to the CJEU for the complainant and possibly to allow the administration to strategically prepare for the case (e.g., by amending the grounds of the contested decision so as to make it free from censure). In view of these limitations, it has been suggested that this administrative remedy should be transformed into a mediation procedure; a mandatory pre-

litigation phase, which should be entrusted to a third, impartial body.⁴¹

3.2. Judicial Mediation in Staff Litigation

- 20 The RoPGC entrusts the GC with the task of mediating in staff cases and contains specific rules to this end. These provisions were originally laid down in the Rules of Procedure of the Civil Service Tribunal (CST) and found their basis in Article 7(4) of Annex I to the Statute of the Court of Justice,⁴² according to which, “at all stages of the procedure, including the time when the application is filed, the Civil Service Tribunal may examine the possibilities of an amicable settlement of the dispute and may try to facilitate such settlement.” In 2016 these rules were transfused into the RoPGC following the abolition of the CST and the transfer of the relevant competences to the General Court.⁴³
- 21 The analytical nature of this procedural regulation shows that the EU legislator is, in principle, in favour of amicable dispute resolution in this area: since the GC is allowed to perform a conciliatory function in an incisive way, it can certainly be regarded as “evaluative mediation.” The legislator’s favorable stance towards mediation is explained by the specific nature and sensitivity of controversies involving an EU institution or body and its employees.⁴⁴
- 22 Articles from 125a to 125d of the RoPGC formalize mediation by making it somewhat autonomous from court proceedings. To begin with, it is established that the General Court shall instruct the Judge-Rapporteur (assisted by the Registrar) “to seek the amicable settlement of a dispute.” (Art. 125a(2))⁴⁵ To this end, pursuant to Article 125a(3), the Judge-Rapporteur may propose one or more solutions capable of putting an end to the dispute, adopt appropriate measures with a view to facilitating its amicable settlement, and implement the measures which he or she has adopted. The Judge-Rapporteur may require the parties to provide information or briefings and produce documents, invite the parties’ representatives, the parties themselves or any official or servant of the institution empowered to negotiate an agreement to meetings, and may—with their consent—have contact with each of the parties separately. In

this context, if the parties come to an agreement before the Judge-Rapporteur on a solution which brings the litigation to an end, they may request that the terms of that agreement be recorded in a document signed by the Judge-Rapporteur and by the Registrar (a document which constitutes an official record). In this event, the case has to be removed from the register by reasoned order of the President and at the request of a party with the agreement of the other party, and the terms of the agreement reached by the parties must be recorded in the order removing the case from the register.⁴⁶ Finally, it is established that materials produced in the context of the amicable settlement procedure must be placed in a separate file from that of the case file (Art. 125c(1)) and that “No opinion expressed, suggestion made, proposal put forward, concession made or document drawn up for the purposes of the amicable settlement may be relied upon as evidence by the General Court or the main parties in the judicial proceedings.” (Art. 125d.)

- 23 Since the General Court took over the competence for staff cases in 2016, no quantitative information is available on mediation in the CJEU Annual Reports. It can therefore be inferred that this ADR scheme is either not used or is at most of marginal importance. Data is however available concerning the mediation activities of the CST. From 2006 to June 2009, slightly over 5 % of disputes were settled amicably (20 out of 379 cases settled),⁴⁷ while from 2010 to August 2016, the percentage rose to 6.2 % (67 out of 1073 cases completed).⁴⁸ As to the subject matter, in the CJEU Annual Report for 2007, the President of the CST noted that the CST had “identified a number of categories of dispute which would be suitable for amicable settlement” and these included those “whose real solution cannot be found in a legal ruling as such, which would not put an end to the dispute or the conflict giving rise to the proceedings, which is often of a personal nature,” as well as “duplicate cases, following a ‘pilot’ judgment, which could be given the same solution as in that judgment [...].”⁴⁹ However, CJEU Annual Reports concerning the CST show that over time, mediation has affected other types of litigation (e.g., appraisals and promotions) and in particular, although not exclusively, issues with financial implications (pensions and invalidity allowances, social security, remuneration and allowances). On the other hand, based on the data available in 2009, it was observed that

“in a vast majority of cases, the Community institution or organ has not withdrawn—in whole or even in part—the contested decision but has rather accepted a financial arrangement favourable to the applicant.”⁵⁰

4. Mediation in Trade Mark and Design Disputes

- 24 Mediation schemes are also provided for in the EU’s trade mark⁵¹ and design laws⁵² which entrust a central role to the European Union Intellectual Property Office (hereafter: EUIPO). Considerable investment in ADR has been made in recent years.
- 25 Without going into too much detail, it should be recalled that EUIPO is tasked with registering and cancelling exclusive intellectual property rights that are valid throughout the EU (i.e., EU trade marks and Community designs). Proceedings before the EUIPO are of two types: proceedings *ex parte*, where “the applicant addressing a request to EUIPO (in particular applications to register EUTMs and RCDs) is the only party to the procedure and the EUIPO carries out its examination of its own motion;” *inter partes* proceedings, where the applicant for registration or the owner of a trade mark or design “faces an opposition or a cancellation request filed by another party and the EUIPO is, in principle, limited to adjudicating the dispute between those parties on the basis of their claims and submissions”⁵³ (these are opposition, revocation and invalidity proceedings). In essence, in *inter partes* proceedings, the EUIPO is called upon to resolve disputes between private parties.
- 26 That said, the current legislation provides for two types of mediation against decisions taken by EUIPO in *inter partes* proceedings:⁵⁴ conciliation and mediation.
- 27 Conciliation may be proposed by the Office to the parties in opposition, revocation and invalidity proceedings;⁵⁵ likewise, the parties may request the Office (the examiner) to act as conciliator. On this point, according to the instructions of the Executive Director of EUIPO, the Office

“may issue proposals for friendly settlement. As, in principle, the Office cannot... replace the parties, it will only take action in cases where a settlement between the parties appears desirable and if there are good reasons for considering that the proceedings can be ended through a settlement. If expressly requested by the parties, the Office can also offer assistance with their negotiations, for instance by acting as an intermediary or by providing them with any material resources that they need.”⁵⁶

- 28 Conciliation may also take place during the review proceedings conducted by the Boards of Appeal (BoAs) of the EUIPO.⁵⁷ In this regard, it should first be recalled that the BoAs are independent bodies established within EUIPO with the task of settling disputes concerning acts of the Office itself relating to intellectual property rights.⁵⁸ Although the BoAs are administrative in nature, they are considered quasi-judicial bodies by the CJEU, due to their independence and impartiality.⁵⁹ For our purposes, it should be noted that Article 33 of the Rules of Procedure of the BoAs of the EUIPO provides that, in *inter partes* appeal proceedings, one of the parties or the Rapporteur of the case may propose to attempt to resolve the dispute by conciliation.⁶⁰ If all parties agree, the Rapporteur may endeavor to reach an amicable settlement of the dispute, following the rules set out in Articles 33a and 33b of the BoA Rules of Procedure.⁶¹ Alternatively, the parties may decide to use the services of the EUIPO Mediation Centre (with the suspension of the appeal proceedings).
- 29 This leads to mediation, the second ADR scheme envisaged for this area. On the basis of Articles 151(3) and 170 of Regulation 2017/1001, in November 2023 the EUIPO established a Mediation Centre to assist the parties in reaching an amicable settlement, by mutual agreement, of EU trade mark and design disputes.⁶² The rules governing this procedure were adopted in November 2023:⁶³ mediation must be requested jointly by the parties and, in the case that the dispute is already the subject of proceedings (only *inter partes*) pending before the Office, such a joint request results in the suspension of these proceedings. Mediation is conducted by a mediator chosen jointly by the parties from a list drawn up by the EUIPO; the mediator, who must of course act impartially, cannot provide legal advice to the

parties; however, “at the request of all the parties, the mediator may make proposals to resolve the dispute, but it will be for the parties to determine whether to accept these proposals.”⁶⁴ In this context, the parties may also jointly appoint an expert to deliver an opinion “on a specific legal, commercial and/or technical issue on which the parties cannot reach an agreement, impeding the progress of mediation and the amicable resolution of the dispute.”⁶⁵

30 Ultimately, in EU intellectual property law, while conciliation reflects an “evaluative mediation” style, mediation reflects a “facilitative mediation” style, with the parties remaining fully in control of the negotiation (although they can jointly then ask the mediator to make proposals to resolve the dispute).

31 In the latest annual reports of the Office, no data is available on conciliations and mediations conducted in *inter partes* proceedings, however data can be found on the use of ADRs in proceedings before the BoAs. The latter show that the number of requests for mediation and conciliation made before the BoAs has increased steadily over time, to reach 50 in 2023. Moreover, “when parties agree to solve their dispute using ADR mechanisms, they reach a settlement in around 60-75 % of cases. The acceptance rate of such proposals seems to be following the trend of 30 %.”⁶⁶

5. Other mediation scenarios

32 Finally, reference should be made to three other mediation scenarios provided for in EU law. The first concerns the BoA of the EU Chemicals Agency (ECHA). Despite the fact that this is also a largely complex piece of legislation, it seems sufficient to recall that ECHA performs a number of technical/scientific functions aimed at protecting the environment and public health through chemical safety and, to this end, delivers opinions and takes decisions that form the basis for the adoption of Union measures.⁶⁷ Even in this case, some of the acts adopted by ECHA can be challenged by the companies concerned before the BoA established at the same agency.⁶⁸

33 Article 1a of the Regulation on the organisation and procedure of the ECHA BoA, introduced in 2016⁶⁹, states that

“(1) In the interest of the procedure the Chairman of the Board of Appeal may invite the parties to reach an amicable agreement. In that case the Chairman shall appoint a single member to facilitate the amicable agreement. The Chairman shall communicate the decision to appoint a single member to the parties. (2) If the parties reach an amicable agreement, the single member shall close the proceedings and a summary of the amicable agreement shall be published on the website of the Agency. In the absence of an amicable agreement within 2 months from the decision to allocate the case to a single member, the case shall be referred back to the Board of Appeal.”⁷⁰

- 34 This is a form of “facilitative mediation” and its provision has been justified in the following terms: “Drawing on current practice, it is also appropriate to provide the possibility for the parties to find an amicable agreement between them. In order to increase transparency, a member of the Board of Appeal should be appointed to facilitate the amicable agreement [...].”⁷¹ Indeed, the 2016 Annual Report of the Chairman of the ECHA BoA states that settlements “are reached in 31 % of all the cases closed by the BoA,” and reports for previous years show that a total of 15 appeals were amicably settled before the BoA (6 in 2014, 4 in 2015, and 5 in 2016).⁷² However, once the mediation procedure was regulated in 2016, it was no longer used.⁷³ In essence, disputes were settled amicably until a special procedure was established, which provides for the publication of a summary of the agreement.
- 35 The case of the ECHA BoA is also interesting because it underlines the fact that when there is an impartial adjudicator—as is the case of the BoAs—they can act as a mediator even in the absence of a specific regulatory provision which expressly permits this. In other words, it can be considered that “facilitative mediation” is implicit in the adjudicative function of the BoAs.⁷⁴ This is confirmed, for example, by the experience of the Administrative Board of Review (ABoR) set up at the ECB.⁷⁵ The ABoR, which is an independent and impartial body, has the task of conducting, at the request of an interested person, the internal administrative review of the ECB’s supervisory measures and delivers an opinion to the Supervisory Board, which may then decide to abrogate the initial decision, replace it with a decision of identical content, or replace it with an amended decision. Interestingly, in 2015

in two cases “[...] the Board, including its Secretariat, contributed to the resolution of issues to the satisfaction of both the applicant(s) and the ECB, by playing a mediation role between the ECB and the applicant(s).”⁷⁶ However, as these proceedings are confidential it is not possible to gain a more in-depth insight into these cases and the role played by the ABoR.⁷⁷

- 36 Finally, the Complaint Mechanism of the European Investment Bank (EIB) Group should be mentioned. This body is tasked with investigating complaints of maladministration, independently from other EIB offices. When a complaint concerns the social and environmental impact or governance aspects of operations and projects financed by the EIB Group, the so-called extended procedure applies, which in certain circumstances can lead to a mediation process.⁷⁸ In these cases, however, disputes very often have not only legal, but also wider implications; these activities of the Complaint Mechanism thus seem to qualify rather as a form of social mediation,⁷⁹ i.e., a different kind of mediation from those outlined here.

6. Conclusion

- 37 The above considerations and data show that EU legislation on mediation is somewhat fragmented and that the ADR scheme plays a rather marginal role in settling disputes between EU institutions, bodies and agencies and private parties. In fact, regardless of the activities of the Ombudsman, which have their own particular features, mediation is only used to a significant extent in intellectual property disputes regarding *inter partes* proceedings (that involve private rights).
- 38 This situation is the result of various factors. EU administrations generally act according to a strongly legalistic logic;⁸⁰ and in the disputes considered in this article, the legality of acts of EU institutions and body is very often at stake (even indirectly). This represents an obstacle to negotiation and leads institutions and bodies to prefer a judicial decision over an agreed solution.⁸¹ Moreover, it cannot be ruled out that the limited application of mediation also depends on the reluctance of the officials within the EU institutions and bodies to renounce the asymmetry that usually

characterizes their relations with private parties—an asymmetry that vanishes in the context of the mediation procedure.

- 39 As a consequence, for mediation to be used effectively, it is not sufficient for this tool to be established by a legal regulation, but other initiatives are also necessary.⁸² For instance, if the EU legislator wished to encourage the employment of this ADR procedure in some areas it could provide for a mandatory attempt at conciliation before judicial proceedings could be brought. As mentioned, this solution has been proposed in the past for staff disputes, when a change to the current mandatory remedy (which is handled by one of the disputing parties and is generally considered of little use) into mandatory mediation was suggested. Similarly, mandatory mediation could be laid down for certain controversies concerning the compensation of non-contractual damage allegedly caused by EU institutions or bodies and their agents (e.g., when the unlawfulness of an act of an EU institution or body has been established beforehand by the CJEU).
- 40 However, legislative interventions alone are not enough. Indeed, it is unanimously agreed that these dispute resolution techniques, in order to be effective (and to gain the trust of the parties), must be entrusted to people with specific conflict management expertise. Consequently, if the EU institutional system really wanted to invest in mediation, it would also have to provide proper training for the mediators (including, of course, the members of the General Court).⁸³ As can be seen clearly in several passages of the Consolidated Annual Activity Reports for 2022 and 2023, the EUIPO is in fact channeling significant resources into the training of staff with a view to broadening the use of ADR in intellectual property matters. However, no similar efforts are apparent in the other cases examined in this article.
- 41 This shows that the EU legal system, while permitting the use of mediation, does not consider it to have strategic potential in the resolution of disputes involving the acts and activities of EU administrations. This is made amply clear considering that in recent years, despite numerous legislative interventions aimed at reducing the workload of the CJEU,⁸⁴ none of these has led to an effective strengthening of mediation, with the sole exception of those found in

intellectual property law. On the contrary, certain signs of distrust towards this ADR scheme have come to light: as mentioned above, the abolition of the CST resulting in the disappearance of mediation as an ADR in staff disputes.

- 42 That said, however, it cannot be assumed that all disputes are settled by the CJEU.⁸⁵ Indeed, the EU law has turned to other forms of out-of-courts proceedings and, in particular, to administrative remedies.⁸⁶ These are widely employed mechanisms,⁸⁷ through which disputes are decided in a binding manner, on the basis of legal criteria, with acts that can be submitted to the CJEU for review. In essence, through the establishment of administrative remedies, the EU legal system on the one hand facilitates the emergence of disputes with EU institutions and bodies (disputes that under certain circumstances would not be submitted to the CJEU), and this is a positive circumstance,⁸⁸ whilst on the other hand, it restricts the autonomy of the parties who are not allowed to negotiate the outcome of the controversy.
- 43 Despite numerous criticisms of administrative remedies, this solution appears to be consistent with the basic features of EU administrative law.

NOTES

1 Art. 2(a), Directive 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, [2008] OJ L 136/3. For a review of the different definitions of this term, see M. GIACALONE, S. SALEHI, “An Empirical Study on Mediation in Civil and Commercial Disputes in Europe: The Mediation Service Providers Perspective.” *Revista ítalo-española de Derecho Procesal*, vol. 2, 2022, p. 11-54, p. 14-16.

2 Directive 2008/52 ; Directive 2013/11/EU on alternative dispute resolution for consumer disputes, [2013] OJ L 165/63 ; Regulation (EU) 524/2013 on online dispute resolution for consumer disputes, [2013] OJ L 165/1. On this issue, See e.g., C. Esplugues, J. L. Iglesias, G. Palao (eds.), *Civil and Commercial Mediation in Europe. National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge, Anterwap, Portland, Intersentia, 2013 and, more, recently, GIACALONE, SALEHI *op. cit.*

3 See e.g., K.J. DE GRAAF, A.T. MARSEILLE, H.D. TOLSMA, "Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective," in D.C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin, Heidelberg, Springer, p. 589-605, p. 590-592.

4 See Council of Europe, Recommendation on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec (2001)9; European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a better implementation of the existing Recommendation on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, CEPEJ (2007)15; European Commission for the Efficiency of Justice, Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states, CEPEJ (2022)11.

5 See e.g., the essays collected in D. C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2014, especially Part I.

6 For the USA legal order, See e.g., K. BLANKLEY, K. CLAUSSEN, J. STARR, "Alternative Dispute Resolution in Agency Administrative Programs," *Journal of Dispute Resolution*, 2024, p. 1-55.

7 See e.g., S. BOYRON, "Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms," *European Public Law*, vol. 13, 2007, p. 263-288 ; DE GRAAF, MARSEILLE, TOLSMA, *op. cit.* p. 592.

8 See e.g., S. BOYRON, "The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany," *Public Law*, 2006, p. 320-343, p. 267.

9 DE GRAAF, MARSEILLE, TOLSMA, *op. cit.* p. 595-600.

10 See e.g., N. ALEXANDER, "The Mediation Metamodel: Understanding Practice," *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 26, 2008, p. 97-123.

11 L. P. LOVE, "The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate," *Florida State University Law Review*, vol. 24, 1997, p. 937-948, p. 938.

12 *Ibid.*

13 See e.g., ALEXANDER *op. cit.*

14 On this, see e.g., L. DE LUCIA, "Conflict and Cooperation within European Composite Administration (between Philia and Eris)," *Review of European Administrative Law*, 1/2012, p. 43-77.

- 15 Art. 19, Regulation 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (EU Banking Authority), [2010] OJ L 331/12.
- 16 See also Art. 43, Charter of Fundamental Rights of the EU.
- 17 See Regulation 2021/1163 laying down the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties (Statute of the EU Ombudsman), [2021] OJ L 253/1.
- 18 Art. 2(10)(2), Regulation 2021/1163.
- 19 See e.g., C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Process and Procedure in EU Administration*, Oxford, Hart, 2014, Ch. 3 ; H. C. H. HOFMANN, J. ZILLER (eds.), *Accountability in the EU: The Role of the European Ombudsman*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017 ; N. VOGIATZIS, *The European Ombudsman and Good Administration in the European Union*, London, Palgrave, 2018. In case law, see e.g., Cases C-234/02 P, *Mediator v Lamberts*, EU :C :2003 :394, and C-337/15 P, *Mediator v Staelen*, EU :C :2017 :256.
- 20 On this, see P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Non-judicial remedies and EU administration*, London, Nex York, Routledge, 2021, p. 178-185.
- 21 Rules of Procedure of the General Court.
- 22 Note that although the Court of Justice (ECJ) normally acts as an appellate court for decisions of the General Court (Art. 256(2)(2) TFEU), an analogous provision is not laid down in the Rules of Procedure of the Court of Justice.
- 23 S. J. SCHØNBERG, “Coping with judicial overload: The Role of Mediation and Settlement in Community Court Litigation”, *CMLR*, vol. 38, 2001, p. 337.
- 24 See SCHØNBERG *op. cit.*, p. 342 *sqq.*, who lists a number of examples, some of which seem however to be related to “evaluative mediation” activities.
- 25 G. VANDERSANDEN, “Les réflexions disparates d'un praticien du droit communautaire sur le fonctionnement du Tribunal de première instance des Communautés européennes,” in *Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes 1989-1999*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 66-76, p. 69.
- 26 See also Art. 147(2), Rules of Procedure of the Court of Justice.
- 27 EU Parliament, *Study in Pursuit of an International Investment Court*, European Union, 2017, p. 34; in similar terms see SCHØNBERG *op. cit.*, p. 336.

28 See SCHØNBERG *op. cit.*, p. 338, footnote 29 ; F. CASTILLO DE LA TORRE, “Interim Measures in Community Courts : Recent Trends,” CMLR, 2007, vol. 44, p. 273-353, spec. 331.

29 For data in the range of from 1 January 1989 to 6 September 2000 : see SCHØNBERG *op. cit.*, p. 338 sqq.

30 EU Parliament *op. cit.*, p. 34.

31 Decision C (2002)601 has not been published and is only known through reference in other documents. This Decision was reportedly replaced by Commission Decision C (2024)1420 on the Mediation Service and repealing Decision C (2002)601 (also unpublished).

32 Commission document, “2016 General Activity Report of the Mediation Service of the Commission,” Brussels, 26/06/2017, SEC (2017) 323, p. 3 (Online <<https://u4unity.eu/document3/Mediateur-rapport2016en.pdf>>, consulted on 06/19/2025).

33 Case T-688/16, *Janssen-Cases v Commission*, EU :T :2018 :822, para 1.

34 Commission document *op. cit.*, p. 3.

35 *Ibid.*

36 The 2009 annual report of the Mediation Service of the Commission, SEC (2010)734 final, is also available online.

37 On this See e.g., W. L. F. FELSTINER, R. L. ABEL, A. SARAT, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...,” *Law & Society Review*, vol. 15, 1980-1981, p. 631-654.

38 Consolidated Version of Regulation 31 (EEC), 11 (EAEC), laying down the Staff Regulations, [1962] OJ P 45/1385.

39 See e.g., Case C-173/84, *Rasmussen v Commission*, EU :C :1985 :490, para 12 and Case T-766/22, *Canel Ferreiro v Council*, EU :T :2024 :336, para 31.

40 See e.g., EU Parliament, *Administrative procedure in EU civil service law*, Brussel, 2011, p. 20. Online <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453171/IPOL-JURI_NT\(2011\)453171_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453171/IPOL-JURI_NT(2011)453171_EN.pdf)>, consulted on 06/19/2025.

41 On this, see G. VANDERSANDEN, “La procédure et les voies de recours dans le domaine de la fonction publique communautaire,” in I. GOVAERE, G. VANDERSANDEN (eds.), *La fonction publique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, spec. p. 111.

42 Annex I to the Statute was introduced by the Council Decision establishing the EU Civil Service Tribunal (2004/752/EC, Euratom), [2004] OJ L 333/7.

43 Regulation 2016/1192 on the transfer to the General Court of jurisdiction at first instance in disputes between the European Union and its servants, [2016] OJ L 200/137.

44 See e.g., P. MAHONEY, “The European Union Civil Service Tribunal: a specialised tribunal or a special tribunal,” *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 955-970, p. 965-969.

45 On this, See e.g., H. KRAEMER, “The European Union Civil Service Tribunal: a New Community Court Examined After Four Years of Operation,” CMLR, vol. 46, 2009, p. 1873-1913, spec. p. 1896-1900.

46 See e.g., CST, F-78/08, *Locchi v Commission*, EU :F :2009 :56 ; F-142/07, *Kaminska v Committee of the Regions*, EU :F :2009 :52.

47 KRAEMER *op. cit.*, p. 1898 and footnote 155.

48 Elaborations by the author.

49 CJEU, *Annual report* 2007, p. 206.

50 KRAEMER *op. cit.*, p. 1899.

51 Regulation 2017/1001 on the EU trade mark, [2017] OJ L 154/1. On this, see e.g., G. HUMPHREYS, “Mediation at OHIM: an alternative to litigation?,” in ERA Forum. *Journal of the Academy of European Law*, vol. 16, 2015, p. 61-71 ; S. MAGIERA, W. WEISS, “Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the European Union Law,” in DRAGOS, NEAMTU *op. cit.*, p. 489-536, p. 522 sq. ; N. LA FEMINA, “Alternative Administrative Dispute Resolution Methods in the European Union Intellectual Property Office,” in B. MARCHETTI (ed.), *Administrative Remedies in the European Union*, Turin, Giappichelli, 2017, p. 80.55.

52 Council Regulation 6/2002 on Community designs, [2002] OJ L 3/24.

53 D. HANF, “The Trailblazers: The Boards of Appeal of EUIPO and CPVO,” in M. CHAMON, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies*, Oxford, OUP, 2022, p. 60-84, p. 62.

54 The fact that mediation in these cases concerns disputes between private parties explains why reference is sometimes made to Directive 2008/52 : see e.g., the premise of the Decision 2013-3 of the Presidium of the Boards of Appeal on amicable settlement of disputes (Mediation).

55 For oppositions, see art. 47(4), and for revocation and invalidity proceedings, see art. 64(4), Regulation 1017/1001.

56 Decision of the Executive Director EX-23-2 on the adoption of the Guidelines for Examination of EU Trade Marks and Registered Community Designs at the EUIPO, Part C, Section I, Para 1.1.

57 On the previous regulation, see Decision 2013-3 of the Presidium of the Boards of Appeal, and Decision 2014-2 of the Presidium of the Boards of Appeal on the friendly settlement of disputes by the competent Board (Conciliation) ; see also HUMPHREYS *op. cit.* and LA FEMINA *op. cit.*, p. 75-77.

58 See e.g., CHIRULLI, DE LUCIA *op. cit.*, Ch. IV.

59 See e.g., Case T-133/08, Schräder *v* OCVV – Hansson, EU :T :2012 :430, paras 137 and 190. The quasi-judicial nature of the BoAs of the EUIPO was accentuated by Art. 58a of the Statute of the CJEU, that was introduced by Regulation 2019/629, and that established a filtering mechanism for appeals brought before the ECJ against GC decisions concerning the decisions of the BoAs of a number of EU offices and agencies (see more recently Regulation 2024/2019).

60 Decision 2020-1 of the Presidium of the Boards of Appeal on the Rules of procedure before the BoAs.

61 These rules are similar to (but more analytical than) those contained in Arts 125a ff. RoPGC.

62 Decision of the Executive Director of the EUIPO ADM-23-45 REV on the Establishment and Operation of the Mediation Centre.

63 Decision of the Executive Director of the EUIPO EX-23-9 on the administration of mediation processes (“Rules on Mediation.”)

64 Art. 7(4), Decision EX-23-9.

65 Arts 1(4) and 20-24, Decision EX-23-9.

66 Appendix G to the 2023 Consolidated Annual Activity Report of the EUIPO.

67 Regulation 1907/2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency, [2006] OJ L 396/1.

68 Art. 91, Regulation 1907/2006.

69 Commission Implementing Regulation 2016/823 amending Regulation (EC) 771/2008 laying down the rules of organisation and procedure of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency, [2016] OJ L 137/4.

70 Commission Regulation 771/2008 laying down the rules of organisation and procedure of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency, [2008] OJ L 206/5.

71 Recital 5 of Commission Implementing Regulation 2016/823.

72 The annual reports of the Chairman of the ECHA BoA can be found at <<https://echa.europa.eu/it/regulations/appeals>>, consulted on 02/05/2025.

73 It appears from the report for 2018 by the Chairman of the ECHA BoA that the appellant once asked to initiate the amicable settlement procedure, but ECHA refused to follow this route.

74 For the CJEU, see SCHØNBERG *op. cit.*, p. 337.

75 Art. 24, Council Regulation 1024/2013 conferring specific tasks on the EU Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, [2013] OJ L 287/63.

76 ECB Annual Report on supervisory activities 2015, p. 14.

77 Art. 22(2), ECB Decision concerning the establishment of an Administrative Board of Review and its Operating Rules (ECB/2014/16), [2014] OJ L 175/47.

78 On this issue, see the following documents the EIB Group: Complaints Mechanism Principles, Terms of Reference and Rules of Procedure 2012, Complaints Mechanism Policy 2018, Complaints Mechanism Procedures.

79 For some examples, see EIB Group, Complaints Mechanism Report 2023.

80 See however, HARLOW, RAWLINGS *op. cit.*, dealing with the broader phenomenon of so-called Eurolagalism ascribing to it partly different consequences from those described in the text.

81 For example, with regard to staff disputes, in 2009, the President of the CST observed a certain reluctance of the parties (and in particular the institutions) to negotiate and noted that the CST “received the impression, in some cases, that the institutions would only have been prepared to conclude an amicable settlement if they had been convinced that they had committed a wrongful act. However, other, not strictly legal, factors, such as equity, may be taken into consideration to justify the conclusion of an amicable settlement:”, CJEU, Annual Report 2009, p. 187.

- 82 See in general, M. ASIMOW, “Five Models of Adjudication,” *The American Journal of Comparative Law*, vol. 63, 2015, p. 3-31, p. 7.
- 83 See e.g., European Commission for the Efficiency of Justice, Mediation awareness programme for judges, CEPEJ (2019)18.
- 84 See e.g., A. ALEMANNO, L. PECH, “Thinking justice outside the docket: A critical assessment of the reform of the EU’s court system,” *CMLR*, vol. 54, 2017, p. 129-175 ; M. BOBEK, “Preliminary rulings before the General Court: What judicial architecture for the European Union?,” *CMLR*, vol. 60, 2023, p. 1515-1550.
- 85 On this, see R. RAWLINGS, “Complaints system and Eu governance – a new look,” in C. HARLOW, P. LEINO, G. DELLA CANANEA (eds.), *Research Handbook on EU Administrative Law*, Cheltenham -Northampton, Edward Elgar, 2016, p. 490-517, p. 492 *sqq*.
- 86 On this point, it should be recalled that according to the CJEU, “the object of an administrative remedy, whether optional or not, is to enable and encourage the amicable settlement of differences arising between the person concerned and the administration in order to avoid litigation:”, Case C-326/16 P, *LL v Parliament*, EU :C :2018 :83, para 25.
- 87 See data reported by CHIRULLI, DE LUCIA *op. cit.*
- 88 *Ibid.*, p. 271 *sqq*.

ABSTRACTS

English

This paper briefly illustrates a number of the provisions of EU law on mediation relating to disputes between private parties and the institutions, bodies, offices and agencies of the European Union. Based on the data available, an attempt is then made to undertake an initial assessment of the actual use of the mediation procedures analyzed and the role of mediation in the EU legal system.

Français

Cet article illustre brièvement un certain nombre de dispositions du droit de l’Union européenne relatives à la médiation dans les litiges entre personnes privées et institutions, organes et organismes de l’Union européenne. Sur la base des données disponibles, l’auteur suggère une évaluation de l’utilisation réelle de ces procédures, et du rôle de la médiation dans le système juridique de l’Union.

INDEX

Mots-clés

médiation, accord à l'amiable, règlement extra-juridictionnel des litiges, droit administratif européen, cour de justice de l'union européenne

Keywords

mediation, amicable settlement, out-of-court dispute settlement, EU administrative law, EU court of justice

AUTHOR

Luca De Lucia

Professeur en droit administrative européen – Université de Salerne

IDREF : <https://www.idref.fr/14778770X>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000396305054>

The role of the Ombudsman within the Japanese Local Government System: The Example of Kawasaki City

Shunsuke Kimura

DOI : 10.35562/droit-public-compare.681

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction

1. Overview of the Japanese Administrative System

- 1.1. Japanese Administrative Dispute System
 - 1.1.1. Administrative case litigation system
 - 1.1.2. Administrative appeal system
 - 1.1.3. Grievance system
- 1.2. Japanese local government system

2. National and international frameworks of the Japanese Local Ombudsmen

- 2.1. Public ombudsman among governmental sectors
- 2.2. Characteristics of the Japanese Ombudsman from an International Perspective

3. Evaluation of the Japanese Municipal Ombudsmen

- 3.1. General Statement
- 3.2. Areas covered by Japanese local ombudsmen

4. The Kawasaki ombudsman system: general observations

- 4.1. General functioning
- 4.2. Interview with the Ombudsman
 - Trends of the complaints filed in recent years
 - Issues of the Ombudsman System
 - Future Role of the Ombudsman System

5. Interrelationships between the three administrative dispute systems in Kawasaki city

- 5.1. General trends of the administrative dispute system
- 5.2. Interrelationships between illegality, unjustness and inadequateness
 - 5.2.1. The point of view of the Ombudsman (interview)
 - 5.2.2. Cases study
 - Case 1 (2023)
 - Case 2 (2022)
 - 5.2.3. Discussion

6. Conclusions

TEXT

Introduction

- 1 How could an ombudsman be generally defined? According to Fawcett,¹ an ombudsman speaks for the interest of Parliament and the people; it is a form of administrative review conducted through hearings, investigating complaints and inquiries. Considering the state of the art, the ombudsman system has its roots in the basic principle of human rights protection and its essence in monitoring administrative agencies by directly receiving the claims of the citizens.
- 2 Within this conceptual framework, this paper analyses the functions of the Japanese Ombudsman system from the perspective of public policy studies, considering the cultural characteristics of Japan. It raises a set of questions. Firstly, has the Ombudsman system fulfilled a meaningful function in the Japanese administrative dispute system? Adopted only by some local governments since 1990, the institution of the Ombudsman has not been very prominent and widespread among local governments to date. Considering this fact, this article tackles a second main issue: why did the introduction of the system not spread remarkably, except in some municipalities? Are there any structural problems in Japanese local administrative system that may be hindering the spread of mediation?
- 3 Since there are not enough accumulated researches on the division of functions between the ombudsman system and the traditional administrative dispute system in Japan, this study aims at contributing to the international comparative research on that matter.
- 4 Due to the very limited literature on Japanese Ombudsmen, the methodology of this research had to include original statistics mainly based on an interview organized with Yoshinori Tomita, Kawasaki Citizen Ombudsman (Representative Ombudsman) and Kikuko Seino (Ombudsman) on 28 June, 2024.²

- 5 Indeed, in Japan, as previously mentioned, there is no ombudsman set up by the national government under national law. Instead, approximately 5,000 administrative advisors³ have been established nationwide to provide consultations on matters of a considerable practical nature. On the other hand, at the end of March 2015, 71 local governments have had set up an ombudsman (hereafter: “Municipal ombudsman”).⁴ The activities of Municipal ombudsmen have led to more significant administrative grievance handlings and administrative improvements, such as institutional reforms through ordinances and regulations improving the way local governments implement their policies. Specifically, among Municipal ombudsmen in Japan, Kawasaki city was the first local government to establish an ombudsman in 1990: this year has played a leading and representative role among municipalities nationwide. Akira Hamasaki evaluates the city's role, stating that Kawasaki City has strengthened its operational system by placing specialized investigators who carry out complaint investigations and surveys together with the ombudsman.⁵
- 6 That is why this city has been selected as the subject of this study, without ignoring its limit. Indeed, more surveys on the efforts made by other Municipal ombudsmen are needed in the future in order to reduce the versatility of our results. Furthermore, in examining the status and functions of the Japanese ombudsman system, a quantitative analysis made on a Report “on the Public Ombudsman System in Local Governments” is also very useful.⁶
- 7 As the Japanese ombudsman system is closely related to the administrative dispute system and the local administration system, our study requires a previous general overview (1). A framework of the Japanese municipal Ombudsman model is then provided, from both national and international perspectives (2). In the third section, the article evaluates broadly the Japanese model of local ombudsmen (3), before tackling the specific case of Kawasaki city both in a general way (4) and through the specific and crucial issue of the interrelationship between the ombudsman, the court litigation and the administrative appeal systems in this city (5). Eventually, the conclusions suggest both explanations of the data gathered and recommendations for the future (6).

1. Overview of the Japanese Administrative System

1.1. Japanese Administrative Dispute System

- 8 In Japan, the entire system under which individuals seek redress against administrative activities is referred to as “administrative dispute system”. It consists of the following three subsystems: the administrative case litigation system, the administrative appeal system and the grievance system. The ombudsman system falls within the third one (See Table 1-1).

Table 1-1 The three Administrative Dispute Systems of Japan

System	Subject of judgment	Contents of the petition	Conclusion	Legal basis for the system
Administrative Litigation Court		Illegal / Legal	Court Rulings	Administrative Litigation Act
Administrative Appeal	Agency (Most senior Administration Office (principle))	Illegal / Legal Unjust / Just	Adjudication	National Act Administrative Appeal Act
Ombudsman (Grievance)	Ombudsman (Ancillary body of executive body of local government)	(Illegal / Legal) (Unjust / Just) Inadequate / Adequate (Administrative justice and Grievance resolution)	Recommendation	Bylaw

Created by the author

1.1.1. Administrative case litigation system

- 9 The administrative case litigation system seeks to correct illegal administrative actions through judicial decisions and to provide relief for citizens whose rights and interests have been infringed by illegal administrative actions. The subject matter of the lawsuit is an

administrative provision. A provision by an administrative agency is considered to be an act made by a national or local government, which is a public authority legally authorized to directly regulate the rights and obligations of the citizens or to determine the scope of such rights and obligations. The subject of the lawsuit is the illegal administrative action, and a sentence is reached by a court decision.

- 10 Given this context, what is the role of mediation within the Administrative case litigation system?⁷ In Japanese administrative litigation, the prevailing view states against mediation. First of all, Administrative provisions are made by administrative agencies with an authority based on laws and regulations, in the exercise of public power through unilateral decisions. Therefore, an administrative agency's obligation to revoke, change, or make a new administrative provision by contract signed up with a private party is contrary to the essence of administrative law. Secondly, since the existence or non-existence of illegality of an administrative provision should be judged objectively in light of laws and regulations, and cannot be changed by a contract between an administrative agency and an individual, a settlement between an administrative agency and a plaintiff that revokes or changes a provision seem “unnatural” from a litigation perspective. In other words, the prevailing view is that such settlements are not permissible.
- 11 However, this general view does not mean that the national and local governments are totally unwilling to accept settlements. According to the statistics published by the Supreme Court, there were 20 judicial settlements out of a total of 2.034 administrative cases during the fiscal year of 2009. In addition, there are also cases where, depending on the course of litigation, the defendant (administrative agency) realizes the illegality of the case and resolves the plaintiff's grievance by rescinding, changing, or redispensing the original provision outside of litigation, followed by a “*de facto* settlement” in which the plaintiff withdraws from the lawsuit. Of the 2,034 administrative cases previously referred to, 350 were terminated that way.

1.1.2. Administrative appeal system

- 12 Administrative actions must be in conformity with the law and in conformity with public interest purposes. However, in reality, there

are cases in which administrative actions are not in conformity with the law (*illegal*) or do not meet the public interest objectives (*unjust*). When not only an illegal but also an unjust administrative action is taken and the rights and interests of the people are infringed by it, it is necessary to correct the administrative action and provide relief to the people concerned. As a method of achieving this, the Administrative appeal system is an *ex-post* relief procedure incorporated into the administrative process.

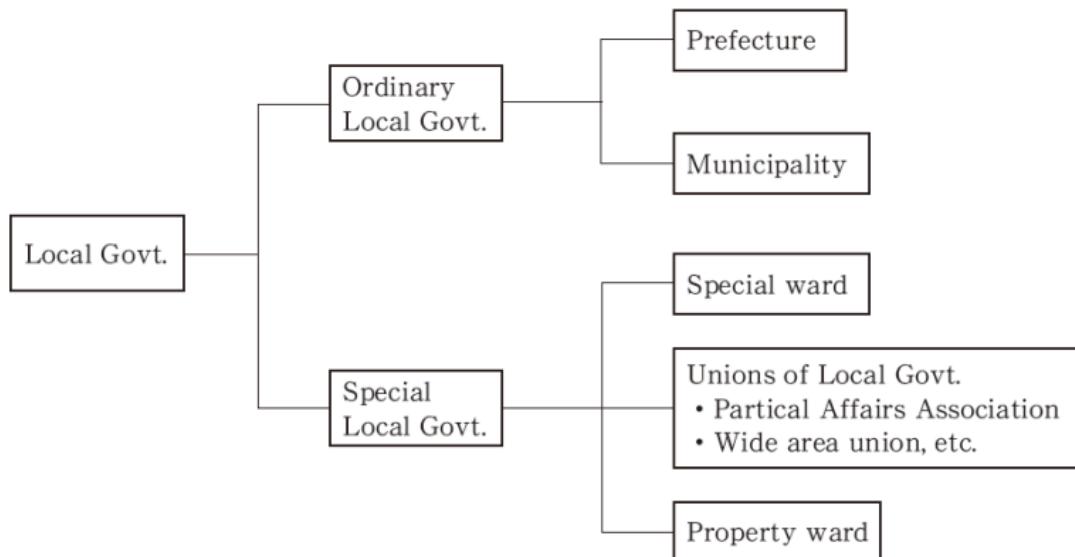
1.1.3. Grievance system

- 13 In this system, a government agency takes some action after hearing complaints from the public about its *inadequate* operations. Here, there is no legal obligation on the part of the administrative agency to handle the complaints. Even if some action is taken, the action is not legally binding. Thus, the grievance system is flexible and easy to use, and disputes between citizens and administrative agencies can often be resolved if the administrative agency hears the complaints and makes appropriate improvements.
- 14 The ombudsman falls within this system. Institutionally, it can deal with illegal or unjust issues, but in practice, it deals more often with the issue of *inadequate* administrative action to achieve administrative justice and resolve complaints about the administrative action in question (See Table1-1 above).

1.2. Japanese local government system

- 15 In Japan, there are two types of local governments: ordinary local governments and special local government. The latter includes wide-area organizations set up for specific purposes, while the former plays a major role (See Figure1-1).
- 16 Prefectures and municipalities are specified in the Local Autonomy Law as the two basic types of local authorities. Japanese local autonomy system adopts a two-tier system: prefectures at regional level, the municipalities being the remaining basic local government units.⁸ In April 2024, there were a total of about 1,700 local governments, 47 prefectures and 1,724 municipalities (See Table 1-2).

Figure 1-1 Types of Local Governments in Japan



Created by the author

Table 1-2 Number of Local Governments in Japan

Kind of Local Government			Number (1st Apr., 2024)
Prefecture	To	Tokyo	1
	Do	Hokkaido	1
	Fu	Kyoto, Osaka	2
	Ken	All others	43
	Total		47
Municipality	City	Designated City	20
		Core city	62
		(Remaining) Special City (*)	23
		Other city	687
	Town		743
	Village		189
	Total		1,724

Created by the author

2. National and international frameworks of the Japanese Local Ombudsmen

¹⁷ The ombudsman can be divided by nature into private ombudsman⁹ and public ombudsman.¹⁰ This paper will focus on the public ombudsman. Public ombudsman focuses on remedying cases in which citizens have had their rights and interests violated by the actions of government agencies and others, with the goal of improving public administration.

2.1. Public ombudsman among governmental sectors

¹⁸ Reif describes three types of ombudsman: legislative ombudsman, executive ombudsman, and hybrid ombudsman.¹¹ Public ombudsmen can first be divided into two types: legislative-branch type and executive-branch type. The legislative branch type is based on Parliament and is tasked with resolving disputes between the executive branch and the public; U.K. and New Zealand are examples of this category.¹² The executive branch type is based on the authority derived from the executive branch and is also tasked with mediating between citizens and the executive branch (in other words, mediating and resolving disputes between citizens and the executive branch); the french *Médiateur de la République* (now named “Défenseur des droits”) is an example of this type.

¹⁹ In Japan, nowadays, there is no parliamentary ombudsman, neither at national level nor within the local governments. The executive ombudsman does also not exist at national level, but it does in some local governments (See Table 2-1).

Table 2-1 Public ombudsman system among Japanese governmental sectors

	Ntional Government	Local Governments
Executive Branch Type	—	Several organizations have set up; 71 LGs
Legislative Branch Type	—	—

Created by the author

- 20 Why is that so? The structure of the Japanese executive branch provides a background. The following two basic points should then be noted.
- 21 Firstly, Japanese local autonomy is based on the general authorization principle rather than the restrictive enumeration principle of subject-matters falling within local governments. The Local Autonomy Law provides that “ordinary local governments deal with their affairs in their region”, and confers a general authority on prefectures and municipalities, which are legally referred to as the “ordinary local governments”. By using this general power, in addition to powers authorized by separate laws, prefectures and municipalities act as comprehensive administrative bodies to perform various activities that are considered necessary for the citizens of these regions.
- 22 Secondly, there are two main branches of an ordinary local government. One is the legislative branch that makes decisions on the budget and local ordinances. Prefecture councils and municipal councils fall under this heading. The second is the executive branch that carries out the policies decided upon by the legislative branch. Governors of prefectures and mayors of municipalities fall under this heading. Japanese local governments use this dual representative system, in which both council members and head of local government (governor or mayor) are directly elected by residents, and both perform their duties while maintaining an independent and equal stance, acting as checks on each other to achieve democratic local public administration.

23 The chief executive of a local government ensures the overall consistency of all government operations and is empowered to act as the government's representative to the outside world. Among the powers held by the chief executive, some important ones are the right to enact regulations, to prepare budgets, to propose bills, and to appoint or dismiss staff. In Japanese local administrative system, it is generally assumed that the chief has a significant authority over the council because it has the exclusive right to propose the budget, to veto the decisions of the local council and to dissolve the council as a countermeasure against a vote of non-confidence.

24 This combination of the generalized power of local governments and a chief-dominated dual representation resulted in an ombudsman system only set up by executive chiefs, and never by councils. This sums up the general framework of Japanese local ombudsmen that are gradually developing. Hamasaki defines Japanese executive ombudsman as

“an ombudsman which accepts complaints and grievances concerning disadvantages of citizens caused by administrative activities or actively deals with issues that may affect all citizens on his or her own initiative. It watches over administrative activities from a fair and neutral standpoint *vis-à-vis* administrative agencies. It is a control device protecting and remedying the rights and interests of citizens, gaining citizens' understanding and cooperation with the administration and ensuring that the activities of the administration are based on citizens' sovereignty, through making requests, recommendations and expressing opinions”.¹³

25 This definition appears to be accurate when looking at the on-going functions of local government ombudsmen, such as Kawasaki City. Since the Japanese ombudsman system is required to enhance citizen participation, it can be evaluated as being compatible with the executive type Ombudsman, together with the fact that it fulfills the same function than the executive body. In our view and regarding Reif's categories previously mentioned, the Ombudsman of Kawasaki city is a hybrid ombudsman¹⁴ since it exercises a considerable degree of influence over the mayor's department.

2.2. Characteristics of the Japanese Ombudsman from an International Perspective

- 26 What are the characteristics of the Japanese ombudsman system that are striking from an international perspective?
- 27 First of all, contrary to other countries, there is no national ombudsman system in Japan. Why is that so? As far as legislative ombudsman is concerned, according to Ikemura, “in a national context of divergent public attitudes and values, it is believed that (...) the legislature does not necessarily provide a path to reasonable resolutions”. Regarding the executive ombudsman, the Ombudsman is somewhat similar to the national system of administrative advisor. Indeed, around 5,000 advisors have been established nationwide. However, they have not been able to exercise a strong authority because (a) they have jurisdiction over administrative complaints only against the national government, (b) they do not have the authority to independently investigate or make recommendations, and (c) they cannot deal with specific matters, such as juveniles, police, environment, construction, or information and data protection.¹⁵
- 28 Secondly, Japan has a system of three-tiered citizen remedies. By contrast, the parliamentary systems set up in the majority of European countries is strongly characterized as confrontational, in the sense that it involves political tensions between the legislative and the governments, involving a Parliamentary oversight over the executive branch. Bousta brings up these political considerations, that are at the heart of the majority of the existing definitions of the Ombudsman: “the political tension between Parliament and government is at the heart of this idea: the ombudsman is defined as an instrument of parliamentary control¹⁶”. By providing a critical analysis of the existing definitions that are focused on political and constitutional considerations, powers, and role, Bousta recommends that the ombudsman should rather be viewed in terms of function (mediation), and other derivative tasks.¹⁷ This proposal allows then a comprehensive approach of the ombudsman system, independently from its historical development over the years and countries.

- 29 Indeed, the relationship between parliament and government involves an important third party: the citizen. Fundamentally, the ombudsman's special powers empower citizens through, for example, the ability to access administrative documents. Thus, contrary to the majority of European Ombudsmen, the Japanese municipal ombudsman is based on a three-tier structure. For the relief of citizens, each system targets different subjects: administrative lawsuits for *illegality*, appeals for *unfairness* and ombudsman for *complaints* as shown in Table 1-1 above.
- 30 These characteristics are also influenced by the Japanese court system. With the enforcement of Japan's new constitution in 1947, the administrative courts that had been established until then were abolished, and the ordinary courts assumed jurisdiction over not only civil disputes, but also administrative disputes. With this change, it became a very high hurdle for ordinary citizens to raise their grievances against administrative agencies in the form of disputes, within a background that they had little experience on.
- 31 On the other hand, the normative factor played by the ombudsman system became a valuable complaint resolution function. Vitale describes it as follows:
- "in fact, the normative factor is of crucial importance in the action of the Ombudsman, and this marks a similarity between this institution and that of the Judge. [...] Yet, unlike the Judge, the Ombudsman is the interpreter of an expectation of justice that sometimes results in a different interpretation or application of existing laws, other times it requires overcoming them. Finally, the Ombudsman, unlike the Administrator and the Judge, cannot impose its decisions, but can only carry out activities of influence and persuasion to the parties involved through recommendations, exhortations or through the publication of reports addressed to the political authorities."¹⁸
- 32 From the citizens' perspective, the proximity of the municipalities with their daily lives, combined with the normative factor of the ombudsman system, made the municipal ombudsman a unique institution among the three-tier system of citizen relief.
- 33 Finally, as previously mentioned, the municipal ombudsman system was adopted by 71 local governments. Sowa describes it as a system:

“[...] in which an individual (often a university professor or a lawyer) with a certain degree of independence within a local government is appointed as an ombudsman. They receive the opinions and requests of citizens, conduct investigations, and make recommendations for improvement. It is not *stricto sensu* a procedure, such as the administrative appeals system.”¹⁹

- 34 Sowa also gives the following assessment:

“the system is not as rigid as the administrative appeals system and can be used easily by citizens. Compared to the grievance system, this system is more independent and neutral, and is therefore more likely to gain the trust of citizens. If an ombudsman (ombuds person) can be hired, it is likely to become a meaningful system that is easy for citizens to use.”

3. Evaluation of the Japanese Municipal Ombudsmen

3.1. General Statement

- 35 Reif described the municipal ombudsman in these terms:

“municipal government bureaucracy plays a role in the lives of many urban residents. Given increased levels of urbanization worldwide, municipal government bureaucracy is a reality for millions. The concept of the municipal ombudsman has become increasingly popular over the past few decades to give city residents a vehicle for submitting complaints about municipal maladministration, and having their concerns investigated fairly and supported when justified.”²⁰

- 36 What the author points out here applies well to Japan, since Japanese local governments provide a wide range of administrative services. But what are the statuses of the municipal ombudsmen within the local governments? They are distributed as follows: 12.8 % in prefectures,²¹ 20.0 % in designated cities²², and 3.5 % in other

municipalities (See Table 3-1). Among local governments, the *ratio* of ombudsmen in designated cities is remarkably high.

Table 3-1 Status of the ombudsmen among local

Local Government	Organization implemented Ombudsman	Total	Share (%)
Prefecture	6	47	12,8
Designated City	4	20	20,0
Municipality	61	1 724	3,5

Created by the author

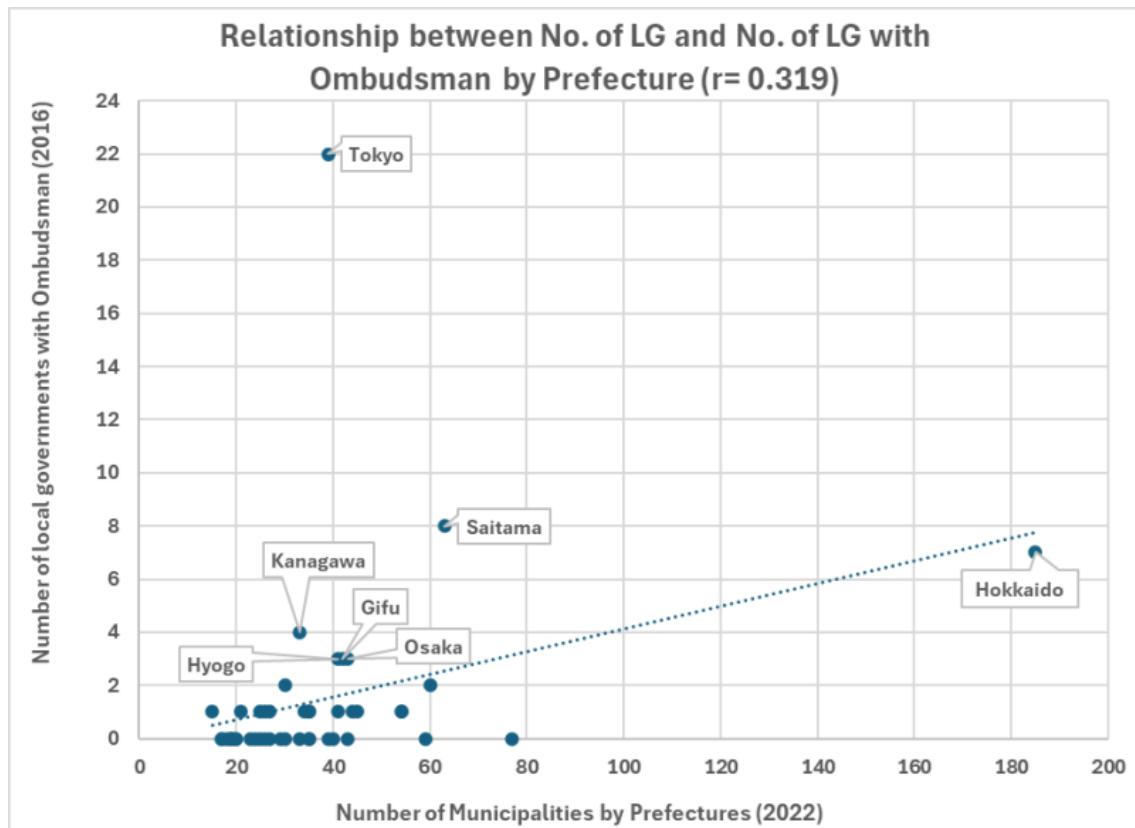
37 Two important comments can be added.

38 Firstly, the *ratio* between the number of all municipalities and local government's Ombudsmen is as follows. The correlation coefficient is 0.319, which is not significant. The number of local ombudsmen is remarkably large in Tokyo.²³ Saitama and Kanagawa Prefectures have a large number of ombudsman organizations relative to the number of municipalities in those prefectures (See Figure 3-1).

39 Secondly, the *ratio* between the population and the number of organizations with an ombudsman by prefecture reveals the following. The correlation coefficient is 0.789, indicating a certain degree of positive correlation. The number of local ombudsmen is remarkably large in Tokyo. In addition, the number of organizations settled in highly urbanized areas, such as Saitama and Fukuoka prefectures tends to be higher. However, among prefectures with similar population size, there are large differences in the number of ombudsmen, and this number is not necessarily proportional to the population (See Figure 3-2).

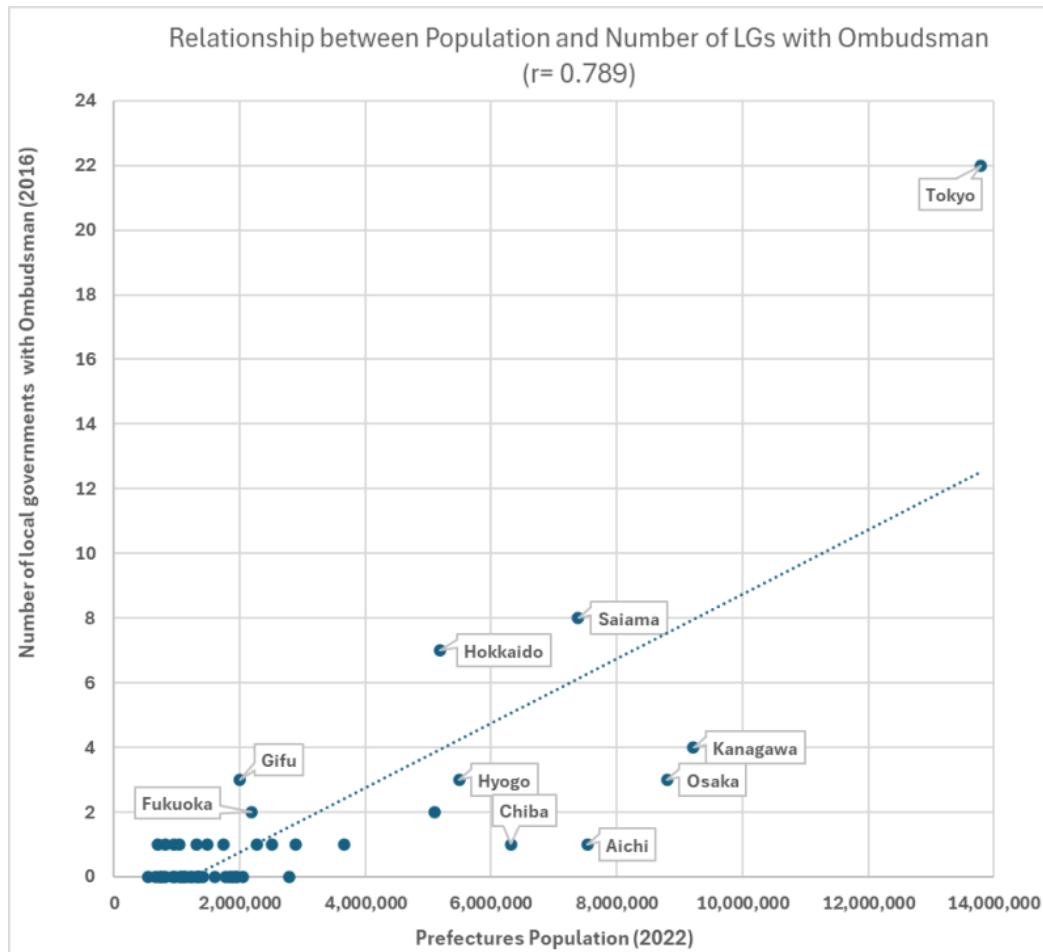
- 40 Generally speaking, it can be said that the diffusion of the ombudsmen within the local governments is not yet well-established.

Figure 3-1 Ratio between number of all municipalities and number of local governments' ombudsmen by Prefecture



Created by the Author

Figure 3-2 Ratio between population and number of local governments' ombudsmen by Prefecture



Created by the Author

- 41 This finding is quite surprising for Japan. Indeed, even if internal organization of local governments may vary according to their policies, in general, a high degree of uniformity in the content of local government administrative services is one of the characteristics of Japanese local governments. In this regard, The Japanese Council of Local Authorities for International Relations states that

“although prefecture and municipal governments in Japan have various populations and sizes, basically they are all given the same powers and deal with the same affairs. Furthermore, many aspects of their organization are provided for by laws such as the Local Autonomy Law or, as in the case of the direct public election of local heads of government, based on the Constitution. Consequently, local

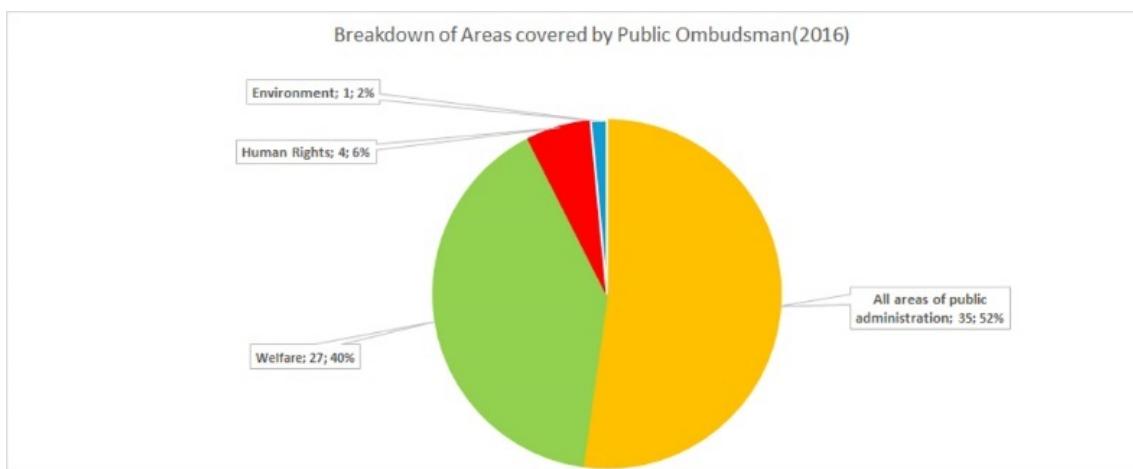
governments in Japan are strongly uniform in both their organization and their administrative operations. Part of the reason for this is a strong feeling that administrative services provided by local governments should, like those provided by the central government, be uniform in their contents and standards in every region of the country.”²⁴

- 42 By contrast, there is a high diversity of situations regarding the implementation of Ombudsmen by local governments as shown above in Table no. 1-4.

3.2. Areas covered by Japanese local ombudsmen

- 43 Despite this diversity of situation, the existing local ombudsmen share the same areas of activities. In 2016, the comprehensive tasks represented the largest number of cases (35,52 %), while the specific matters were distributed as follows: 27,40 % for welfare, 4,6 % for human rights, and 1,2 % for the environment (See Figure 3-3).

Figure 3-3 Breakdown of areas covered by public ombudsman



Created by the Author

- 44 How can this situation be explained? The ombudsman system can flexibly handle any case of administrative dispute. Its advantage is that the subject-matter is not limited to administrative provisions (administrative acts involving changes in individual concrete rights and obligations), as it is the case with administrative case litigation

and administrative appeals. For this reason, the “summary type,” which can handle any kind of complaint, is often adopted.

- 45 On the other hand, there are a certain number of ombudsmen designed for specific fields. Indeed, it can be understood that a specialized ombudsman is needed for areas such as welfare, human rights, and the environment, where citizens are compelled to respond very sensitively to phenomena and problems that are currently occurring.

4. The Kawasaki ombudsman system: general observations

- 46 As stated previously, Kawasaki was the first organization among designated cities to introduce an ombudsman system in 1990,²⁵ and it has played a pioneering role.

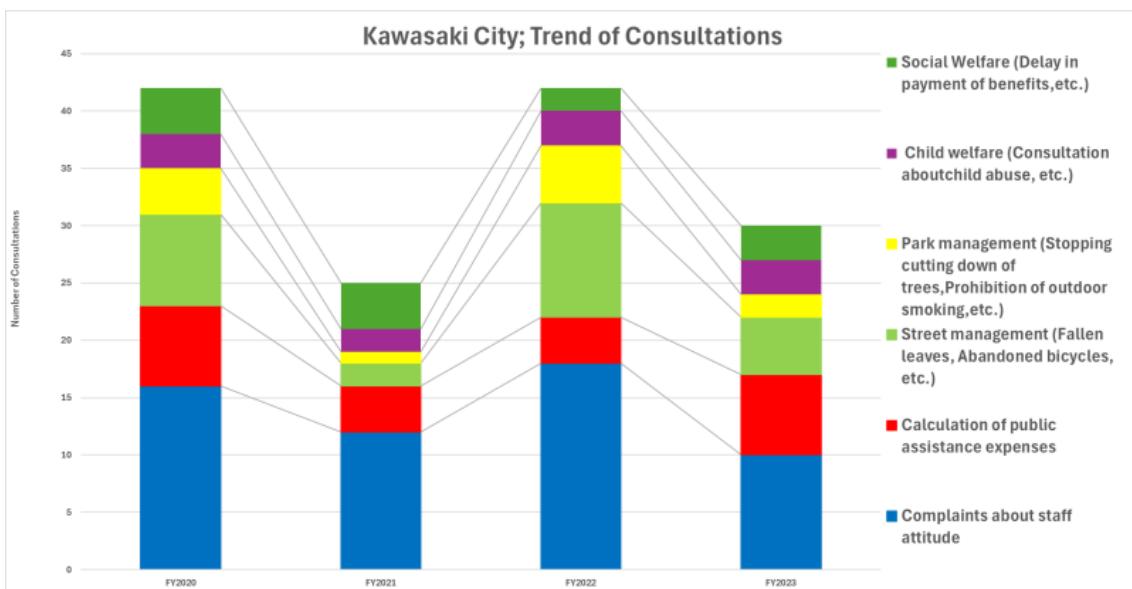
4.1. General functioning

- 47 The Kawasaki City Ombudsman was established under article 138-4, Paragraph 3 of the Local Autonomy Law, as an attached body of the mayor (with an ordinance as its legal basis). According to the ordinance, the mayor’s appointment of the ombudsman requires the consent of the majority of council members. Indeed, a group of experts set up by the city made recommendations emphasizing the need for the ombudsman to be independent. The ombudsman can thus obtain legitimacy for his/her activities based on the consent of the council, and he/she can operate by being independent from the administrative organization, although he/she is an attached body of the chief executive. The Ombudsman has a fixed number of three members and serves a term of three years; judges, lawyers and legal researchers are commonly appointed.

- 48 Trends for the past four years (that is, since fiscal year 2020) are as follows. Firstly, complaint about staff attitude has been consistently the most frequent.²⁶ Secondly, the three areas consistently accounting for a large percentage of complaints are calculation of public assistance expenses and management of streets and parks (See Figure 3-4).

- 49 Many complaints deal with the *inadequateness* of the response of administrative agencies involving administrative services related to the daily lives of the citizens.

Figure 3-4 Trend of consultations



Created by the Author

4.2. Interview with the Ombudsman

- 50 As a result of our interview,²⁷ the following points can be identified as characteristics of the Kawasaki ombudsman system.

Trends of the complaints filed in recent years²⁸

- 51 In the past 5 years, there have been generally some new complaints related to Covid-19, with a slight increase or decrease in the number of complaints filed per year depending on the period of the pandemic. The content of the complaints was about the staff, followed by those related to welfare, such as public assistance, child welfare and social welfare. In the last couple of years, complaints about road management, park management, and other public property have increased.

- 52 If the complaints received are worth investigate, the Ombudsman will seize the relevant competent divisions and conduct hearings based on their responses, in order to confirm the facts. Once the facts have been checked, the Ombudsman will determine the reasonableness of the act or statement. Although the Ombudsman is a municipal agency attached to the mayor, it has an impartial and neutral standpoint as a third-party organization, bearing in mind that it is an advocate for the rights and interests of citizens.

Issues of the Ombudsman System²⁹

- 53 It has been 33 years since the Citizen Ombudsman System was enacted. During this time, changes have been seen in the nature of government, and the number of operations that are not directly executed by city departments has increased due to the outsourcing of operations, public establishment and privatization, etc. Furthermore, as the operations themselves have become more segmented, they are not being handled by specific departments.
- 54 As a result, the work itself has become more segmented, and there are circumstances in which a single department is not able to solve the problem. For this reason, it has become difficult for the Ombudsman to obtain a full picture of the content of a complaint unless he or she conducts hearings with multiple departments. This tends to lengthen the number of days required to process each complaint investigation.
- 55 For instance, the contract department and the business department of the city only deal with the matters falling within their respective scope, and there is no common section that comprehensively inspects and provides consultation on business content and contracts. The persons interviewed believe that in the process of investigating complaints, this has created a burden on the competent bureaus and a delay in resolving complaints.

Future Role of the Ombudsman System³⁰

- 56 The city has the following policy and credo: “there is always room for improvement in a system where there are complaints.” In the rapidly changing domestic and international situations, the city government

is also required to be flexible in its responses. The citizen ombudsman system aims to achieve an “open city government,” and the persons interviewed believe that it will continue to fulfill this role even when lifestyles, attitudes, and values change. For this reason, to the Ombudsman’s point of view, its role will become increasingly important when the diversity of citizens is respected.

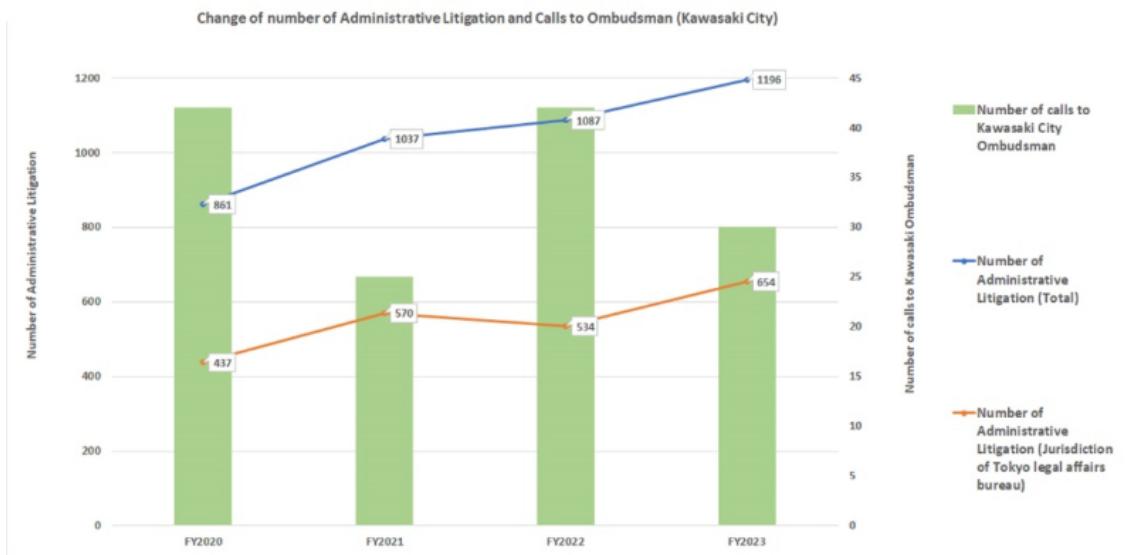
- 57 As a third-party organization independent from the city organization, the Ombudsman will act from a fair and neutral standpoint in order to protect the interests of citizens, and will continue to perform the functions of administrative monitoring and improvement. The persons interviewed believe that this is expected to contribute to the further development of the city government and to the realization of the citizens' trust in it.

5. Interrelationships between the three administrative dispute systems in Kawasaki city

5.1. General trends of the administrative dispute system

- 58 Generally speaking, the number of administrative case lawsuits is on the rise nationwide. Moreover, the number of administrative case lawsuits in the Tokyo jurisdictional area³¹ tends to increase more than the national trend.³² Compared to these trends, the number of calls to the ombudsman has not shown a constant increasing or decreasing, although a considerable number of cases are generated each year (See the bar chart of Figure 3-5).
- 59 How can this situation be explained? Compared to administrative case lawsuits, claims addressed to the ombudsman are related to the inadequateness of the administration (e.g. the inadequate attitude of officials toward citizens) and the routine nature (administrative services related to daily life), suggesting that they are not affected by major trends in the socioeconomic situation. In other words, the ombudsman system is a function of an administrative body that is always needed.

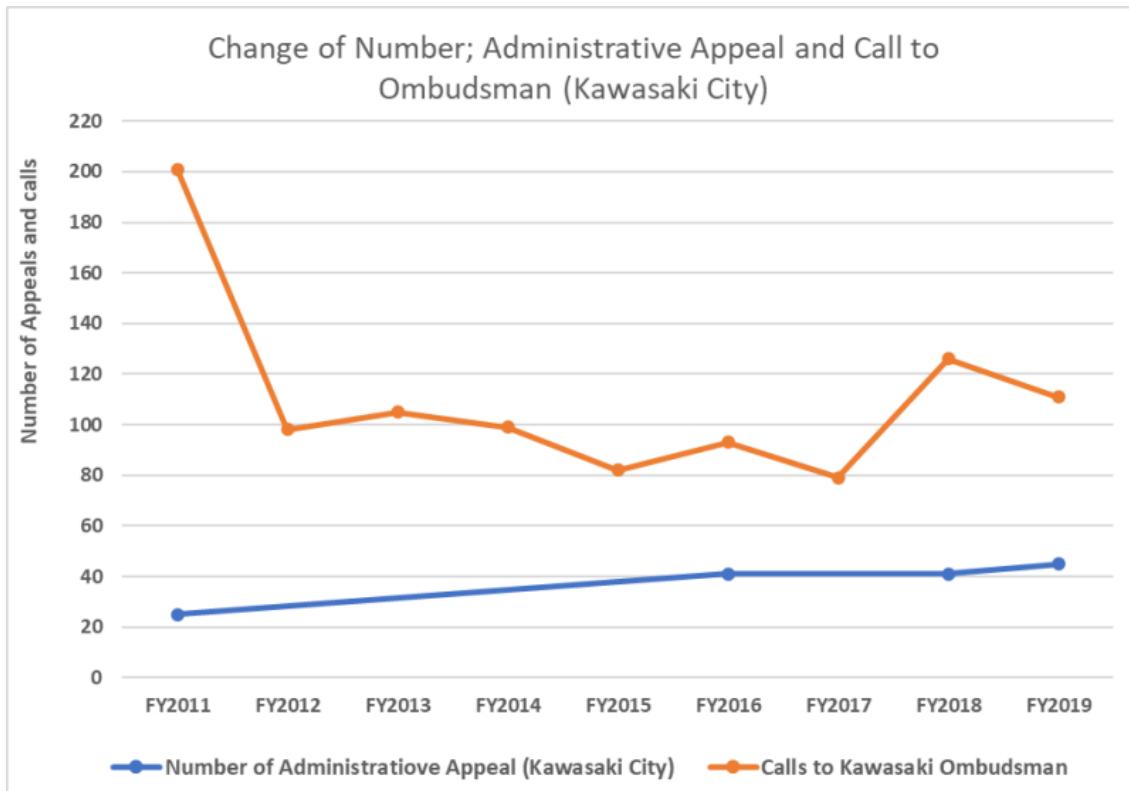
Figure 3-5 Numbers of Administrative litigation and calls to the ombudsman



Created by the Author

- 60 As for administrative appeals, their number has consistently and gradually increased, but the range of fluctuation in the number of appeals between fiscal years is extremely small. Compared to that, the number of reports to the Ombudsman represents more than twice the number of administrative appeals, but the range of fluctuation in the number of cases is remarkably large. Administrative appeals, which are filed for unjust or illegal administrative actions, involve a large administrative and time burden, whereas reports to the ombudsman can be filed much more easily.
- 61 These data show the “ease” of the ombudsman system, and also indicate the accidental nature of reporting, which is caused by some triggers (e.g. inappropriate attitude of an administrative official or smoking scene in a park).

Figure 3-6 Numbers of Administrative appeal and calls to the Ombudsman



Created by the Author

5.2. Interrelationships between illegality, unjustness and inadequateness

5.2.1. The point of view of the Ombudsman (interview³³)

- 62 Considering the role of the three administrative dispute systems in Japan, the ombudsman's perception of its own role, which is presented next, is an important basis for our evaluation.
- 63 The citizen ombudsman system is a body that assesses not only the violation of laws and regulations, but also the *inadequacy* of the administration or its officials from a third-party standpoint. The Ombudsman system is the only organization that comprehensively explains what should be done to improve laws and regulations.

- 64 Now, the Kawasaki City Ombudsman's bylaw does not exclude, under its jurisdiction, administrative provisions that are subject to administrative case litigation and administrative appeals (collectively referred to as "litigation-appeal" hereafter). However, in practice, the Ombudsman excludes from its investigations the cases that are already subject to a lawsuit, to avoid complications. The Ombudsman does not have substantive investigative authority, so it does not examine its own evidence; the persons interviewed thus think that litigation-appeal is appropriate for cases that require an evidentiary examination.
- 65 In addition, unlike the administrative appeal system, the citizen ombudsman is required to accurately respond to complaints that are difficult to properly address under the existing systems and procedures. This will allow for an appropriate division of functions between the existing systems and will strengthen both.
- 66 In other words, the Ombudsman believes that it has its own *raison d'être*.

5.2.2. Cases study

- 67 This section provides specific examples of cases addressed to the ombudsman³⁴, as a complement to our interview.

Case 1 (2023)

- 68 *Complaint:* In the baseball field located in a park, many people are seen smoking in the aisle by the first base benches.
- 69 *Response of the Ombudsman:* The baseball field in question is an outdoor facility, so smoking is not prohibited by law, but the designated manager has the authority to prohibit it in order to encourage users to quit smoking. Signs prohibiting littering were posted at the baseball field and adjacent tennis courts to foster environmental awareness of not dumping litter at the facility.
- 70 However, and as a result of this complaint, the City has implemented a total smoking ban on a trial basis in six parks of the city, including this one, from March 1 to April 30, 2024, and has conducted a

questionnaire survey among the park users. The City will consider the handling of smoking in parks in the future.

Case 2 (2022)

- 71 *Complaint:* An individual applied for the Grant for Needy Persons with new-type Coronavirus Infection into the designated Post Office Box before 5 p.m. on January 25. However, he/she received a notice of rejection for the grant by mail. He/She spoke with the competent officers and found out that they only collected the Post Office Box on January 25 at 10:00 a.m. and not after that hour. According to the claimant, the City hall should share the view of time that is widely accepted among the general public, providing clear and specific notice. If the city only collects the forms at 10:00 a.m., the deadline for this case should be clearly stated as “must be received by 10:00 a.m. on the 25th”.
- 72 *Response of the Ombudsman:* The City set a deadline of January 25 for the submission, but in reality, the City collected the application from the Post Office Box between 10:00 a.m. and 11:00 a.m. daily, and the application resubmitted by the petitioner was not accepted because it arrived on January 26. On the other hand, the city says that due to the numerous paperwork, it picked the 25th as the deadline (must arrive) because if the documents are received by the morning of the 25th, the officers can still handle the cases on time.
- 73 The Ombudsman believes that the deadline set by the city should have allowed more time for further correction in the event that there were deficiencies in the submitted documents. Thus, the City is requested to consider the time allowance for the amendment period when setting such a deadline in the future. Although this specific program has already been completed, the deadline for submitting documents for similar ones in the future should be set in consideration of the City's administrative processing period, and should be specifically stated in order not to create misunderstanding among users. The deadline will be set in consideration of the City's paperwork procedures.

5.2.3. Discussion

- 74 Considering the Ombudsman's own perception of its role and the data presented above, there is a marked difference in the factual roles between litigation-appeal and the ombudsman systems.
- 75 The level of illegality and unfairness targeted by the litigation-appeal is of serious nature to the citizens. For plaintiffs, litigation-appeal is such a serious commitment. In contrast, the inadequateness targeted by the ombudsman functions is an "*ad hoc* but necessary" way of resolving lighter problems in Japan.
- 76 As far as administrative case litigation is concerned, the increasing trend in the number of cases in recent years is a phenomenon that should be noted, but the amplitude is not that strong from year to year³⁵. Administrative appeals continue to consistently increase slightly³⁶. In contrast, the number of cases reported to the Ombudsman increases notably from year to year, and the demand for the Ombudsman has taken on an *ad hoc* character. These *ad hoc* demands are not something to be taken lightly: it is an indication that citizens expect a high level of responsiveness from administrative agencies.
- 77 In addition, the Ombudsman's scope of action excludes investigations that are already subject to a litigation-appeal procedure, in order to avoid the coexistence of lawsuits and Ombudsman investigations, as stated above.
- 78 All in all, the Kawasaki Ombudsman has maintained a certain number of claims, and can be evaluated as picking up demands that are difficult to respond to for litigation-appeal systems, thus contributing to improve administrative activities.

6. Conclusions

- 79 In order to draft consistent conclusions, three research issues will be addressed.
- 80 Firstly, does the Ombudsman system fulfill a meaningful function within the administrative dispute system in today's Japanese society?

- 81 According to the data collected, it seems that the ombudsman system can be evaluated as fulfilling various relevant functions, such as creating opportunities to face the inadequacies of ordinances and regulations. For example, in 2021, Parent teacher Association (hereafter: PTA) dues were deducted without providing information to the persons concerned and without having received a confirmation of their intention to join such PTA. The Ombudsman considered that there was a deficiency in proceeding to the PTA fee debits in a haphazard manner. Seeking improvements, the city established the “Outline for Handling PTA Dues at Kawasaki Municipal Schools.”³⁷ As this case demonstrates, the Ombudsman's activities have led to the awareness of inadequate aspects of administrative regulations and their improvement through recommendations.
- 82 Indeed, administrative agencies can obtain relevant information through the complaints of citizens and then set up new administrative services thanks to the legal and professional advices of the ombudsman, as shown in the first case analyzed above. To give another example, the accumulation of fallen leaves and abandoned bicycles on the streets are information that cannot be obtained easily through the patrols and other administrative agency staffs.
- 83 Added to that, the Ombudsman contributes to friendlier services from a citizen's point of view: that is also beneficial for the administration, as illustrated by the second case previously studied. Indeed, the function of resolving grievances arising from unfriendly processes plays an important role in Japan. Among the consultations, complaints about staff attitude have been consistently the most frequent.³⁸ In this regard, the statement of the Economic and Social Commission for Asia and the Pacific is of prime importance: “good governance has eight major characteristics. It is participatory, consensus oriented, accountable, transparent, responsive, effective and efficient, equitable and inclusive and follows the rule of law.”³⁹ Transparent, responsive, equitable and inclusive are adjectives related to the honest attitude of administrative officials toward citizens. The ombudsman system plays an important role in making administrative agencies aware of this fact. That particular point is becoming increasingly significant in terms of defending the human rights of the citizens, given the expansion of modern bureaucracy.

- 84 However, as shown in this study,⁴⁰ just a few Japanese local governments have yet established public ombudsmen, and the movement to do so is hardly growing.
- 85 This finding brings up a second question: Why has the system not spread remarkably, except in some municipalities? Are there any structural problems in Japan's local administrations that may be hindering the spread of the system?
- 86 The response is, to our point of view, multifactorial. First of all, it is sometimes pointed out that in Japanese local communities and culture, the group cohesion is more important than the individual, and it is difficult for certain individuals to express their unique opinions. For example, in 2020, while the COVID-19 pandemic was spreading, Japanese government did not take any mandatory measures such as lockdowns, but rather, prefectural governors requested voluntary curfews. According to Kogami,⁴¹

“A ‘state of emergency declaration’ was issued with no enforcement power and no clear compensation. It was all *self-restraint* and *requests*, and even from abroad there was criticism that it was “too loose.” In Japan, however, this is sufficient. [...] Even if the *self-restraint* and *requests* are not mandatory, the Japanese people are overly sensitive to them, and self-regulate. If one does something contrary to the *self-restraint* and *requests* of others, pressure is exerted on one to ‘read the air.’”

- 87 It can be inferred that the existence of such social characteristics makes it difficult for the Ombudsman system to spread easily, since a formal complaint addressed to the local government would attract the attention of the local community. It is thus difficult to anticipate a high demand.
- 88 Another reason is that administrative agencies generally believe in the infallibility of the government. Indeed, in Japan, the principle of state non-responsibility was enforced by the former Constitution of 1890; the system of state compensation was introduced only after World War II in the current Constitution. Given this historical context, and knowing that a system of litigation already exists, it is difficult for local governments to actively and voluntarily set up

- ombudsmen since it could lead to pointing out further administrative responsibilities derived from administrative practices.
- 89 Moreover, there are challenges in securing competent human resources for these ombudsmen. An urban metropolis with a population of 1.47 million, such as Kawasaki, can secure a professional staff, such as former judges and lawyers. However, it might be much more difficult in rural areas.
- 90 Added to that, other organs with similar functions already exist, such as the audit committees, the external auditors, the administrative advisors, the resident lawsuit system, or even the possibility to send a direct email to governor/mayor, and such. It is thus difficult to encourage local governments to set up ombudsmen on a voluntary basis.
- 91 Moreover, Japanese local councils are generally vulnerable. As previously mentioned, in Japanese local administrative system, it is indeed the chief who has a significant authority over the council. As a case in point, he/she has the exclusive right to propose the budget. This background undermines local councils, and as a result, as stated before, no council-established ombudsman has been introduced in Japan. Indeed, in the Japanese local government system, authority over organizational management is considered the primary competence of the chief executive. Therefore, the decision to create an ombudsman depends solely on the policy judgment of the head of the local government. To date, it is apparent that many chiefs have not had high incentives to establish an ombudsman. Thus, it is essential to convince them that the ombudsman system is useful in terms of administrative implementation, in order for the system to spread in the future.
- 92 Local government administrative reforms also discourage the creation of such ombudsmen. By the end of the 1970's, Japan faced a serious fiscal crisis due to declining tax revenues resulting mainly from the two oil crises. Under these circumstances, the Second Provisional Administrative Investigation Committee, whose basic policy was "fiscal reconstruction without tax increases" consistently aimed at "small governments" and recommended that local governments rationalize and optimize their capacity, salaries, and retirement allowances,⁴² among other things. In January 1985, the

central government formulated the “Outline for a Local Government Reform” to provide guidelines for the promotion of local government reforms. Since that time, local governments have continuously implemented strict capacity control measures. Under these circumstances, for a local government to establish an ombudsman system as an auxiliary body of the chief executive, it is necessary to strongly convince on its advantages.

- 93 Nevertheless, a final question is still worth rising: in view of the functioning of the Japanese ombudsman system studied in this article, can it be relevantly used for administrative justice in the future?
- 94 To answer this question, it seems interesting to recall that nowadays, the bureaucracy is expected to further develop as the technical and specialized nature of administrative activities increase and the public agencies face technological innovations, such as the introduction of Artificial Intelligence. Furthermore, since the percentage of single-person households is expected to further increase in Japan, it is important for municipalities to respond to “*ad hoc* but necessary” citizens’ demands.
- 95 Under such circumstances, the above-mentioned ombudsman's normative function will become even more important in protecting the human rights of citizens. For this reason, although a national ombudsman system has not been yet introduced in Japan, it is hoped that municipal ombudsmen, who are at the forefront of administrative activities, will spread.
- 96 On the other hand, the realization of this hope depends on the development of appropriate human resources. Therefore, in line with the training of auditors provided by the national and prefectural institutions, the national and local governments should establish programs for municipal ombudsmen, in order for them to understand the importance of their “normative function” and exercise their authority to investigate specific administrative issues from the same perspective than the citizens.
- 97 For the citizens, the proximity of municipalities to their daily lives, combined with the normative function of the ombudsman, made the

municipal ombudsman a relevant human rights protection among the three-tier citizen's reliefs system in Japan.

NOTES

- 1 J. E. S. FAWCETT, "The Spread of the Ombudsman System in Europe," *The World Today*, vol. 31, no. 11, nov. 1975, p. 469.
- 2 I would like to express my deepest gratitude to the Kawasaki City Ombudsman and the Ombudsman's Office for their valuable information and suggestions in the course of my research on the operation of the ombudsman system.
- 3 Administrative advisors are private-sector experts commissioned by the Minister of Internal Affairs and Communications ('MIC' hereafter.) based on the Administrative Advisors Law. They oversee citizen's complaints about the operations of the administrative organs and such. They provide necessary advice to the complainants, notify the relevant administrative organs of their complaints, and facilitate their resolution in liaison with the Administrative Evaluation Bureau of MIC.
- 4 Administrative Management Research Center, *Report on Survey Research to Understand the Actual Conditions of the Public Ombudsman System in Local Public Organizations Fiscal Year 2015*, Tokyo, Administrative Management Research Center, 2016.
- 5 A. HAMASAKI, *A Study on Policy Legal Management for Public Property through the Operation of the Public Ombudsman System*, Annual Report of Public Administration Research n° 48, Tokyo, Gyosei, 2013.
- 6 National Association of Chairpersons of City Council, *Report on the Public Ombudsman System in Local Governments (2015)*, Tokyo, Administrative Management Research Center, 2016.
- 7 M. ETO, Instructor of International Cooperation Division, Ministry of Justice, "Settlement in Administrative Litigation - A Comparison between Japan and China," 49 ICD News, 2011, p. 109-111.
- 8 Taking a look at the number of tiers of administrative units in federal countries, a standard pattern is a four-tier arrangement of federal, state, regional, and local government units. In the case of countries with single state governments, like Japan, a standard pattern is to have a three-tier arrangement of national, regional, and local government units.

- 9 The private ombudsman primarily investigates expenditures of public funds and focuses its attention on the problem of insufficient oversight over these expenditures, even though they should have been monitored by the local government's auditor general. See: R. HAYASHIYA, *Ombudsman system*, Tokyo, Iwanami, 2002, p. 75.
- 10 The public ombudsmen are established by administrative agencies.
- 11 L. C. REIF, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden, Springer, 2004, p. 25.
- 12 R. HAYASHIYA, 2002, *op. cit.*, p. 32-33.
- 13 A HAMASAKI, *op. cit.*, p.107.
- 14 This type of ombudsman is appointed by and reported to the legislative branch, and has jurisdiction over many departments, agencies and state corporations. See L. C. REIF, 2004, *op. cit.*, p. 26.
- 15 T HIRAMATSU, *Institution and operation of ombudsman in each country [kak koku no onbuzuman no seido to unyo]*, Tokyo, Seibundo, 2012, p. 47.
- 16 R BOUSTA, "The Ombudsman: Proposal for a Definition," 9 *International Ombudsman Yearbook* 44, 2005. (commenting here, specifically, Gil-Robles's book).
- 17 *Ibid.*, p. 43-51.
- 18 M. A. QUIROZ VITALE, "The Ombudsman and the Protection of Human Rights in Europe: Case Study of Italian Civic Defender," 8 *US-China Law Review*, 2014, p. 959.
- 19 T. SOWA et al., *Introduction to Modern Administrative Law [= Gendai Gyousei Hou Nyumon]*, Tokyo, Yuhikaku, 4e éd., 2019, p. 361.
- 20 L. C. REIF, 2004, *op. cit.*, p. 28.
- 21 In this paper, Ombudsmen established by Prefectures are included in the expression "municipal ombudsmen."
- 22 The Council of Local Authorities for International Relations (hereafter: "CLAIR") describes the features of the designated city as follows: "Japan has a formal designation system for its largest cities. The Local Autonomy Law defines a designated city as one with a population of 500,000 or more that has been designated by cabinet order. However, in practice, this designation is reserved for cities that already have a population of more than 1,000,000 or cities of at least 700,000 that are expected to reach the 1,000,000 mark in the near future. In April 1, 2023, a total of 20 cities were thus designated:

Osaka, Nagoya, Kyoto, Yokohama, Kobe, Kitakyushu, Sapporo, Kawasaki, Fukuoka, Hiroshima, Sendai, Chiba, Saitama, Shizuoka, Sakai, Niigata, Hamamatsu, Okayama, Sagamihara, and Kumamoto. Designated cities have, through allocated duties, powers similar to those of prefectures in areas such as social welfare, public health, and urban planning, and other individual laws grant them similar powers in fields such as the management of national roads and compulsory education.” Source: CLAIR, *Local Government in Japan 2020* (Revised ed., CLAIR 2023) p. 7.

23 The first example of a public ombudsman in Japan was the ombudsman established by Nakano Ward, a special ward of the Tokyo Metropolitan Government, in 1990, and since then municipalities within the jurisdiction of the Tokyo Metropolitan Government have taken the lead.

24 CLAIR, 2023, *op. cit.*, p. 6.

25 See Table1-4 above.

26 Rather than the appropriateness of administrative procedures, there are many cases where there is a problem with the response of the staff of the administrative agency. Issues related to fact recognition may be a factor of disputes. For example, an administrative official gives administrative guidance, and when the Ombudsman concludes that is was inappropriate, the official concerned may argue that he or she did not say such a thing.

27 Interview realized by the author with Yoshinori Tomita, Kawasaki Citizen Ombudsman (Representative Ombudsman) and Kikuko Seino (Ombudsman) on June 28, 2024.

28 Question asked: “What kind of consultations have you received in recent years (e.g. 5 years) and how have they been resolved?”

29 Question asked: “Are there any obstacles to the ombudsman system in fulfilling its role?”

30 Question asked: “What role is the ombudsman system expected to play in the future, given the changing lifestyles, awareness, and values of citizens?”

31 The Tokyo jurisdictional area refers to the area consisting of 11 prefectures including Tokyo Metropolis.

32 There were 1.39 times more cases in 2023 than in 2020 nationwide, while there were 1.50 times more cases only in Tokyo region, at the same period: a marked increase.

33 Question asked: “We believe that the ombudsman system may be addressing issues that are difficult to deal with in other legal systems related to administrative disputes (administrative case litigation, administrative appeals, etc.). In what ways is the ombudsman system fulfilling meaningful activities between the city - administrative agencies - and citizens.”

34 Kawasaki Citizen Ombudsman, *Kawasaki Citizen Ombudsman report of the fiscal year (2022,2023)*, 2023.

35 See Figure 3-1 above.

36 See Figure 3-2 above.

37 Kawasaki City Citizen Ombudsman, *Report for Fiscal Year 2021*, p. 14.

38 See Figure 3-4 above.

39 United Nations, Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, *What is Good Governance?*, Bangkok, ESCAP, 2009, p. 1-3.

40 See Table 3-1, Figure 3-1 and 3-2.

41 N. KOURAMI and N. SATO (ed.), *Concentration Pressure [Docho Aturyoku]*, Tokyo, Kodansha, 2020, p. 24-25.

42 Extraordinary Administrative Research Council, *First Report on Administrative Reform*, 1981.

ABSTRACTS

Français

Cet article propose de confronter l'institution internationale de l'Ombudsman à la culture administrative japonaise, et plus précisément à son système ternaire de contrôle administratif (contentieux juridictionnel, recours administratif et système de plaintes adressées à des organes indépendants). Proposant une étude inédite et documentée de l'Ombudsman de la ville de Kawasaki en s'appuyant sur un entretien spécialement réalisé à cette fin, l'auteur décèle les raisons de l'inexistence d'un Ombudsman national au Japon et de son caractère limité au niveau local : croyance en l'inaffabilité des pouvoirs publics, vulnérabilité des conseils locaux, importance culturelle conférée au groupe et à la communauté plutôt qu'à l'individu, etc. La diffusion de l'Ombudsman semble néanmoins nécessaire au Japon, afin de faire face à la bureaucratie et à la complexité croissante des fonctions administratives.

English

This article compares the international institution of the Ombudsman with the Japanese administrative culture, and more specifically regarding its ternary system of administrative review (administrative justice, administrative appeals and complaints addressed to independent bodies). Offering an original and documented study of the Kawasaki City Ombudsman, which is supported by an interview specially done for this purpose, the author reveals the reasons for the inexistence of a national Ombudsman in Japan, as well as the limited number of local Ombudsmen: belief in the infallibility of public authorities, vulnerability of local councils, cultural importance given to the group or community, rather than the individual, etc. Nevertheless, the spread of the Ombudsman seems necessary in Japan, in order to cope with bureaucracy and the growing complexity of administrative functions.

INDEX

Mots-clés

ombudsman, contentieux administratif, contentieux (administratif) juridictionnel, recours administratif, réclamation

Keywords

ombudsman, administrative dispute system, administrative case litigation, administrative appeal, grievance

AUTHOR

Shunsuke Kimura

Professeur en droit public - Université Meiji de TokyoDoyen de l'École supérieure de gouvernance mondiale

IDREF : <https://www.idref.fr/238459578>

La médiation administrative au Gabon

Téphy-Lewis Edzodzomo Nkoumou

DOI : 10.35562/droit-public-compare.651

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction

1. La marginalisation de la médiation *ad hoc* : un paradoxe

1.1. Une médiation timidement consacrée

1.1.1. Le silence explicite des textes

1.1.2. L'admission implicite

1.2. Une médiation pourtant incontournable

1.2.1. La prégnance de la médiation en droit coutumier

1.2.2. La difficile acclimatation des procédés juridictionnels

2. La valorisation de la médiation institutionnelle : un mirage ?

2.1. Un statut mitigé

2.1.1. Les garanties statutaires

2.1.2. La dépendance de l'institution

2.2. Un office étendu

2.2.1. La diversité des compétences

2.2.2. La simplicité de la procédure

TEXT

Introduction

¹ Énormément sollicité et en même temps contesté¹, le juge peine actuellement à réaliser son office originel, à savoir : dire le droit et trancher les litiges. Pour l'épauler dans cette tâche, la tendance est à la valorisation des modes alternatifs de règlement des différends, au rang desquels figure la « médiation ». Promu sur les scènes internationale² et régionale³, cet outil de règlement amiable des conflits semble désormais incontournable tant il favorise la célérité de la justice, le désengorgement des tribunaux et surtout la cohésion sociale⁴. On conviendra avec Rhita Bousta qu'il constitue

moins une alternative à la justice qu'une justice alternative⁵. Il importe, dans les lignes à venir, de réfléchir sur sa dimension administrativiste à l'aune de l'expérience gabonaise. Avant de souligner l'intérêt de cette orientation scientifique, il convient préalablement de clarifier l'expression « médiation administrative ».

- 2 Du latin *mediare*, la médiation désigne le fait d'« être au milieu ». Appliquée à la matière administrative, la médiation peut s'entendre comme tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, « par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction⁶ ». Élaborée par le législateur français et partagée par la doctrine⁷, cette acception sera retenue pour la présente étude parce qu'elle renvoie aux deux types de médiation administrative développés au Gabon : la médiation *ad hoc* et la médiation institutionnelle. La première peut être menée par toute personne supposée indépendante, impartiale, choisie en vertu de ses qualités et compétences. La seconde, quant à elle, est nécessairement menée par une autorité étatique spécialement instituée pour cet office : le Médiateur de la République. Dans les deux cas, ces définitions s'articulent autour de trois grands points : l'intervention inévitable d'un tiers impartial, la volonté des « médiés⁸ », Administration, administrés et/ou usagers du service public, à diriger eux-mêmes les discussions susceptibles de déboucher sur une issue fructueuse, et l'absence de formalisme tant la médiation n'est pas une procédure mais un processus⁹. Il ne faut donc pas la confondre avec les autres procédés de règlement amiables de conflits que sont : la conciliation, la négociation et l'arbitrage. S'ils poursuivent tous un même but, le règlement amiable des conflits, les moyens qu'ils mobilisent sont cependant différents. Ainsi l'intervention d'un tiers est-elle passive lors d'une médiation, alors qu'elle est active à l'occasion d'une conciliation et d'un arbitrage. En outre, si le médiateur doit absolument faire montre d'indépendance et d'impartialité, les négociateurs, en revanche, ne sont pas tenus au respect de ces exigences.
- 3 Dès lors, réfléchir sur la médiation administrative au Gabon revient à en identifier les formes qui s'y développent tout en appréciant leur portée. Cette orientation scientifique pourrait paraître banale, voire

insolite pour diverses raisons. D'abord, le Gabon retiendrait difficilement l'attention de la doctrine administrativiste parce qu'il n'est pas un modèle en matière de justice administrative¹⁰, encore moins en matière de démocratie. Puis, la faible démographie gabonaise¹¹ rendrait peu attrayante toute étude portée sur cet état parce qu'elle ne viserait pas un public assez large.

- 4 Pourtant, trois arguments permettent de relativiser ces observations et pourraient attester du caractère crucial de cette recherche. D'abord, le choix du Gabon comme centre d'analyse permet de lever une équivoque, celle qui consiste à percevoir l'Afrique noire francophone comme un seul état, alors qu'elle en comporte plusieurs¹². En effet, la tendance consistant à opérer une comparaison systématique entre plusieurs états appartenant à cette région peut être trompeuse car elle suppose qu'il y aurait un modèle africain de justice (administrative ou constitutionnelle^{Laurence Vialaron2025-04-16T09:31:00LV}¹³). Or, à la vérité, il n'existe que des systèmes africains de justice (constitutionnelle ou administrative¹⁴), tant aucun État africain ne constitue à ce jour une source d'inspiration pour les autres. Il convient alors d'examiner chacun de ces systèmes, à l'instar de celui du Gabon, afin de mieux cerner leur originalité et leur portée. Ce choix n'exclut pas pour autant des éventuelles incursions dans d'autres systèmes ou modèles juridiques. Ainsi, le recours au droit comparé, surtout sud-africain, béninois et français, occupera une place non négligeable tout au long de nos développements. Cependant, cette comparaison sera sporadique dans la mesure où elle permettra uniquement d'expliquer le phénomène de transplantation de la médiation administrative au Gabon¹⁵.
- 5 De plus, cette étude est digne d'intérêt parce qu'elle permet de voir comment la médiation administrative, qu'elle soit *ad hoc* ou institutionnelle, est expérimentée dans le contexte socio-juridico culturel africain, ce, à partir de l'exemple gabonais. À cet effet, elle permet de voir que ce mode de résolution amiable de différend est bien adapté à la logique judiciaire africaine parce qu'il recherche non pas la résolution d'un conflit individualisé mais l'instauration d'une paix sociale. Car, en droit coutumier africain, la justice a pour finalité d'assurer l'harmonie sociale, et non la répression. Ainsi, le recours à cette technique est justifié non seulement par la volonté de désengorger les prétoires des juges et de permettre une célérité de la

justice mais aussi, et surtout, par le désir d'assurer la cohésion nationale lors des règlements des différends.

- 6 Dès lors, il importe de s'interroger sur la manière dont ces deux techniques de médiation sont expérimentées en droit gabonais. La résolution de cette question permettra indirectement de voir si cette technique permet de contourner ou non les obstacles qui se dressent devant la justice étatique, à savoir : la corruption, l'affaiblissement de l'indépendance et de l'impartialité des juges.
- 7 À l'analyse des textes et de la pratique gabonaise, une double tendance se dégage. Il y a d'une part une marginalisation de la médiation *ad hoc* (1) et, d'autre part, une valorisation de la médiation institutionnelle (2). La première tendance nous paraît paradoxale, tandis que la seconde semble relever d'un mirage.

1. La marginalisation de la médiation *ad hoc* : un paradoxe

- 8 Par médiation *ad hoc*, il convient d'entendre toute médiation non institutionnelle, c'est-à-dire celle menée par un tiers non institué par l'État. Si cette technique fut prégnante dans toute l'Afrique noire francophone à l'époque précoloniale, force est cependant de constater que son usage s'est amenuisé au fil du temps. Au Gabon particulièrement, elle est timidement consacrée par les textes (1.1¹⁶). Pourtant, les autres modes de règlement des litiges s'avèrent inadaptés aux mœurs des Gabonais (1.2).

1.1. Une médiation timidement consacrée

- 9 Admis implicitement à travers la consécration des autres modes de règlement amiables des différends (1.2.1), le législateur gabonais promeut timidement le recours à la médiation administrative *ad hoc*. Le silence explicite des textes l'atteste suffisamment (1.1.1).

1.1.1. Le silence explicite des textes

- 10 Au Gabon, la médiation administrative non institutionnelle est quasi inexisteante. Aucun des principaux textes régissant les rapports entre Administration et administrés ne la consacre expressément. En effet, ni le Code général des impôts¹⁷, ni le Code des marchés publics¹⁸, ni le statut général de la fonction publique¹⁹, ni le Code des juridictions administratives²⁰ ne prévoient cette technique. Pourtant, ces textes ne sont pas muets sur les autres procédés de règlement non juridictionnel des litiges. En guise d'illustrations, les articles P-1104 à 1107 du Code général des impôts reconnaissent la transaction comme mode alternatif de règlement de différends, notamment entre le contribuable et l'administration fiscale²¹. De même, l'arbitrage est érigé en mode de résolution des conflits dans le domaine des marchés publics, précisément en cas de litige survenu lors de leur exécution²². À la différence de ces deux textes, le statut général de la fonction publique et le Code des juridictions administratives ne font aucune allusion aux modes amiables de résolution des différends.
- 11 Cette situation est différente de celle retenue en France. Dans cet état, en effet, la médiation bénéficie d'une assise législative²³. En 2011, par exemple, l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 2 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale la consacre solennellement. La loi de modernisation de la justice du xxie siècle, en 2016, s'inscrit dans la même tendance. D'ailleurs, en France, la médiation est préalable et obligatoire dans les contentieux sociaux et de la fonction publique^{Laurence Vialaron 2025-04-14T15:09:00LV 24}, ce qui n'est pas encore le cas au Gabon.
- 12 L'absence d'allusion explicite à la médiation administrative *ad hoc* en droit gabonais pourrait alors laisser croire que le législateur l'occulte totalement. Or, ce n'est pas le cas tant elle est subtilement prévue.

1.1.2. L'admission implicite

- 13 Si les textes gabonais n'érigent pas expressément la médiation en technique de règlement amiable des litiges, ils n'excluent pas pour

autant cette hypothèse. Cette assertion repose sur l'imprécision de certains textes. C'est le cas du décret portant Code des marchés publics qui promeut un règlement pacifique des conflits. Deux dispositions crédibilisent cette déduction. L'article 244 du décret susmentionné est la première. Ce texte dispose que :

« Le titulaire d'un marché public doit préalablement introduire un recours auprès de l'Autorité Contractante. Lorsque ce recours est infructueux, il peut saisir le supérieur hiérarchique de l'Autorité Contractante aux fins de rechercher **un règlement amiable** aux différends et litiges l'opposant à l'Autorité Contractante en cours d'exécution du marché. »

- 14 Autrement dit, lors d'un litige occasionné par l'exécution d'un marché public, le cocontractant du ministère de l'Économie et des Participations²⁵ peut, après l'échec d'un recours administratif préalable et obligatoire, solliciter un règlement amiable. Or, l'expression « règlement amiable » est vague en ce sens qu'elle suppose la possibilité de recourir à tous les mécanismes non juridictionnels de règlement des différends. Par conséquent, en présence d'une telle hypothèse, il est tout à fait loisible au cocontractant de l'administration de solliciter une médiation.
- 15 L'article 245 du décret précité, second moyen à l'appui de notre assertion, précise d'ailleurs l'identité de ce potentiel médiateur. Selon ce texte, cette fonction est dévolue à l'Agence de régulation des marchés publics (ARMP). Il s'agit d'une autorité administrative indépendante chargée de la mission de régulation des marchés publics et des délégations de service public²⁶. Ce rôle est aussi octroyé à l'Agence judiciaire de l'État (AJE²⁷). Dans la pratique, ces deux agences préfèrent recourir à la transaction plutôt qu'à la médiation. Il en est ainsi car la transaction leur permet d'échanger directement avec la partie adverse, et donc de contourner les exigences que pourraient imposer l'intervention d'un tiers, le médiateur. Certes, il n'est pas aisément d'accéder aux affaires réglées à l'amiable au Gabon pour des raisons à la fois technique et politique²⁸, néanmoins les documents consultés témoignent d'une récurrence des accords transactionnels en la matière. En 2015, par exemple, l'AJE parvint à mettre un terme au différend qui opposait le Sieur KOMBILA François au Ministère du Budget et des Comptes Publics au

moyen d'un protocole transactionnel²⁹. Cette technique fut également utilisée par l'ARMP, en 2018, dans l'affaire Société Nationale des Bois du Gabon (SNBG) c/ Ministère de l'Économie et de la Participation (MEP)³⁰. Cette préférence à la transaction au détriment de la médiation semble incongrue tant cette dernière semble bien adaptée à la logique judiciaire africaine.

1.2. Une médiation pourtant incontournable

- 16 L'insuffisante reconnaissance de la médiation en droit positif est paradoxale tant cette technique paraît adaptée aux mœurs des Gabonais (1.2.1), ce qui n'est pas forcément le cas des procédés juridictionnels (1.2.2).

1.2.1. La prégnance de la médiation en droit coutumier

- 17 En tant que voie amiable de règlement des différends, la médiation est bien adaptée au contexte africain³¹. L'affirmer peut, de prime abord, paraître discutable pour deux grandes raisons. Premièrement, la régulation des sociétés africaines se faisait non pas *ex nihilo* mais à l'aune des règles issues du droit coutumier³². Puis, s'agissant de la médiation qui y était menée lors des « palabres³³ » au « corps de garde³⁴ », elle ressemble plus à une conciliation qu'à une médiation contemporaine, qui suppose l'intervention d'un tiers extérieur³⁵, dans la mesure où un notable est placé au cœur de ce processus. En effet, lors des « Palabres », le différend à régler est dirigé de bout en bout par le notable et non par les parties, ce qui en fait plus une conciliation qu'une médiation³⁶.

- 18 Pertinentes, ces critiques achoppent cependant sur une réalité : la pérennité du critère finaliste de la fonction de médiation. Cette finalité consiste non pas à promouvoir la dimension répressive de la justice mais son caractère harmonieux. Or, en Afrique, l'essence de la justice reposant essentiellement sur la recherche de la paix sociale, alors la médiation s'y est toujours appliquée. En effet, « depuis l'époque précoloniale, la justice en Afrique est conçue comme une fonction de médiation³⁷ ». Car, son rôle consiste non pas « à régler

un litige en fonction de la règle de droit applicable au cas d'espèce mais à préserver l'équilibre de ceux des groupes sociaux impliqués dans le litige³⁸ ». Certes, le droit coutumier y a toujours occupé une place de choix, mais son but n'a pas souvent été d'imposer ou de « dégager, à l'occasion d'un contentieux, une règle clairement explicitée et d'exécution immédiate ». En réalité, il tendait à favoriser la conciliation et, surtout, promouvoir « la réconciliation entre les parties au différend³⁹ ». C'est donc en vertu de ce critère finaliste que la médiation contemporaine ne diffère nullement de la médiation traditionnelle.

¹⁹ Dominée par la philosophie du vivre-ensemble⁴⁰, la justice (à travers la médiation), en Afrique, revêt alors un caractère jupiterien⁴¹. Elle a pour finalité d'assurer non pas une répression mais une cohésion sociale, un consensus national. En Afrique du Sud, par exemple, cette cohésion sociale est traduite par le terme *Ubuntu*⁴² et bénéficie d'une valeur constitutionnelle⁴³. Quant au consensus national, il est érigé en principe à valeur constitutionnelle au Bénin⁴⁴. Ces deux valeurs sont révélatrices de la place cardinale occupée par la paix sociale dans le système judiciaire africain. La médiation étant l'un des instruments permettant d'atteindre cet objectif, c'est naturellement que législateur⁴⁵ et membres de la doctrine⁴⁶ lui accordent de l'intérêt, d'autant plus que les modes juridictionnels de règlement de litiges peinent à s'acclimater à la logique africaine.

1.2.2. La difficile acclimatation des procédés juridictionnels

²⁰ En Afrique, la médiation semble être le procédé de règlement des conflits le plus adapté aux mœurs sociales. Car, depuis la transplantation des modes juridictionnels de règlement des conflits sur les pays du Sud du Sahara, ceux-ci peinent à véritablement s'acclimater. En effet, jadis marqués par la prégnance des modes amiables de règlement des litiges, les systèmes judiciaires des états africains sont actuellement de plus en plus emprunts de modes juridictionnels de règlement des litiges. Ce changement de paradigme résulte du phénomène de mimétisme juridique⁴⁷ qui s'opéra sur le continent africain pendant et surtout après la période coloniale. Les fortes ressemblances entre l'armature juridique et juridictionnelle des

états appartenant à l'espace francophone et celle de la France en sont des illustrations saillantes⁴⁸.

- 21 Seulement, si les procédés juridictionnels de règlement des litiges rencontrent un franc succès en France, ce n'est pas encore le cas dans de nombreux états africains. Dans cette partie du globe, la justice semble encore en proie à de nombreux défis. On conviendra avec Richard Crook que l'impression générale qui se dégage des systèmes juridiques et des tribunaux d'Afrique subsaharienne est « celle d'un état de crise : on leur reproche diverses carences, notamment leur inaccessibilité aux citoyens ordinaires [...], des délais excessifs liés à l'accumulation des affaires, des coûts inabordables et des pratiques de corruption⁴⁹ ». Jean du Bois de Gaudusson estime à ce propos que « la justice en Afrique serait à la fois "un service public sans services" [...], une "justice sans juges" [...]⁵⁰ ». Autrement dit, les tares de la justice africaine, précisément celle rendue par la voie juridictionnelle, sont imputables à deux catégories d'acteurs : l'administration et les citoyens. Le faible nombre des recours soumis au Conseil d'État gabonais conforte ces deux hypothèses. Une étude menée dans ce sens révèle que cette Haute juridiction connaissait en moyenne une dizaine d'affaires par an dans la décennie 1990⁵¹ et, depuis 2020, environ une vingtaine d'affaires chaque année⁵².

- 22 Dans tous les cas, la constance de ces vices dans les milieux judiciaires africains témoigne de la difficile acclimatation des modes juridictionnels de règlement des différends. C'est fort de cette réalité que les pouvoirs publics promeuvent une médiation administrative de type institutionnelle. Toutefois, celle-ci n'est pas exempte de critiques.

2. La valorisation de la médiation institutionnelle : un mirage ?

- 23 À la différence de la médiation *ad hoc* qui est timidement consacrée en droit gabonais, la médiation institutionnelle bénéficie d'une plus grande solennité. Il en est ainsi à cause de l'institutionnalisation d'une « Médiature de la République⁵³ ». Il s'agit d'une institution originale mais très proche de l'institution classique qu'est le « Médiateur de la République » et, actuellement, du Défenseur des droits en France⁵⁴.

Si l'origine de cette institution est à rechercher du côté de la Suède, avec l'essor de l'*Ombudsman*⁵⁵, et en Angleterre, dès l'avènement du commissaire parlementaire, c'est surtout la forme qu'elle prit en France, en 1973⁵⁶, qui inspira fortement les États africains francophones⁵⁷. Au Gabon particulièrement, initialement instituée par un décret en date du 16 juillet 1992, elle est actuellement encadrée par une ordonnance du 13 septembre 2021. Si ce texte confère d'énormes attributions à la Médiature de la République (2.2), il limite toutefois son statut (2.1). On avancera alors que cette médiation institutionnelle relève d'un mirage.

2.1. Un statut mitigé

- 24 Le vocable utilisé par le législateur gabonais pour désigner l'organe habilité à exercer une fonction de médiation est celui de « Médiature ». Ce néologisme semble justifié par la composition ternaire de cet organe, à savoir l'existence d'un Médiateur de la République, d'un Médiateur de la République adjoint et des médiateurs délégués⁵⁸. S'ils bénéficient de véritables garanties statutaires (2.1.1), force est de constater que leur indépendance reste illusoire (2.1.2).

2.1.1. Les garanties statutaires

- 25 Nommée par le chef de l'État et placée sous la tutelle du Vice-président de la République⁵⁹, la Médiature de la République gabonaise a pour mission d'assurer, « auprès des administrations, des collectivités locales, des établissements publics et de tous autres organismes investis d'une mission de service public, les fonctions de médiation, de concertation, de protection et de promotion des droits ». Dès sa prise de fonction, qui survient après une prestation de serment⁶⁰, la stabilité de l'emploi constitue la première garantie statutaire dont bénéficient les membres de cette institution. Bénéficiant d'un mandat de 5 ans renouvelable une fois⁶¹, il ne peut être mis fin à leurs fonctions avant l'expiration de ce mandat. Toutefois, le Président de la République peut ordonner la cessation de leurs fonctions par voie décrétale dans deux hypothèses, en cas de violation de serment dûment constaté par la Cour constitutionnelle et en cas d'empêchement définitif⁶². Dans l'hypothèse où le mandat

du Médiateur n'a été écourté par aucun de ces événements, il perçoit normalement un traitement et des avantages liés à sa fonction⁶³.

26 L'autre garantie statutaire est l'immunité juridictionnelle⁶⁴. À l'instar des parlementaires⁶⁵, les médiateurs jouissent en effet d'une immunité de fond. Encore appelée immunité fonctionnelle⁶⁶, celle-ci les protège contre toute poursuite pour les actes accomplis dans l'exercice de leur mandat et par suite non détachables de leurs fonctions⁶⁷. *A contrario*, ils sont privés de l'immunité de procédure. Son exclusion suppose d'emblée une possibilité de poursuivre les médiateurs en justice pour les actes détachables de leurs fonctions.

27 Outre les droits statutaires précédemment évoqués, les médiateurs sont soumis à de nombreux devoirs englobés dans le régime des incompatibilités. Trois principales activités sont concernées : la politique, la justice et la religion⁶⁸. Le but de toutes ces incompatibilités est de garantir l'impartialité et l'indépendance des médiateurs. Ce qui reste illusoire tant le législateur semble avoir subtilement encadré les médiateurs en les rendant dépendants du pouvoir exécutif.

2.1.2. La dépendance de l'institution

28 Contrairement au Défenseur des droits, en France, qui bénéficie d'un statut renforcé⁶⁹, la Médiature de la République gabonaise dispose d'un statut assoupli. À titre d'exemple, alors que le Défenseur des droits « ne reçoit et ne sollicite, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction⁷⁰ », le Médiateur de la République au Gabon semble subtilement « ligoté ». Il en est ainsi du fait de sa dépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Deux arguments confortent cette idée : le mode de sélection des médiateurs et la tutelle administrative et financière que l'exécutif exerce sur eux.

29 Concernant premièrement la procédure de sélection des médiateurs, elle ne garantit pas suffisamment leur indépendance parce qu'elle s'opère au moyen d'une nomination et non d'une élection. En effet, il est difficile de reconnaître une indépendance à une autorité nommée car ce procédé resserre la contrainte hiérarchique sur celle-ci. C'est incontestablement le cas des médiateurs dans la mesure où ils sont sous la tutelle du Vice-Président de la République au Gabon⁷¹, ce qui

n'est nullement le cas du Défenseur des droits en France⁷². Pour garantir cette soumission, le législateur confère par ailleurs au Président de la République le droit d'ordonner la cessation des activités des médiateurs⁷³.

30 Quant à la tutelle administrative, elle est indéniable car cette institution apparaît moins comme une autorité de gestion que comme une autorité de mission⁷⁴. C'est la conclusion qui s'impose pour trois principales raisons. D'abord, la Médiation de la République est créée auprès du Président de la République gabonaise ; elle a son siège à la Présidence. Puis, pour la réalisation de leur office, les médiateurs disposent d'un cabinet dont les membres sont nommés par voie décrétale en Conseil des ministres⁷⁵. Enfin, l'organisation et le fonctionnement du personnel composant ce cabinet sont fixés par des textes réglementaires⁷⁶. Ce faisant, la Médiation de la République est une institution qui relève du pouvoir exécutif.

31 L'absence d'autonomie financière qui la caractérise crédibilise davantage ce constat. En effet, à la différence d'une institution comme la Cour constitutionnelle qui bénéficie d'un budget autonome⁷⁷, les médiateurs et les membres de leur cabinet jouissent des avantages financiers et traitements fixés par voie réglementaire. Cette dépendance organique de la Médiation est regrettable car elle pourrait ébranler la confiance des citoyens vis-à-vis de l'institution, alors qu'elle est investie d'un large office.

2.2. Un office étendu

32 Par office, il faut entendre le rôle ou l'ensemble des pouvoirs et devoirs assignés à un organe. En ce qui concerne la Médiation de la République gabonaise, ses pouvoirs sont prévus par les articles 3 et 7 de l'ordonnance susmentionnée. À l'analyse de ces textes, il ressort que cette institution bénéficie de compétences diverses et variées (2.2.1). Quant à ses devoirs, ils s'articulent surtout autour des règles procédurales à respecter lors du règlement d'un différend (2.2.2).

2.2.1. La diversité des compétences

33 La Médiation de la République est investie de sept principales attributions susceptibles d'être subdivisées en deux catégories, à

savoir la protection des administrés et usagers du service public, et la garantie de la paix sociale⁷⁸. Si la première mission est aussi dévolue au Défenseur des droits, la seconde lui échappe tout de même⁷⁹. Elle constitue alors l'originalité même de la mission de la Médiation de la République gabonaise. Sans insister sur les nuances entre l'office de ces deux Médiateurs⁸⁰, il convient de souligner que la protection des usagers du service public et des administrés par le Médiateur de la République gabonaise est prévue dans trois cas. Elle intervient, d'abord, lorsqu'il y a dysfonctionnement d'un service public⁸¹. Cette hypothèse peut surgir lorsqu'un organisme chargé de la réalisation d'une activité d'intérêt général assurée ou à défaut assumée par une personne publique⁸² méconnaît un des principes régissant ce domaine⁸³. Elle intervient aussi en cas de dommage résultant d'un dysfonctionnement du service public. En droit de la fonction publique, par exemple, les différends résultant du non-paiement des indemnités de services rendus sont légion⁸⁴ et trouvent parfois leur épilogue devant un médiateur⁸⁵. Enfin, ce type de protection est envisagé lorsque le législateur évoque la nécessité pour la Médiation d'« inciter l'esprit d'équité dans l'application des textes⁸⁶ ».

³⁴ S'agissant de la mission de maintien de la paix sociale⁸⁷, nous pensons qu'elle invite surtout la Médiation à exercer un rôle plus politique que juridique dans la mesure où elle intervient généralement lors d'une rupture communicationnelle entre les acteurs politiques. C'est généralement le cas à l'issue d'un scrutin présidentiel. En effet, souvent contestées, les échéances électorales gabonaises ne prennent fin qu'à la suite des accords de paix et de la tenue des dialogues nationaux⁸⁸. Au cours de ces phases de réconciliation, le Médiateur de la République est amené à jouer un rôle crucial dans la recherche des compromis. Cette forme de médiation a donc pour finalité de dépolitiser le débat public et de renforcer l'unicité et l'indivisibilité de l'État.

³⁵ Par ailleurs, les Médiateurs de la République exercent une médiation lorsqu'ils connaissent des « litiges opposant des personnes privées, physiques ou morales à des communautés urbaines ou rurales⁸⁹ ». Mais, orientée vers la résolution des conflits, cette forme de médiation contribue, en réalité, à la restauration plus globale des rapports sociaux tant elle promeut une participation dynamique des habitants d'une localité dans la gestion directe des conflits

les concernant⁹⁰. De façon générale, la médiation institutionnelle apparaît alors comme un instrument de démocratie locale et un moyen de régulation des activités timidement encadrées par l'État. Mais comment est-elle mise en œuvre ?

2.2.2. La simplicité de la procédure

- 36 Pour régler efficacement un différend, la Médiation de la République suit une procédure assez similaire à celle du juge ordinaire. Articulée en trois phases, elle comprend la saisine, l'instruction et le prononcé de la (ou des) recommandation(s).
- 37 Première étape de la procédure de médiation, la saisine de la Médiation de la République est conditionnée par la satisfaction de trois exigences. La première exigence est relative à l'auteur de la réclamation. À ce propos, seules les personnes privées⁹¹ et les autorités politiques⁹² sont habilitées à saisir cette institution. Les premières intentent ce qu'il est convenu d'appeler une « saisine-réclamation », parce qu'elles soumettent une préoccupation à la Médiation de la République ; les secondes exercent une « saisine par délégation », car il leur est loisible de transmettre à la Médiation de la République toute réclamation dont elles auront été saisies⁹³. En conséquence, la saisine de la Médiation de la République doit nécessairement émaner d'un organe extérieur, ce qui suppose la prohibition de l'auto-saisine.
- 38 La deuxième exigence à remplir au cours de cette première phase procédurale concerne la forme et le fond de la réclamation. Sur la forme, celle-ci doit être écrite⁹⁴. Ce qui suppose, *a contrario*, la prohibition des réclamations orales. Sur le fond, la réclamation doit s'inscrire dans le champ de compétences de la Médiation, c'est-à-dire être en rapport avec le dysfonctionnement d'un service public ou avoir pour objectif de rétablir la paix sociale.
- 39 La troisième exigence à satisfaire se rapporte au délai de saisine. Contrairement au recours juridictionnel qui doit être intenté dans un délai de trois mois au Gabon⁹⁵, après la diffusion d'un acte administratif faisant grief, la réclamation devant la Médiation de la République est recevable sans condition de délai. Toutefois, « elle ne peut être examinée que si le réclamant justifie de l'accomplissement

préalable des démarches nécessaires auprès de l'administration ou de l'organisme concerné⁹⁶ ».

- 40 Après ces trois étapes indéfectiblement liées à la saisine s'ouvre celle de l'instruction. Au cours de cette phase, la Médiation peut entendre les personnes dont l'audition lui paraît nécessaire. Ainsi peut-elle convoquer les agents administratifs afin de leur poser des questions dont les réponses serviront à la résolution du différend et demander au ministre responsable ou à l'autorité compétente de lui donner communication de tout document concernant l'affaire dont elle est saisie⁹⁷.
- 41 Une fois l'instruction achevée, la Médiation de la République procède à la formulation des recommandations. Celles-ci ont une portée relative. Revêtues d'une autorité de la « chose médiée », et non d'une autorité de la « chose jugée », leur respect est tributaire du consentement des parties. Néanmoins, lorsqu'une partie fait montre de résistance lors de l'exécution de la « chose médiée », la Médiation peut la contraindre en saisissant le juge compétent au moyen d'une plainte⁹⁸. Ce faisant, les recommandations des médiateurs sont pourvues d'effets juridiques. Simpliste, la procédure à suivre devant la Médiation de la République devrait alors motiver les citoyens à saisir cette institution.
- 42 En définitive, la médiation administrative est encore embryonnaire au Gabon. Il en est ainsi car, en marginalisant la médiation *ad hoc* et en feignant de valoriser la médiation institutionnelle, le législateur a subtilement étouffé son déploiement. Cette situation est paradoxale, tant la médiation est pourtant bien adaptée à la conception africaine de la justice. On espère tout de même que ce mode alternatif de règlement des conflits connaîtra bientôt un réel essor dans la mesure où le constituant gabonais de 2024 semble lui avoir accordé une place de choix dans la nouvelle loi fondamentale⁹⁹.

NOTES

¹ Le juge semble de plus en plus décrié et débordé à cause de la saturation de son prétoire, de la lenteur dans le traitement des recours, de son manque d'indépendance et/ou d'impartialité, etc.

- 2 Cf. article 33 de la Charte des Nations unies.
- 3 Voir article 1^{er} (a) de l'Acte uniforme OHADA du 23 novembre 2017.
- 4 On verra qu'il en est ainsi particulièrement au Gabon.
- 5 R. BOUSTA., *La notion de médiation administrative*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 71.
- 6 Cf. article L. 213-1 du Code de justice administrative en France.
- 7 R. BOUSTA, *La notion de médiation administrative*, op. cit., p. 25-26 ; F. ROGNON., « Qu'est-ce que la médiation ? », *Études*, 2016/6 (juin), p. 53-54.
- 8 Expression utilisée pour désigner les parties à une médiation. Il s'agit généralement des administrés et usagers du service public.
- 9 F. BEN MRAD., « Définir la médiation parmi les modes alternatifs de régulation des conflits », *Informations sociales*, 2012/2 (170), p. 13.
- 10 Le laxisme jurisprudentiel, la « maladministration » et le caractère puéril de la juridiction administrative invitent à le penser. Pour ce qui est du laxisme jurisprudentiel, voir : J. ZEH ONDOUA, « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », *Afrique juridique et politique*, vol. 3., n° 1 et 2, janvier-décembre 2008, p. 86 sq.
- 11 D'après le dernier recensement de la population Gabonaise, elle s'élèverait à 2,3 millions d'habitants au 31 décembre 2023.
- 12 Cette région est composée de 21 états, notamment : le Bénin, le Burkina Faso, le Burundi, le Cameroun, le Cap-Vert, la Centrafrique, les Comores, le Congo-Brazaville, le Congo-Kinshasa, le Djibouti, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée, l'île de Madagascar, le Mali, le Niger, le Rwanda, le Sénégal, le Tchad, le Togo.
- 13 En droit constitutionnel, par exemple, pour les modèles de justice constitutionnelle, voir : L. FAVOREU, « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle », *AJJC*, 1990/4, p. 51-66 ; T. GUSSEAU, *Contre les “modèles” de justice constitutionnelle*, Bologne, Bononia University Press, 2009. De même, en droit administratif, le modèle français, caractérisé par la séparation entre le juge judicaire et le juge administratif, a été repris en Afrique.
- 14 Des études certes classiques mais toujours d'actualité (au regard de l'absence de thèses contradictoires depuis lors) crédibilisent ce constat :

J. C. NZE-BITEGHE, *Le système gabonais de justice constitutionnelle : l'exemple de la Cour Constitutionnelle*, Thèse, Toulouse, 2000 ;
C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, PU de Namur, 2005. Voir aussi : M. CARPENTIER, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés », RFDC, 2019/4, n° 120, p. 843-864.

15 Il ne sera donc pas question de ressortir les spécificités de la médiation administrative telle qu'elle se développe en Afrique du Sud, au Bénin ou en France ; mais simplement de faire quelques incursions dans ces états afin de mieux comprendre et expliquer la pratique gabonaise.

16 C'est d'ailleurs le cas dans la plupart des pays d'Afrique noire francophone. Voir à ce propos : É. M. NGANGO YOUNGBI « les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », RIDE, 2019/4 (t. XXXIII), p. 454-467.

17 Loi n° 027/2008 du 22 janvier 2009 portant Code général des impôts, modifiée par la loi n° 044/2020 du 11 janvier 2021 déterminant les ressources et les charges de l'État pour l'année 2021.

18 Décret n° 00027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant Code des marchés publics.

19 Ordonnance n° 00000016/PR/2018 du 23 février 2018 portant modification, suppression et complétant certaines dispositions de la loi n° 1/2005 du 4 février 2005 portant statut général de la fonction publique.

20 Loi n° 17/84 du 29/12/1984 portant Code des juridictions administratives.

21 L'article 1104 de la loi n° 00027/PR/MEPPDD portant Code général des impôts au Gabon dispose, par exemple, en son article 1104 que « L'Administration peut proposer au contribuable, dans le cadre d'une transaction, une modération totale ou partielle des pénalités, dans les cas suivants :

- avant la mise en recouvrement suivant une procédure de contrôle ;
- durant toute la période contentieuse ».

22 L'article 245 du Décret n° 00027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant Code des marchés publics dispose : « Le litige est porté devant l'autorité de régulation des marchés publics conformément au droit et aux stipulations

contractuelles applicables, et le cas échéant, devant les instances arbitrales ou les juridictions compétentes, lorsqu'il n'a pas été réglé à l'amiable ».

23 Voir les articles L114-1 ; L213-1 à L213-14 du Code de justice administrative.

24 Cf. article L213-5 du Code de justice administrative.

25 Au Gabon, c'est cette autorité qui est chargée de conclure et de veiller à l'exécution des marchés publics.

26 Cf. décrets successifs n° 0254/PR/MEDD de 2012 et n° 0027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant Codes des marchés publics.

27 Voir décret n° 116/MEFBP du 7 avril 2014 portant création et organisation de l'Agence Judiciaire de l'État.

28 L'insuffisante digitalisation, le manque de volonté des autorités étatiques dans la numérisation des informations administratives, la corruption, etc.

29 Dans cette affaire, le Sieur KOMBILA François, ancien Inspecteur et Contrôleur du Travail, conclut un accord transactionnel avec l'AJE afin de régler le litige l'opposant à l'État et portant sur des indemnités non-perçues au cours de sa carrière.

30 Il s'agit d'une des rares affaires dont nous avons pris connaissance à partir de la lecture d'un mémoire de master : P. Y. NZOGHE ASSOUMOU, *Les modes non juridictionnels de règlement de litiges dans l'administration : cas du ministère de l'Économie*, Mémoire de Master Professionnel, EM-Gabon Université, 2024, p. 46.

31 S. ADOUA-MBONGO, « Les usages diversifiés de l'obligation de règlement pacifique des différends en Afrique », *Palabres actuelles*, Actes du deuxième Symposium Juridique de Libreville (25-27 novembre 2015) sur “Les usages du droit en Afrique”, n° 7-2017, p. 72.

32 R. CROOK., « Règlement alternatif des conflits et tribunaux de district au Ghana. Une hybridation pragmatique », *Afrique contemporaine*, 2014/2 (n° 250), p. 33.

33 En Afrique de l'Ouest, la « palabre » s'entend à la fois comme un échange de paroles, un drame social, une procédure et des interactions humaines. C'est le lieu par excellence de règlement des différends. Souvent, c'est sous un grand arbre que se tiennent ces échanges.

34 Contrairement à l'Afrique de l'Ouest qui connaît « la palabre », l'Afrique centrale a surtout développé la pratique du « corps de garde ». Il s'agit d'une grande maison située au centre du village, servant de salle de séjour et de prétoire. C'est en son sein que se tiennent les plaidoiries.

35 M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, PUF, 9^e éd., 2023, p. 2-3.

36 Au Gabon, ces procédés de règlement amiable des litiges trouvent leur illustration la plus saillante dans les contes du Mvett (ou du Mvet). La bibliographie y relative n'est ni abondante ni récente. Voir :

O. NTOUGOU NDOUTOUUME, *Du Mvett, la généalogie du silence : Esebe Ella et la révolte des apatrides*, Nîmes, EDILIVRE, 2020 ; P. MBA ABESSOLE, *Comprendre le mvet à partir du récit de Zong Midzi M'obame*, Paris, L'Harmattan-Gabon, 2011. Voir aussi : O. P. ITOUMBA, « La palabre africaine comme modèle de démocratie : cas du Gabon (de la période précoloniale à l'année 1990) », *BULSAC*, n° 6, juin 2022, p. 14 sq.

37 J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la Justice dans les États d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n° spécial, 156, 1990, p. 11.

38 *Ibid.*

39 G. CONAC, « Introduction », in G. CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains : actes du Colloque de la Sorbonne la Vie du droit en Afrique*, Paris, Economica, 1980, p. IX.

40 Il convient de distinguer les hypothèses de vivre-ensemble et de vivre-avec. En Afrique précoloniale, c'est la recherche incessante d'un vivre-ensemble qui était en vogue. Mais, avec la colonisation, de nouvelles frontières furent imposées par l'administration coloniale. Cette situation eut pour conséquence, entre autres, d'amener de nombreux peuples à partager des espaces communs, quand bien même ils n'appartenaient pas à la même nation. Ce faisant, un vivre-avec fut imposé, en lieu et place du vivre-ensemble d'autan.

41 Selon une systématisation des figures du juge chère à François OST, on distingue trois offices du juge correspondant à trois divinités grecques : « Jupiter », pour désigner « le juge-arbitre » ; « Hercule », pour ce qui est du « juge-entraîneur » et « Hermès », en ce qui concerne « le juge pacificateur ». Voir F. OST., *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylants, 2^e éd., 2012, p. viii-iv. La justice ayant une fonction pacificatrice en Afrique, ce qui suppose généralement des arbitrages, nous pensons alors que les offices exercés sur ce continent sont surtout la pacification et

l'arbitrage, d'où les métaphores en rapport avec la justice herculéenne et hermaïque.

42 Il s'agit d'un terme zulu et xhosa (langue sud-africaine) qui signifie qu'une « personne est une personne à travers les autres personnes ». Ce terme désigne alors « l'ensemble des valeurs humanistes africaines ». Cf. N. KOULAYAN, « Mondialisation et dialogue des cultures : l'Ubuntu d'Afrique du Sud », *Hermès*, n° 51, 2008/2, p. 185.

43 Arrêt du 6 juin 1995, SV. MACKWANYANE and Another et arrêt du 25 juillet 1996, AZAPO and Others VS. President of South Africa and Others.

44 Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006, Président de la République. En l'espèce, plusieurs députés béninois voulaient revoir la durée de leur mandat à la hausse (le faire passer de 4 ans à 5 ans), alors que le Gouvernement n'était pas favorable à une telle modification. Saisie de cette question, la Cour souligna que la révision initiée par les parlementaires était contraire aux idéaux ayant présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990 et notamment au principe à valeur constitutionnelle qu'est le consensus national.

45 Sur le plan régional, on peut citer l'Acte uniforme relatif à la médiation, du 23 novembre 2017.

46 A. FÉNÉON, J- M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique* (OHADA), Paris, LGDJ, 2^e éd., 2024.

47 F. DARGENT, « Les échecs du mimétisme constitutionnel en Afrique noire francophone », RDP, 2017/5, p. 1347-1373.

48 À titre d'exemple, l'organisation de la juridiction administrative en France est identique à celle mise en place en Afrique, à savoir l'instauration des Tribunaux administratifs, des Cours d'appel administratives et d'un Conseil d'État.

49 R. CROOK., « Règlement alternatif des conflits et tribunaux de district au Ghana. Une hybridation pragmatique », op. cit. p. 29.

50 J. Du Bois de GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs. Introduction thématique », op. cit., p. 14.

51 Voir M. AKENDENGUE, « L'organisation de la justice administrative au Gabon », Communication au Colloque Conseil d'État et État de droit, Dakar, 8 et 9 mars 1998, *Revue administrative*, n° 6, numéro spécial, 1999, p. 43-48. Bien qu'elle soit datée, cette étude est encore d'actualité tant nos

recherches ont permis de constater que le Conseil d'État ne connaît pas plus de vingt saisines par année.

52 Ce nombre nous a été confirmé par deux magistrats de l'ordre administratif au cours de nos entretiens. En effet, ne disposant pas d'un recueil de jurisprudence et d'un site internet opérationnel, l'accès aux décisions rendues par le Conseil d'État gabonais n'est pas aisé. Et, à notre connaissance, aucune étude statistique sur le nombre de décisions rendues par cette juridiction ces quatre dernières années n'a été faite à ce jour.

53 Cf. Ordonnance n° 016/PR/2021 du 13 septembre 2021 portant institution de la Médiation de la République.

54 Cf. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits. Voir aussi : D. IWEINS, « La transformation progressive du Défenseur des droits », *La Gazette du Palais*, 2016, n° 43, p. 7-8.

55 R. BOUSTA, « Contribution à une définition de l'Ombudsman », RFAP, 2007/3, n° 123, p. 387-388.

56 En France, c'est en 1973 que la fonction de Médiateur de la République fut institutionnalisée. Voir P.-Y. BAUDOT et A. REVILLARD, « Le médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », RFAP, 2011/3, n° 139, p. 339-352.

57 B. BOUMAKAMI, « Les médiateurs de la République en Afrique Noire francophone : Sénégal, Gabon et Burkina-Faso », RIDC, 1999, n° 51-2, p. 307

58 *Ibid.* article 4.

59 Article 2, ordonnance précitée.

60 Cf. article 8 de l'ordonnance précitée.

61 Article 5, alinéa 1 de l'ordonnance précitée.

62 Article 6 de l'ordonnance précitée.

63 Cf. article 10 de l'ordonnance précitée.

64 Cf. article 10 de l'ordonnance précitée.

65 D. CHAGNOLLAUD de SABOURET, *La Constitution de la Ve République. Droit constitutionnel contemporain*, tome 2, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2022, p. 206.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

68 Cf. article 11 de l'ordonnance précitée.

69 L'article 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits précise qu'il s'agit d'une autorité administrative indépendante. Voir aussi : R. ROUQUETTE, B. DEFOORT, *Petit traité du procès administratif. Contentieux administratif. Juridictions générales et spéciales*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2023, p. 426-427.

70 *Ibid.*

71 Article 2 de l'ordonnance du 13 septembre 2021 : la « Médiature de la République est placée sous la tutelle du Vice-président de la République ».

72 En France, le Défenseur de la République n'est pas placé sous la tutelle d'une autorité exécutive.

73 Cf. article 6 de l'ordonnance précitée.

74 B. BOUMAKAMI, « Les médiateurs de la République en Afrique Noire francophone : Sénégal, Gabon et Burkina-Faso », *op. cit.*, p. 328.

75 Cf. article 13, alinéa 3 de l'ordonnance précitée.

76 Cf. article 14 de l'ordonnance précitée.

77 L'article 24 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle dispose qu'elle « jouit de l'autonomie de gestion financière ».

78 Cf. article 7 de l'ordonnance précitée.

79 L'article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits délimite les missions de ce médiateur dans les domaines suivants : la défense des droits et des libertés des usagers et administrés du service public, la défense et la promotion de l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant, la lutte contre les discriminations, la promotion du respect des règles de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République et l'encadrement de l'activité des lanceurs d'alerte.

80 Les deux Médiateurs ne peuvent exercer les mêmes fonctions parce qu'ils évoluent dans des environnements différents ; ils ne sont pas confrontés aux mêmes réalités.

81 *Ibid.*

82 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 579 ; TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'ouest africain ; CE, Sect., 28 juin 1963, Narcy ; CE, Sect., 22 février 2007, APREI ; CE, 28 septembre 2021, Fonds de garantie des dépôts et de résolution.

83 Il s'agit des lois du service public. Encore appelées « lois de Rolland », parce qu'elles ont été théorisées par le Professeur Rolland, elles sont au nombre de trois : la continuité, l'égalité et la mutabilité.

84 Voir R. M. EYEANG OBIANG, *Le contentieux de fin de carrière des agents publics*, Mémoire de Master II, Université Omar Bongo, 2024.

85 *Ibid.*

86 *Ibid.*

87 Article 7, tiret 2 de l'ordonnance précitée.

88 Ce fut le cas en 2016, à l'issue du scrutin présidentiel, et récemment, du 1^{er} au 30 avril 2024, au lendemain de la prise de pouvoir par les militaires.

89 Article 7, tiret 3 de l'ordonnance précitée.

90 F. BEN MRAD., « La médiation sociale : entre résolution des conflits et sécurisation urbaine », RFAS, 2004/3, p. 236.

91 Article 20, alinéa 1^{er} de l'ordonnance précitée.

92 Article 20, alinéa 2 de l'ordonnance précitée.

93 *Ibid.*

94 Article 20, alinéa 1^{er} de l'ordonnance précitée.

95 En France, ce délai est de deux (2) mois.

96 Article 22 de l'ordonnance précitée.

97 Article 30, alinéa 1^{er} de l'ordonnance précitée.

98 Article 26 de l'ordonnance précitée.

99 Au Gabon, le projet de Constitution approuvé par voie référendaire le 16 novembre 2024 consacre, en son article 112, les modes alternatifs et traditionnels de règlement des différends. Ce n'était pas le cas de la Constitution du 26 mars 1991. Tout porte alors à croire que la médiation administrative connaîtra un réel essor dès l'entrée en vigueur de cette nouvelle Constitution.

ABSTRACTS

Français

Inhérente au droit coutumier africain, la médiation administrative se développe au Gabon d'une manière assez originale. Elle est marginalisée

dans sa dimension *ad hoc* mais valorisée dans sa dimension institutionnelle. Toutefois, cette valorisation est encore lacunaire en raison des faiblesses statutaires de la Médiation de la République.

English

Inherent to African customary law, administrative mediation is developing in Gabon in a rather original way. It is marginalized in its *ad hoc* dimension but valued in its institutional dimension. However, this valuation is still incomplete due to the statutory weaknesses of the Ombudsman's Office.

INDEX

Mots-clés

Gabon, justice administrative, justice alternative, médiateur de la république, médiation

Keywords

Gabon, administrative justice, alternative justice, médiateur de la république (gabonese ombudsman), mediation

AUTHOR

Téphy-Lewis Edzodzomo Nkoumou

Docteur en Droit Public Assistant en droit public à l'Université Omar Bongo

IDREF : <https://www.idref.fr/257093761>

La médiation en droit administratif colombien : ce que la loi ne pourrait pas faire...

Andrés Fernando Ospina-Garzón

DOI : 10.35562/droit-public-compare.662

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction

1. Une consécration légale limitée

2. Les bienfaits théoriques du développement de la médiation en droit administratif colombien

3. L'absence d'une culture favorable à la médiation

Conclusion

TEXT

Introduction

¹ La médiation, en tant que mécanisme non juridictionnel de règlement des litiges, n'est pas une figure couramment utilisée en droit administratif colombien. Il ne s'agit pas là d'une quelconque déficience normative, mais d'une culture qui n'est pas, traditionnellement, favorable à ce genre de processus. Il existe néanmoins un dispositif légal, certes très limité, mais qui pourrait témoigner d'une certaine ouverture envers cet instrument. Ce développement timide s'explique par un phénomène plus large : l'essor d'un modèle juridictionnel de contrôle de l'activité administrative destiné à monopoliser le contentieux administratif¹, qui s'est toutefois avéré défaillant ; face à la crise provoquée par la lenteur et le nombre cumulé d'affaires à trancher², le modèle juridictionnel a fait l'objet de modifications organiques, processuelles,

constantes et progressives ; autant de retouches d'un système clairement inapte à répondre à la demande croissante de justice³.

- 2 Dans ce contexte, les moyens non juridictionnels du contentieux administratif, tels que la conciliation et la médiation, connaissent, aujourd'hui, une lente progression ; certains apparaissent pour la première fois ; d'autres font l'objet d'adaptations ; d'autres encore sont redécouverts et peu à peu rétablis. Tel est le cas, notamment, de la fonction administrative de résolution des litiges par l'Administration⁴. Aussi, existe-t-il des raisons justifiant un parallèle entre l'activité contentieuse de l'Administration et la médiation administrative : d'une part, elles sont toutes deux des moyens d'accès à la justice, entendue de façon large et non pas uniquement comme synonyme de juridiction⁵. Pour cela, il est possible d'évoquer différentes voies ou systèmes de justice⁶. D'autre part, même si son étude initiale a été menée en partant du système juridictionnel, la doctrine spécialisée cherche à trouver une identité propre à ce moyen de justice⁷. Par conséquent, la médiation cherche à ne pas être perçue comme un moyen alternatif au juge, mais, comme un instrument de justice à part entière⁸. Pour la Cour Constitutionnelle colombienne, « des moyens tels que la médiation et la conciliation, bien plus que des mécanismes pour désencombrer le pouvoir judiciaire, sont des instruments favorisant un accès effectif à la justice, et qui visent à promouvoir une solution pacifique des conflits⁹ ». Or, il existe une claire différence entre l'activité contentieuse de l'Administration et la médiation administrative : cette dernière ne peut être conçue qu'à travers l'intervention d'un tiers face aux parties¹⁰, ce qui n'est pas le cas de l'activité contentieuse de l'Administration, dans laquelle, l'autorité peut être, à la fois, partie au litige et autorité chargée de sa résolution.
- 3 Grâce au développement de ces autres moyens de justice, il est possible de relativiser l'assimilation traditionnelle entre juridiction et contentieux (substituer ainsi l'expression « procédure administrative contentieuse » à celle de « procédure administrative juridictionnelle » ; ou encore celle de « recours contentieux » à celle de « recours juridictionnel »). Dans un effort de définition réelle du contentieux administratif, le panorama des horizons du contentieux a ainsi permis de le diviser en deux grandes catégories¹¹ : d'un côté, le contentieux administratif juridictionnel et, d'un autre côté, le

contentieux administratif non juridictionnel, qui renferme tant celui réglé directement par l'Administration dans l'exercice de sa fonction administrative (activité contentieuse de l'Administration), que celui qui est régi par l'*« auto-composition »*.

- 4 En droit colombien, la conciliation, la transaction, l'amiable composition, et la médiation sont des mécanismes proches, qui font partie de cette seconde catégorie. La proximité des notions est importante, parce que l'accord de conciliation et celui résultant de l'amiable composition ne peuvent porter que sur des affaires susceptibles de transaction¹²; de plus, la loi dispose que la décision de l'amiable compositeur possède les mêmes effets qu'une transaction¹³. De même, la médiation peut conduire à la conclusion d'une transaction.
- 5 Cette proximité conceptuelle n'empêche néanmoins pas leur définition par le droit positif colombien, à l'exception notable de la médiation. D'une part, la conciliation est un moyen de résolution des litiges dans lequel, les parties s'accordent elles-mêmes sur la résolution définitive du contentieux, via l'intervention d'un tiers dénommé « conciliateur », qui leur propose des formules d'arrangement à l'amiable¹⁴. D'autre part, la transaction est un type de contrat défini à l'article 1625 du Code civil, permettant l'extinction des obligations. Selon l'article 2469 du même Code, il s'agit d'un accord par lequel les parties règlent un litige existant ou en préviennent la naissance. Enfin, l'amiable composition est définie par la loi comme un mécanisme de résolution des litiges résultant d'un contrat (*« contrat de composition¹⁵ »*). Les parties confient ainsi la résolution du contentieux à un tiers, dénommé « amiable compositeur », dont la décision unilatérale a les mêmes effets qu'une transaction¹⁶. À la différence de l'arbitrage, la fonction qu'exerce l'amiable compositeur n'est pas de nature juridictionnelle.
- 6 Même si, traditionnellement, on englobe les moyens non juridictionnels de résolution du contentieux dans le concept de Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (MARC), expression inspirée de celle de « Alternative Dispute Resolution » (ADR), en réalité, ces mécanismes ne sont pas tous conçus et aptes à la résolution des conflits ; la plupart ne résolvent que des litiges.

- 7 Cette affirmation requiert une explication : conflit et litige ne sont pas synonymes. Le conflit est un concept social, qui fait référence à une forme non apaisée de rapport humain et qui a différentes causes et solutions, qui n'ont pas nécessairement une consistance juridique. On parle notamment de conflit dans le couple¹⁷, au travail¹⁸, dans le milieu scolaire¹⁹ ou militaire²⁰. Compte tenu de cette diversité, les moyens de résolution des conflits sont aussi variés : les différentes thérapies, le dialogue, etc. Certains éléments ou manifestations du conflit peuvent toutefois se transformer en litiges, en y intégrant des problèmes purement juridiques. Ainsi, la fonction du juge aux affaires familiales n'est pas de résoudre le conflit du couple, mais de trancher le litige concernant le divorce et la garde des enfants. Ainsi, souvent, la résolution du litige ne met pas un terme au conflit. De même, la fonction du conciliateur ne consiste pas à réconcilier, mais bien à concilier.
- 8 Or, dans la catégorie des instruments non juridictionnels de résolution du contentieux, la médiation est le seul moyen qui va « plus loin » en cherchant à résoudre les conflits, sans s'en tenir à trancher les litiges. Il s'agit là d'une spécificité. Par le recours à un tiers inspirant confiance aux parties en conflit, étant donné son impartialité et ses qualités (intellectuelles, morales, etc.), il s'agit d'un moyen de recomposition de la relation dégradée, de rétablissement d'un dialogue interrompu et de construction des bases de la relation future, afin d'éviter le retour du conflit ou l'émergence de nouvelles causes de ce dernier²¹. Dans ce contexte, le médiateur ne remplit pas sa fonction avec la seule célébration d'un accord entre les parties revêtu de la force de la chose jugée ; il accomplit aussi une fonction de vérification et d'accompagnement lors de l'exécution de l'accord. Voilà l'une des principales différences entre médiation et conciliation.
- 9 Partant de ce cadre conceptuel, cet article a pour objet de déterminer la place qu'occupe la médiation dans le droit administratif colombien. Pour cela, il ne traitera pas d'autres formes de médiation, telles que la médiation en matière pénale définie à l'article 523 du Code de procédure pénale comme « un mécanisme qui conçoit un espace institutionnel pour que la victime et son agresseur échangent des avis et exposent leurs points de vue afin que, par l'aide d'un médiateur neutre, celles-ci puissent résoudre le conflit résultant du délit²² ». Précisons seulement que cette médiation n'est possible

que pour les délits d'une peine inférieure à cinq ans. L'accord ne peut porter que sur la réparation des victimes, la cessation du comportement ou la réalisation de travaux d'intérêt général, et il devra être pris en compte par le parquet au moment de l'exercice de l'action pénale.

- 10 Afin de déterminer la place de la médiation en droit administratif colombien, il est nécessaire de mentionner la tendance à légiférer sur le plan national. En effet, dans la culture juridique du pays, on croit naïvement à la capacité de la loi à provoquer des changements profonds de société, alors qu'en réalité, l'efficacité de nombreuses normes légales est très limitée. Ainsi, en dépit des quelques réglementations existantes (1) et des bienfaits que pourrait avoir le développement de la médiation en droit administratif colombien (2), l'absence d'une culture favorable à la médiation demeure la principale cause de son emploi rare (3). Elle « dicte » donc ce que la loi ne pourrait pas faire.

1. Une consécration légale limitée

- 11 La loi organique²³ relative à l'administration de la justice renvoie à la loi ordinaire la prévision de « moyens alternatifs au procès, pour résoudre les conflits se présentant dans la société, et la détermination des cas où cette activité sera payante²⁴ ». En ce sens, l'établissement d'un régime légal relatif à la médiation n'est pas une obligation, mais une simple faculté.
- 12 En droit positif colombien, il existe trois formes de médiation administrative : d'abord, celle concernant les conflits des administrés avec l'administration. Ensuite, la médiation administrative des conflits nés entre particuliers. Enfin, celle portant sur les conflits entre autorités publiques.
- 13 Concernant la médiation dans le cadre des conflits entre les administrés et l'Administration, il faut se référer à une autorité administrative indépendante, traditionnellement connue en droit comparé par sa fonction médiatrice, à savoir l'Ombudsman, dénommé « Défenseur du Peuple » à l'article 282 de la Constitution colombienne. Toutefois, et bien que la Colombie fasse partie des nombreux pays ayant adopté le modèle de l'ombudsman provenant

des pays nordiques (comme c'est le cas en France, à travers l'ancien « Médiateur de la République²⁵ » aujourd'hui élargi dans ses fonctions et dénommé « Défenseur des droits », ou encore en Espagne, à travers le « Défenseur du Peuple²⁶ »), la médiation n'est pas la fonction principale ni caractéristique du « Défenseur colombien du peuple ». Il est vrai que la loi réglant ses attributions prévoit que ses délégués accomplissent une fonction de médiation dans les relations entre l'Administration et les administrés, en vue de la défense des droits humains²⁷. Néanmoins, la doctrine considère que cette fonction permet seulement au Défenseur de saisir le juge en vue de protéger les droits des personnes²⁸. Cette fonction n'est pas conçue comme un moyen de résolution des litiges, mais davantage comme un instrument de résolution des conflits sociaux. Selon la doctrine, « la fonction de médiation du Défenseur se limite, principalement, aux affaires dépourvues de consistance juridique, car sa finalité ne consiste pas en la résolution d'un litige, qui est le propre du procès, mais en la résolution de conflits de nature sociale²⁹ ». Il s'agit, surtout, d'un instrument supplémentaire renforçant l'effectivité de la défense des droits humains, et c'est pour cela que cette médiation a été mise en œuvre notamment dans le milieu carcéral³⁰ ainsi que dans le cadre des écoles, afin de lutter contre le harcèlement³¹.

14 Or, cette fonction médiatrice est peu connue et, surtout, elle ne concerne pas des affaires susceptibles d'être portées devant le juge administratif colombien³².

15 La médiation administrative mise en œuvre dans les conflits entre particuliers est confiée aux policiers depuis la loi n° 1801 de 2016, elle-même modifiée par la loi n° 2220 de 2022 : il s'agit d'une alternative à l'imposition de mesures unilatérales, contraignantes et coercitives, telles que les amendes, pour les conflits entre des administrés, à l'exclusion des droits et des biens dont ils n'ont pas la libre disposition³³. La médiation policière n'est donc pas possible en matière d'urbanisme, d'environnement, d'ordre public sanitaire, d'espace public, d'ordre public économique, de liberté de circulation, dans les rapports avec les autorités, ou en ce qui concerne l'intégrité des enfants et des adolescents, l'exercice de la prostitution et le droit de réunion³⁴. La loi dispose, également, que cette fonction médiatrice peut aussi être exercée par des conciliateurs³⁵. L'accord

entre les personnes privées ne revêt pas la force de chose jugée³⁶ et, dès lors, l'inexécution des obligations fera l'objet de procédures ordinaires se rattachant aux infractions dénommées « comportements contraires à la coexistence sociale³⁷ ».

16 Cette médiation policière relève de l'autorité même résultant de la fonction d'agent de police. Il est par conséquent logique que la loi la définisse comme étant dans la nature même de la fonction policière. Il n'existe pas d'études ou de données relatives à l'effectivité de cette forme de médiation.

17 Enfin, concernant les conflits entre les autorités relevant de l'Administration nationale, le 3^e paragraphe de l'article 6 du décret-Loi n° 4085 de 2011 dispose que l'Agence Nationale de Défense Juridique de l'État (ci-après : ANDJE) assure une fonction de médiation³⁸. Cette nouvelle attribution n'a été consacrée qu'en 2015³⁹ sur le fondement suivant :

« Selon l'étude et le diagnostic élaborés par l'Agence Nationale de Défense Juridique de l'État, les conflits se nouant entre autorités publiques nationales représentent une charge tant administrative que budgétaire, pour celles-ci et pour la juridiction administrative. Ainsi, il revient à l'ANDJE de contribuer à la diminution de ces conflits par la voie de la médiation, afin que les autorités concluent des accords satisfaisants, permettant de surmonter leurs différends. Par cette fonction de médiation, l'ANDJE offrira à ces autorités un soutien expert, technique et impartial facilitant la résolution des conflits juridictionnels ou extra-juridictionnels se présentant devant elles. »

18 La réglementation prévoit l'existence d'une liste de médiateurs inscrits à l'ANDJE. Toutefois, la sélection de ces médiateurs n'a pas encore été effectuée à ce jour. Ainsi, présentement, ce sont les fonctionnaires de l'ANDJE qui exercent le rôle de médiateurs. Par ailleurs, le processus de médiation peut être initié par l'une des parties au conflit ou par l'ANDJE *de oficio* ; dans ce dernier cas, le consentement des parties est nécessaire. En outre, afin de formaliser l'acceptation du processus de médiation, les autorités administratives doivent obtenir l'accord favorable de leur « comité de conciliation⁴⁰ ». Autre précision importante : le médiateur est tenu par un devoir de confidentialité, concernant le conflit et le

processus de médiation. Dès lors, il est interdit d'enregistrer les discussions, les avis émis, les affirmations, ainsi que les propositions d'accord, sauf autorisation des parties ou s'il s'agit de documents publics.

- 19 Il convient également de mentionner que l'ANDJE n'engage pas sa responsabilité sur le résultat de la médiation ; la responsabilité du médiateur dépend, quant à elle, de son statut (fonctionnaire public ou agent contractuel). Cette réglementation nous paraît correcte, compte tenu du fait que le médiateur libéral n'exerce pas une fonction publique et que la médiation est entamée sur la base de l'autonomie de la volonté des parties⁴¹ : sa nature est donc contractuelle⁴². En effet, l'article 116 de la Constitution colombienne énumérant les particuliers administrant la justice ne mentionne que les conciliateurs et les arbitres ; son article 246 évoque les juges de paix. À partir de ces données constitutionnelles, il est possible de soutenir que les médiateurs ne sont pas des particuliers exerçant la fonction juridictionnelle⁴³. « Ce sont des citoyens parmi les citoyens⁴⁴ ».
- 20 Enfin, le décret prévoit que le résultat de la médiation peut se matérialiser par un acte ou un contrat, selon la législation en vigueur, qui doit prévoir les obligations des parties, ainsi que les conditions de son exécution. De même, l'inexécution de l'accord engage la responsabilité contractuelle des parties. En général, l'accord de médiation consiste en un contrat de transaction portant titre exécutoire et relevant du droit civil, qui prévoit un effet équivalent à celui de la chose jugée⁴⁵. Enfin, comme tout accord, celui mettant fin à un litige avec une autorité administrative doit respecter l'ordonnancement juridique et reposer sur un support probatoire suffisant⁴⁶, sans porter préjudice au patrimoine public.
- 21 La portée de cette réglementation est limitée. Tout d'abord, elle ne concerne que la médiation entre autorités de l'Administration nationale, même si, par sa nature contractuelle, elle pourrait être utilisée dans des conflits avec des autorités locales. Ensuite, elle n'encadre pas le déroulement de la médiation, ce qui est en soi favorable à la liberté des parties. Cette liberté contribue à l'effectivité de la médiation. Enfin, de façon expresse, la réglementation dispose que le déclenchement de la médiation n'interrompt pas les délais de

prescription, ni de caducité de l'action en justice. De même, la médiation n'interrompt pas les procès en cours. Cette prévision normative est étrange, car elle met en péril l'accès au juge pour les autorités ayant recours à la médiation et, par conséquent, elle a un effet dissuasif tout en remettant en cause l'efficacité du mécanisme. « La médiation requiert [...] un certain temps : le temps nécessaire pour écouter et formuler les questions subtiles permettant de (ré) créer le lien⁴⁷ ». En droit colombien, la suspension des délais d'action en justice ne pourrait être introduite que par le législateur⁴⁸. Or, pour l'instant, la question demeure réglée par le niveau réglementaire.

- 22 Certes, on pourrait affirmer que la médiation est bien présente dans toutes les formes de conflit : avec les autorités publiques, entre particuliers et entre autorités publiques. Néanmoins, comme nous venons de le montrer, sa réglementation est très limitée et ces fonctions sont à la fois peu connues et peu étudiées. Ces obstacles à la médiation en droit administratif colombien contrastent avec les différents bienfaits qu'entraînerait le développement de cet instrument.

2. Les bienfaits théoriques du développement de la médiation en droit administratif colombien

- 23 Il n'est pas anodin de s'interroger sur l'utilité de développer la médiation en droit administratif colombien. S'agit-il d'une vraie nécessité ou d'une simple mode dépourvue de fondement, de raison et de poids ? De notre point de vue, les bienfaits de la médiation sont si importants qu'ils justifieraient, largement, son développement.
- 24 Tout d'abord et d'une façon générale, il est possible de voir dans la médiation un moyen d'améliorer les rapports sociaux⁴⁹. Elle permet le dialogue direct entre les parties en conflit. Le processus de médiation ne s'intéresse pas seulement à la fin du conflit, mais met l'accent sur le processus et sur l'importance de surmonter ses causes profondes, afin d'éviter sa réitération. De surcroît, la médiation a une vertu spéciale sur les autres mécanismes non juridictionnels de

résolution du contentieux administratif, tels que la conciliation et la transaction : elle permet de résoudre non seulement des conflits juridiques, mais, aussi, des conflits de nature politique. Ainsi, il est possible que la médiation conduise à l'élaboration de politiques publiques adaptées aux demandes citoyennes. Dans ce cadre, l'Administration pourrait s'engager à modifier des actes administratifs, à suspendre des procédures administratives, à ne pas exécuter un acte administratif ou encore à le mettre en œuvre sous d'autres formes.

- 25 Fort de ce champ bien plus large, il est possible de mettre en doute la pertinence des limitations générales que la loi impose à l'ensemble des moyens non juridictionnels de résolution du contentieux : la négociation ne peut porter que sur des affaires d'intérêt privé, ayant un contenu économique et dont les personnes concernées ont la libre disposition⁵⁰. Seul le juge serait compétent pour se prononcer sur des litiges touchant à l'intérêt général, aux prérogatives de puissance publique⁵¹ et à la légalité⁵². Calquer ce type de limitations dans le cadre de la médiation méconnaîtrait la nature même de ce mécanisme, car il ne s'agit en aucun cas d'une concession faite au médiateur afin que celui-ci décide de l'issue du litige. Certes, la médiation ne peut conduire ni à la méconnaissance de l'ordonnancement juridique ni à la violation des normes d'ordre public, mais, dans le cadre la légalité, l'Administration possède d'importantes marges d'action découlant de son pouvoir discrétionnaire, qui apparaissent adaptées à la médiation. Renoncer à exercer des prérogatives de puissance publique, dans le cadre d'une médiation, ne saurait être interprété comme une incompétence négative.
- 26 Ensuite, en droit colombien, à la différence du droit français⁵³, la médiation n'est pas prévue « dans le cadre » juridictionnel. Autrement dit, le juge n'a aucunement la faculté de renvoyer l'affaire devant un médiateur ; la médiation ne peut pas non plus constituer un préalable obligatoire à la saisine de la juridiction. Néanmoins, à notre sens, l'instauration de ce type de médiation contribuerait à la déjudiciarisation de la société : les conflits sociaux pourraient ne pas tous se terminer devant un juge, et réduire ainsi le discrédit de ce dernier dans la vie sociale⁵⁴. La médiation contribuerait alors à la lutte contre l'engorgement judiciaire et à l'apaisement des rapports

sociaux. C'est pour cette raison qu'il est nécessaire de prévoir les effets juridiques des accords résultant d'une telle médiation⁵⁵.

- 27 Enfin, la médiation contribue, d'une façon certaine, à une meilleure Administration. Le processus de médiation améliore la motivation des actes administratifs et, par-là, renforce la compréhension de son activité et, sans doute, de sa légitimité sociale. La médiation permet aux autorités administratives d'identifier les problèmes de son activité, ce qui peut conduire à l'implémentation de correctifs ou à la formulation de politiques plus adaptées. Tout cela aboutit à l'amélioration de l'efficacité de l'activité administrative.
- 28 En outre, il ne faut pas voir dans la médiation une perte regrettable d'autorité pour l'Administration. Les rapports verticaux, d'autorité ou hiérarchiques traditionnels, d'imposition de la volonté administrative se montrent de plus en plus inadaptés à la finalité d'une action publique plus efficace. Les rapports d'autorité traditionnellement hiérarchiques sont de plus en plus inadaptés à une action publique efficace.
- 29 Malgré les avantages et bienfaits que ce mécanisme pourrait apporter au droit administratif colombien, il n'existe pas encore, dans la société colombienne, une culture favorable à la médiation. Pour l'instant, l'accès au juge semble donc être la voie prioritaire.

3. L'absence d'une culture favorable à la médiation

- 30 Ainsi que nous venons de le montrer, la régulation actuelle de la médiation administrative en droit colombien est limitée. Sa principale limitation tient au fait que, s'agissant des conflits entre les autorités administratives et les administrés, elle ne soit pas prévue de manière générale, mais uniquement comme l'un des instruments à disposition du Défenseur du Peuple pour la protection des droits humains. De plus, cette médiation peu connue ne suspend pas les délais pour agir en justice, et les effets juridiques d'un éventuel accord demeurent flous. La réglementation la plus accomplie a trait à la médiation entre autorités publiques confiée à l'ANDJE : elle est sans doute celle qui a le plus de chances de succès. On pourrait penser que ce penchant pour la médiation entre autorités publiques est logique, au vu de la

facilité d'entamer le dialogue⁵⁶. Dès lors, la médiation trouve un terrain fertile dans le contentieux intra-administratif.

- 31 La médiation ne requiert pas de dispositions normatives très précises. Au contraire, la doctrine considère que la faible réglementation normative est favorable à son développement, car elle laisse aux parties une plus grande marge quant au déroulement du processus⁵⁷. Ainsi, il semble que la consécration de la médiation préalable obligatoire aurait des effets pervers et convertirait la médiation en une étape formelle d'accès au juge ; la médiation est, avant tout, un processus informel dérivé de l'autonomie de la volonté : son imposition obligatoire serait contraire à son essence⁵⁸. Par ailleurs, à notre sens, le développement éventuel de la médiation administrative avec les administrés ne pourrait pas être confié à l'ANDJE car ce n'est pas une autorité administrative indépendante : elle n'offrirait ainsi pas de garantie d'impartialité à l'égard des particuliers. Sa dénomination même, en tant qu'agence de « Défense Juridique de l'État », nuirait aux apparences d'impartialité et sèmerait le doute dans l'esprit des administrés. Face à ce constat, on pourrait penser qu'il suffirait d'introduire une disposition légale et une réglementation semblable à celle de la médiation dans le contentieux intra-administratif.
- 32 Mais en réalité, de nos jours, il n'existe pas encore de culture favorable à la médiation administrative en Colombie, contrairement au droit de l'Union Européenne. Il suffit de constater que l'une des finalités de l'Union, consacrée par le Traité de Lisbonne en matière de coopération judiciaire internationale, consiste à développer les moyens alternatifs de résolution des litiges, ou encore se référer à la Directive du Parlement et du Conseil datant du 21 mai 2008. Le fait que la loi colombienne ne prévoit pas de mécanisme général de médiation administrative dans les conflits entre l'Administration et les administrés est un indice du manque d'intérêt social pour cette question. Comment l'expliquer ?
- 33 Tout d'abord, cette réticence dépasse la sphère du droit administratif. Dans l'histoire de la Colombie, les conflits armés n'étaient pas résolus, traditionnellement, par la voie de la médiation d'un pays tiers et impartial. Lors de la négociation de l'accord de paix avec les Forces armées révolutionnaires de Colombie, le Mexique, Cuba, le Venezuela,

le Chili, le Brésil et la Norvège se sont portés garants de la négociation, mais leur rôle ne consistait pas en une médiation. L'Allemagne, la Suisse, la Suède et l'Espagne, de leur côté, n'étaient que des observateurs. Cette donnée est importante, compte tenu du fait que la médiation était, à l'origine, un mécanisme utilisé dans ce genre de conflits.

34 Par ailleurs, si on considère la médiation comme une évolution de la conciliation⁵⁹, le manque d'efficacité de cette dernière pourrait aussi expliquer l'absence du développement de la médiation. Bien que la conciliation soit couramment pratiquée en Colombie et qu'elle soit prévue en tant que condition préalable à l'accès au juge, son taux d'effectivité est très médiocre⁶⁰.

35 En outre, la médiation exige la présence d'un tiers ayant des qualités spécifiques, non seulement d'un point de vue technique, mais aussi d'un point de vue moral (reconnaissance, respectabilité, etc.), car ces conditions permettent de convaincre les parties de l'impartialité et de la neutralité du tiers chargé de tisser un lien entre elles, et suite à la rupture ou la dégradation de leur relation. Ainsi, la méfiance envers le tiers ou la difficulté à sélectionner des personnes ou des institutions garantes de ces qualités peut aussi être l'une des causes de l'absence de recours à la médiation.

36 Enfin, pour tenter d'expliquer les causes possibles de cette culture, certes non hostile, mais peu favorable à la médiation, on pourrait penser au niveau de développement de la conscience sociale. Ainsi, la médiation est, avant tout, un « dispositif permettant de transformer les passions humaines, dans des moyens préférés d'expression socialement plus acceptés⁶¹ ». De ce point de vue, il paraît que pour la plupart des Colombiens, le combat devant le juge, avec des « gagnants » et des « perdants », condamnés à payer les frais du procès, serait un moyen plus « digne » et, surtout, plus en accord avec l'état actuel de la culture sociale du pays⁶².

Conclusion

37 La fonction médiatrice du Défenseur du Peuple existe depuis 1991, mais elle est peu connue. La médiation menée par l'Agence de Défense Juridique de l'État existe depuis 2011, mais elle n'a été

réglementée qu'en 2015. La médiation policière est prévue depuis 2016, sans données disponibles. Cela montre que, dans le droit positif, la médiation est un mécanisme plutôt récent, même si on ne dispose pas d'études chiffrées et de statistiques montrant la progression de son utilisation. La déclaration de son inefficacité totale serait donc une conclusion hâtive. En effet, l'ouverture vers des issues non juridictionnelles au contentieux est un processus lent, mais qui a déjà été entamé. Dès lors, une conclusion prudente s'impose, fondée sur l'espoir d'un changement de culture nationale abandonnant, progressivement, son penchant pour les décisions juridictionnelles qui déclarent un « vainqueur » et un « vaincu ».

- 38 Il revient donc à la loi d'ouvrir la porte, d'une façon plus ample, à la médiation en droit administratif colombien. Il s'agirait d'instaurer une réglementation minimale prévoyant, dans le respect de la liberté des parties, les effets juridiques du processus de médiation, notamment la suspension des délais d'action en justice ainsi que les devoirs de confidentialité et d'impartialité du médiateur, et les effets juridiques de l'accord final. Les questions restantes, y compris celle relative au déroulement de la médiation, devraient relever de l'autonomie de la volonté des parties en conflit.
- 39 Voilà ce que la loi devrait faire. Néanmoins, ce que la loi ne pourrait pas faire, dans l'immédiat, à coups d'obligations légales et de sanctions, serait de transformer la culture juridique colombienne, en modifiant son penchant pour les juges, malgré leur lenteur à trancher les litiges et, très souvent, leur incapacité à régler les conflits...

NOTES

1 « Afin d'atteindre une modernité juridique, il était nécessaire de surmonter des modèles considérés archaïques pour la résolution des litiges, afin que le pouvoir juridictionnel ne soit pas le seul chargé de cette fonction, dans le respect de toutes les garanties processuelles » : A. F. OSPINA GARZÓN, « El contencioso administrativo no jurisdiccional : el despertar lento de la función contenciosa de la administración », in J. A. PIMENTO (dir.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, t. III, Bogotá, éd. Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 278. Dans le

cadre de cet article, toutes les traductions de l'espagnol au français sont de l'auteur.

2 « Face à cette situation d'engorgement juridictionnel, l'idée selon laquelle les juges sont la seule réponse au contentieux commence à être mise en doute. De même, le dogme de la séparation idéale des pouvoirs, entendue comme monopole des fonctions, est aussi contesté et repéré comme l'une des causes de l'inactivité de l'État » : *ibid.*, p. 287.

3 À partir de 1991, le droit colombien commence à tenter de mettre en place des voies non juridictionnelles pour résoudre des contentieux, notamment, la conciliation. En droit administratif colombien, la loi n° 23 de 1991 a introduit, pour la première fois, la conciliation, l'arbitrage et l'amiable compositeur au sein du contentieux administratif.

4 A. F. OSPINA GARZÓN, *L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien*, Saarbrücken, éd. Universitaires Européennes, 2012 ; « La justicia administrativa o los “medios de control” para la paz », in *La constitucionalización del derecho administrativo*, t. II : *El derecho administrativo para la paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 633-727 ; « El contencioso administrativo no jurisdiccional: el despertar... », op. cit., p. 261-331.

5 « Ces moyens alternatifs de résolution des conflits garantissent [...] le droit d'accès à l'administration de la justice » : V. PELÁEZ-GUITIÉRREZ, « Alcance y límites de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo : conciliación, transacción y amigable composición », in J. A. PIMENTO (dir.), op. cit., p. 218. Or, certains auteurs continuent à distinguer la résolution du litige de la justice : « Dans la conciliation et la médiation, les personnes sont aidées par un tiers afin qu'elles-mêmes changent leurs visions et puissent résoudre le conflit. Ce sont les parties qui dessinent et réalisent les changements pour le futur. Ainsi, la finalité de la conciliation et de la médiation consiste en la résolution du conflit et non à faire justice » : H. PEÑA, *Conciliación y mediación narrativa, teoría, práctica y reflexión*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021, p. 95.

6 Le droit d'accès à la justice concerne « la possibilité ouverte à toute personne, indépendamment de sa condition, d'avoir accès aux systèmes de justice disponibles » : Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Guía Informativa, XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 2000, p. 17.

7 « [...] La médiation doit être conçue dans son contenu propre, indépendamment du contentieux juridictionnel » : R. BOUSTA, « La mediación administrativa “en el marco” jurisdiccional en el derecho francés : de una “alternativa” al juez, a una justicia alternativa », in *Horizontes del Contencioso administrativo*, t. I : *El contencioso administrativo no jurisdiccional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 557 (traduction de l'espagnol) ; « Quand l'activité contentieuse de l'Administration sera ajustée et que la fonction administrative de résolution des litiges montrera ses fruits, il ne sera plus nécessaire d'utiliser l'expression “contentieux administratif non juridictionnel” et on pourra parler du contentieux de l'Administration publique » : A. F. OSPINA GARZÓN, « El contencioso administrativo no jurisdiccional : el despertar... », op. cit., p. 318.

8 « D'avantage que de contribuer à lutter contre l'encombrement de la justice, les MASC sont des voies effectives d'accès à la justice. Ils ne sont pas seulement alternatifs, mais complémentaires par rapport à la justice traditionnelle » : V. PELÁEZ-GUITIÉRREZ, « Alcance y límites », art. cit., p. 224.

9 Cour Constitutionnelle de la Colombie, arrêt n° C-1195, 2001. Cet arrêt ne concerne pas la médiation, mais la conciliation préalable obligatoire.

10 L'article L.213-1 du Code français de justice administrative définit la médiation comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ».

11 A. F. OSPINA GARZÓN, « Introducción. La definición del contencioso administrativo », in *Horizontes del contencioso...*, op. cit., p. 14-17.

12 L'article 7 de la Loi n° 2220 de 2022 relative au statut de la conciliation dispose que seules les affaires susceptibles de transaction peuvent être l'objet d'une conciliation.

13 Article 59 de la Loi n° 1563 de 2012 relative au statut de l'arbitrage.

14 Cette définition est issue de l'article 3 de la Loi n° 2220 de 2022 précitée.

15 Cour Constitutionnelle de la Colombie, Arrêt n° T-017, 2005.

16 Article 59 de la Loi n° 1563 de 2012 précitée.

17 M. CAVALIÉ, « Gérer les conflits dans le couple : comment les désamorcer ? », Coopleo.care, <<https://www.coopleo.care/conflit-couple/>>

:~ :text =Adopter %20la %20bonne %20attitude %20pour,qui %20pourrai t %20aggraver %20la %20situation>, consulté le 17 avril 2025.

18 R. HALF, roberthalf.com, « Six méthodes pour une meilleure gestion des conflits au travail », mis en ligne 1^{er} août 2024, <<https://www.roberthalf.com/fr/fr/tendances/conseils-management/comment-gerer-le-conflit-au-travail-6-methodes>># :~ :text =G %C3%A9n %C3%A9ralement %2C %20le %20conflit %20au %20travail,prendre %20parti %20dans %20un %20conflit>, consulté le 17 avril 2025.

19 P. MERLE, « Le conflit dans l'école : question scolaire et question sociale », *Le Télémaque*, n° 31, mai 2007, p. 51-62, <<https://doi-org.ujm.idm.oclc.org/10.3917/tele.031.0051>>, consulté le 17 avril 2025.

20 « Conflits armés dans le monde » : <<https://www.unicef.fr/convention-des-droits-enfants/urgences/conflits-armes/>>, consulté le 24/06/2025.

21 « En ce qui concerne la médiation administrative, elle peut être définie, comme un processus tertiaire, guidé par un tiers neutral et impartial, qui cherche à (ré) établir le lien avec l'Administration publique » : R. BOUSTA, *La notion de médiation administrative*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 548.

22 Cour Constitutionnelle de la Colombie, Arrêt n° C-979 de 2005.

23 En droit colombien, on emploie plutôt l'expression « loi statutaire » pour désigner la catégorie de loi ayant un rang supérieur dans l'ordonnancement juridique, et qui peut déterminer la constitutionnalité des lois ordinaires. Les domaines réservés aux lois statutaires sont définis par la Constitution : notamment, les droits fondamentaux, le régime des partis politiques, l'exercice du droit à l'opposition politique, les mécanismes de participation démocratique, ainsi que l'administration de la justice. L'adoption des lois statutaires requiert des majorités qualifiées et, une fois adoptées, la Cour Constitutionnelle exerce un contrôle préalable.

24 Article 8 de la loi n° 270 de 1996, modifié par l'article 3 de la loi n° 1285 de 2009.

25 Loi du 3 janvier 1973.

26 Art. 54 de la Constitution de 1978.

27 L'article 13-11 du Décret-Loi n° 25 de 2014 prévoit, parmi les fonctions des défenseurs délégués, « l'exercice de la médiation à l'égard des pétitions collectives présentées devant l'Administration par des organisations citoyennes ou populaires, si celles-ci le demandent, et celle entre des

usagers du service public et les entreprises publiques ou privées chargées de sa prestation [...] ».

28 « Dans les fonctions du Défenseur du peuple, on trouve la défense des citoyens, ce qui fait du Défenseur une espèce de médiateur entre ceux-ci et l'Administration publique. Pour accomplir cette fonction, le Défenseur doit avoir des moyens adéquats pour répondre aux demandes des citoyens [...]] Dans l'exercice de cette fonction, le Défenseur peut saisir la justice : exercer des actions pour la défense des droits collectifs, « actions populaires », ainsi que des actions pour la protection des droits fondamentaux « actions en tutelle » et l'*habeas corpus* dans la défense des personnes » : N. OSUNA, « El defensor del pueblo », *Credencial Historia*, n° 156, 2002.

29 M. E. MARÍN-SANTOYO, « La mediación en el derecho administrativo colombiano : una oportunidad para la resolución de controversias », in *Horizontes del Contencioso administrativo*, op. cit., 2022, p. 592.

30 « La médiation qui est pratiquée par le Défenseur du Peuple est dérivée de sa fonction de défense des droits humains » : P. RAMOS-RODRÍGUEZ et al. (dir.), *El papel mediador de la Defensoría del Pueblo de Colombia en los casos de alteración del orden interno en los centros de reclusión*, Instituto Interamericano de derechos humanos (IIDH), 2005, [en ligne] <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/24209.pdf>>, consulté le 24/06/2025.

31 M. CÀRDENAS et R. TORRES, *Previniendo y actuando frente al acoso escolar*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2015, [en ligne] <<https://repositorio.defensoria.gov.co/server/api/core/bitstreams/284c04f0-577f-4AAF-9856-c0d2b0126b98/content>>, consulté le 24/06/2025.

32 « Juridiction du Contentieux Administratif » est le nom exact donné par la Constitution colombienne. Il ne s'agit donc pas du pur équivalent d'une « juridiction administrative », telle qu'entendu en France, car elle est située, organiquement parlant, au sein du pouvoir judiciaire ; de plus, à aucun moment, il n'a été considéré que sa fonction soit de nature administrative. Selon Rivero, « la Colombie a eu l'intelligence de purger le système français de la vieille défiance de l'administration envers le juge judiciaire dont il garde encore trop de traces, qu'il s'agisse du caractère unilatéral de l'élévation du conflit positif ou de la complexité des solutions données au problème des questions préjudiciales ; simplifications bénéfiques et dont, par un phénomène de choc en retour, la France gagnerait à s'inspirer », J. RIVERO, « Préface », in L. A. LUNA BENITEZ (dir.), *Lo contencioso administrativo*, Bogotà, Librería del profesional, 1981, p. 7.

33 Art. 73 de la Loi n° 2220 de 2022, modifiant l'art. 231 de la Loi n° 1801 de 2016.

34 Art. 74 de la Loi n° 2220 de 2022, modifiant l'art. 232 de la Loi n° 1801 de 2016.

35 Art. 76 de la Loi n° 2220 de 2022, modifiant l'art. 234 de la Loi n° 1801 de 2016.

36 Au contraire, l'article 233 de la Loi n° 1801 de 2016 disposait, dans sa version originale, que l'accord possédait les effets de la chose jugée.

37 Art. 77 de la Loi n° 2220 de 2022, incluant un article 234A dans la Loi n° 1801 de 2016.

38 Art. 6-3-XII du Décret-Loi n° 4085 de 2011 relatif aux fonctions de l'ANDJE.

39 Décret n° 2137 de 2015 modifiant le Décret réglementaire n° 1069 de 2015 relatif au secteur de la justice. Néanmoins, cette attribution s'exerçait auparavant, selon le rapport d'activité de l'ANDJE : <https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Documents/informe_gestion_2012.pdf> consulté le 19/06/2025

40 Le nom donné à cet organe est erroné, considérant que sa fonction ne se borne pas à la conciliation, mais, d'une façon plus large, et à l'intérieur de chaque autorité administrative, à la préparation de la ligne de défense de l'organe concerné en vue du contentieux.

41 L'article 59 de la loi n° 1563 de 2012 fonde le recours à ce type de mécanismes sur l'autonomie de la volonté des parties.

42 En ce sens, on pourrait comparer la nature contractuelle de la médiation avec celle de l'amiable composition : T. O. ACOSTA et F. TERNERA BARRIOS, « El contrato sui generis de amigable composición, una alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura », *Revista de Derecho Público*, n° 35, juillet-déc. 2015, p. 10.

43 A contrario, voir : M. E. MARÍN-SANTOYO, art. cit., p. 590.

44 J.-F. SIX, *Dinámica de la mediación*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1997, p. 159.

45 M. E. MARÍN-SANTOYO, art. cit., p. 590.

46 Article 9 du Décret n° 1716 de 2009. « Même si ces exigences ont l'air d'être contraires à la nature de la médiation, elles ne peuvent pas être méconnues dans l'accord mettant fin au conflit, afin d'éviter que l'accord soit privé d'effets ou qu'il soit contesté devant les juges », *ibid.*

47 R. BOUSTA, *op. cit.*, p. 549.

48 Cour Constitutionnelle de la Colombie, arrêt n° C-901/18.

49 « Il sera toujours mieux de résoudre les conflits de façon pacifique, par accord et rapidement, entre ceux qui y sont mêlés, au lieu d'attendre qu'un tiers leur impose une décision, après plusieurs années de procès » :

V. PELÁEZ-GUTIÉRREZ, *art. cit.*, p. 215.

50 Article 1^{er} du Décret n° 1716 de 2009.

51 J. TORNOS MAS, “La mediación en el derecho administrativo”, in :

<<https://blogs.uoc.edu/edcp/wp-content/uploads/sites/24/2019/01/Joaquin-Tornos-Mas.pdf>> consulté le 19 juin 2025

52 « La résolution d'un conflit impliquant l'intérêt général est de la compétence exclusive du juge [...] sur la légalité duquel on ne peut ni concilier ni transiger » : *ibid.*, p. 226.

53 Loi de modernisation de la justice du xxie siècle, n° 2016-1547, 18/11/2016, JORF du 19/11/2016, n° 0269, texte n° 1 (art. L.213-1 sq. du Code de Justice administrative) ; Décret relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, 18/04/2017, n° 2017-566, JORF du 20/04/2017, n° 0093, texte n° 23. En Colombie, la médiation n'est pas un préalable obligatoire à la saisine du juge (voir, s'agissant de la France, le Décret du 25 mars 2022), et ce dernier n'a pas le pouvoir de renvoyer l'affaire devant un médiateur.

54 « Aujourd'hui, le pouvoir judiciaire est omniprésent dans la vie juridique des citoyens, ce qui a conduit à ce que le système ne fonctionne plus » : S. BARONA VILAR, « Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación », *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 18, n° 1, 2011, p. 191.

55 « Il est important que la résolution du conflit ait un effet processuel car, dans le cas contraire, l'accord pourrait être méconnu et cela nuirait à sa finalité » : M. E. MARÍN-SANTOYO, *art. cit.*, p. 583. En droit français, l'article L 213-4 du Code de justice administrative prévoit l'homologation juridictionnelle de l'accord : R. BOUSTA, *op. cit.*, p. 549 ; p. 563.

56 « Les fonctionnaires publics se sont confrontés aux mêmes problèmes lors du conflit et ils sont soumis aux mêmes contrôles. Ils ont tous la même fonction de protéger le patrimoine public » : M. E. MARÍN-SANTOYO, *art. cit.*, p. 594.

57 « L'excès de formalisme et de réglementation des moyens alternatifs de résolution des conflits n'est pas positif ; au contraire, cela les momifie, contribuant à établir des camisoles de force nuisant à leur efficacité » : V. PELÁEZ-GUTIÉRREZ, art. cit., p. 233-234.

58 S. BARONA VILAR, art. cit., p. 207.

59 « La médiation est une évolution de la conciliation, car le conciliateur a besoin d'apprendre à être un bon médiateur, par des formations lui apprenant à rapprocher les parties, à travailler avec elles, à transformer le langage négatif en langage positif [...]. » : *ibid.*, p. 199.

60 « Entre 2011 et 2014, la moyenne des accords de conciliation rapportés au nombre de demandes de conciliation a été de 10,07 %. Cependant, ce pourcentage est moindre, car il ne tient pas compte des accords qui ont été effectivement homologués par le juge [...]. Les chiffres montrent que la conciliation extrajudiciaire ne constitue pas une politique publique générale en faveur de la résolution des conflits dans le contentieux administratif. La conciliation n'est devenue qu'un mécanisme qui doit être déclenché pour que la requête soit recevable devant le juge » : V. PELÁEZ-GUITIÉRREZ, « Evaluación de treinta años de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo : un balance amargo en cuanto a su excesivo formalismo y a su eficacia », in *Horizontes del Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 651 , p. 653.

61 F. BEN MRAD, *Sociologie des pratiques de médiation, Entre principes et compétences*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 183, cité par R. BOUSTA, op. cit.

62 Au contraire, en France, « cette évolution récente met en évidence le changement culturel qui est en train de se faire et qui est loin d'être complètement terminé » : *ibid.*, p. 551.

ABSTRACTS

Français

Bien que la médiation administrative soit prévue en droit colombien pour régler les conflits entre administrés et administrations, entre administrations, et même entre particuliers, ce mécanisme n'est suffisamment connu ni de la doctrine spécialisée ni des citoyens. Des réglementations en la matière ne sont intervenues que récemment. Alors que la sociologie du conflit montre un penchant traditionnel pour la juridictionnalisation de ce dernier, cet article discute le lent changement culturel, dans la société colombienne, tendant à l'utilisation d'autres moyens

de résolution du « contentieux ». Aussi l'auteur propose-t-il de différencier les concepts de litige et de conflit, le dernier étant davantage propice à la médiation.

English

Administrative mediation is provided for in Colombian law to resolve conflicts between citizens and the administration, as well as conflicts between public authorities and even between individuals, but it is not a sufficiently well-known mechanism, not only by the specialized doctrine, but also by citizens. Regulations in this area have only recently taken place. While the sociology of conflict shows a traditional leaning for the judge, this article shows how a slow cultural change is taking place in Colombian society towards the use of other means of dispute resolution. Hence, the author proposes to distinguish between the concepts of litigation and conflict, the latter appearing to be more suitable for mediation.

INDEX

Mots-clés

droit colombien, moyens alternatifs de résolution des conflits, moyens alternatifs de résolutions des litiges, médiation, contentieux administratif

Keywords

colombian law, alternative conflict resolution mechanisms, alternative dispute resolution mechanisms, mediation, administrative litigation

AUTHOR

Andrés Fernando Ospina-Garzón

Professeur en droit public – Université Externado de Colombia, Membre fondateur du réseau « RAICA »

IDREF : <https://www.idref.fr/119740176>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000093766996>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16235812>

Interview

Introduction

Lise Brun and Patrick Taillon

DOI : 10.35562/droit-public-compare.675

Copyright

CC BY-SA 4.0

TEXT

- 1 Les relations scientifiques entre la France, le Canada et, surtout le Québec, sont soutenues par d'anciens et nombreux dispositifs gouvernementaux dont la plupart datent de la Révolution tranquille du début des années 1960. Depuis, ces relations n'ont cessé de se développer et de s'enrichir, notamment grâce à la trajectoire de nombreux jeunes chercheurs et chercheuses qui, par curiosité personnelle, et encouragés par leur direction de recherche, ont décidé d'entreprendre des travaux de comparaison des droits publics français et canadien.
- 2 Les deux auteurs responsables d'introduire cette série d'entretiens sont d'autant plus attachés à la jeune recherche française comparatiste qu'ils ont eux-mêmes réalisé leur thèse de droit constitutionnel comparé en cotutelle entre la France et le Canada. À maints égards, nous nous sommes reconnus dans plusieurs des points qu'ont tenus ici à souligner Camille Bordère, Fannie Duverger et Jonathan Sellam.
- 3 Ces trois riches entretiens font donc plus qu'attester de l'excellence de leurs thèses, ayant pour objet respectif le discours doctrinal franco-qubécois sur la justice algorithmique, la représentation coutumière autochtone en France et au Canada, et l'évolution des systèmes constitutionnels d'anciens dominions du Royaume-Uni. Ils témoignent aussi des défis méthodologiques et épistémologiques que partage l'ensemble de la communauté des comparatistes.
- 4 Chaque témoignage qui suit révèle une expérience de recherche singulière, marquée par les défis et les découvertes propres au droit comparé. Pourtant, au-delà de ces expériences individuelles, ces entretiens montrent clairement l'apport des recherches doctorales

menées en droit public comparé. Ils soulignent en effet comment ces travaux comparatifs permettent de porter un regard neuf et original sur les systèmes juridiques québécois, canadien et français. Ils révèlent également des ressemblances, parfois insoupçonnées, entre ces systèmes, favorisant ainsi la circulation transatlantique des idées juridiques. Cette circulation, précieuse, ouvre la voie à des réflexions inédites et à des réformes prometteuses dans chacun des territoires étudiés. Enfin, ces recherches comparées encouragent l'émergence de collaborations scientifiques durables, tout en inspirant de nouvelles approches et méthodes en matière de recherche et d'enseignement du droit public.

- 5 Ces entretiens devraient éveiller de nouvelles vocations chez tous ceux qui seraient tentés de réaliser leur thèse en droit public comparé France – Canada. C'est tant mieux : comme remarqué très justement par Camille, Fannie et Jonathan, s'agissant des formes d'État, de l'aide médicale à mourir, du respect de la laïcité ou encore de tant d'autres questions juridiques faisant régulièrement l'actualité, la comparaison entre nos systèmes juridiques offre encore de fécondes avenues de recherches. À ces trois récents docteurs français et aux autres, nous souhaitons par conséquent de nouveaux et tout aussi riches voyages intellectuels au Québec et au Canada.

AUTHORS

Lise Brun

Stagiaire postdoctorale Fonds de recherche du Québec – Société et culture (FRQSC)

IDREF : <https://www.idref.fr/198709307>

Patrick Taillon

Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval

IDREF : <https://www.idref.fr/149231504>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000123690655>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16585973>

Interview Fannie Duverger

Aurore Gallet and Fannie Duverger

DOI : 10.35562/droit-public-compare.678

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Présentation

Droit comparé/Droit public comparé

Canada/Québec

Perspectives

TEXT

« La représentation coutumière en droit constitutionnel canadien et français », thèse soutenue le 2 juin 2023, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, sous la direction des professeurs Xavier Philippe (Université Paris 1) et Jean-François Gaudreault-Desbiens (Université de Montréal), cotutelle. Publication aux éditions LGDJ-Lextenso le 4 février 2025.

Présentation

Pouvez-vous brièvement résumer l'objet et les résultats de votre recherche ?

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dispose que « les peuples autochtones ont [...] le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles¹ ». Ainsi, pour apaiser certains conflits entre les institutions décisionnelles de l'État et les institutions « coutumières », pour concilier la volonté générale et la volonté autochtone, des compromis sont trouvés et intégrés dans le droit positif. L'objet de ma thèse porte donc sur la prise en compte, par l'État, de l'existence d'une représentation politique coutumière,

autrement dit de l'existence de modes de production d'une volonté autochtone particulière, au sein de l'ordre juridique.

Cette recherche m'a conduit à préciser la définition de la représentation coutumière, à en déterminer les institutions, les évolutions et à interroger les mécanismes universels de la représentation politique. À l'époque précoloniale, la représentation coutumière permet d'exprimer la volonté souveraine et unifiée des communautés autochtones, rassemblées en clan, en nation ou en confédération. À cette période, elle se traduit par la désignation non électorale de ses représentants, lesquels délibèrent longuement et adoptent leurs décisions de façon consensuelle. Ensuite, en contact avec l'ordre étatique, la représentation coutumière évolue, intégrant, dans certains cas, la procédure majoritaire comme mode de décision, l'élection comme mode de désignation, ou la représentativité comme critère de sa composition. En conséquence, aujourd'hui, au Canada et en France, les éléments communs de la représentation politique s'organisent au sein d'institutions représentatives partagées avec les non-autochtones tels que les parlements nationaux, le Congrès de Nouvelle-Calédonie, l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna ou certains conseils municipaux de Guyane. Parallèlement, les spécificités de la représentation coutumière perdurent au sein d'institutions représentatives autochtones, plus ou moins autonomes. Il en est ainsi des conseils des Premières Nations issus des accords d'autonomie gouvernementale, des assemblées autochtones, du régime coutumier des rois de Wallis et Futuna ou encore des institutions consultatives comme le Sénat coutumier calédonien, qui sont autant d'institutions perméables au droit coutumier, où s'organise la représentation des intérêts autochtones et où s'observe la représentation coutumière.

Influencée par le modèle étatique, la représentation coutumière est donc cette représentation, fondée sur des sources coutumières ou de droit coutumier, selon laquelle ceux qui tiennent lieu, portent leur parole ou ressemblent aux autochtones expriment une volonté unifiée qui est présumée être la leur. Si elle en partage certains critères, cette représentation ne peut se confondre avec celle de l'État dans la mesure où la volonté produite est imputable à une population originellement souveraine et peut être produite selon des procédures d'inspiration précoloniale particulières.

Au Canada comme en France, ces spécificités coutumières restent encadrées par des conditions formelles et matérielles jugées nécessaires à la cohérence du droit positif lors de l'intégration des institutions autochtones dans l'ordonnancement juridique.

Formellement, les institutions représentatives autochtones doivent notamment s'assurer d'écrire leurs coutumes, tant celles concernant l'exercice de la représentation que les coutumes produites par les assemblées autochtones elles-mêmes². S'insérant dans la hiérarchie des normes, ces décisions « coutumières » peuvent avoir une valeur législative, comme dans le cadre des accords gouvernementaux canadiens, ou peuvent faire échec à l'application de la loi, sur le fondement, en France, du statut civil coutumier des Kanak ou des Insulaires de Wallis et Futuna³. Matériellement, l'exercice de la représentation coutumière doit encore respecter les textes constitutionnels, dont l'application est équilibrée par le principe selon lequel des dispositions particulières peuvent déroger à des dispositions générales⁴. Enfin, si l'élection des représentants coutumiers n'est pas toujours exigée pour leur reconnaissance en droit positif, ils doivent toutefois s'assurer du consentement des citoyens lors de leur nomination, au nom du respect du principe démocratique⁵.

Ainsi institutionnalisée, une représentation politique différente coexiste au sein de l'ordre juridique étatique. Loin d'ébranler sa souveraineté, la prise en compte de la représentation coutumière par l'État peut conduire à renforcer son unité et à lui conférer une nouvelle légitimité.

Pouvez-vous spécifier les modalités pratiques de votre travail : modalités institutionnelles, codirection ou cotutelle ; séjour sur place ; intégration dans une université d'accueil ; accès aux sources, etc.

Ma thèse s'inscrit dans le cadre d'une cotutelle réalisée entre l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et l'Université de Montréal. Ce cadre m'a amené à effectuer un séjour d'un an à l'Université de Montréal, au début de mon doctorat, entre janvier 2020 et janvier 2021. Durant cette première année, des cours de méthodes et de théories du droit doivent être suivis et permettent d'acquérir des connaissances sur la recherche en droit. Valider ces différents

enseignements ouvre la possibilité de passer son examen de synthèse, lequel est à la fois écrit et oral, lors de la deuxième année de doctorat. D'une part, il s'agit de rendre un document qui présente l'objet, la problématique, le cadre théorique, la méthodologie et la bibliographie de la thèse en devenir. D'autre part, ce document est soutenu oralement devant trois examinateurs, incluant le directeur de thèse, qui formulent des remarques, critiques ou conseils pour la suite du doctorat.

Parallèlement, en août et septembre 2021, malgré les difficultés de déplacement liées au covid-19, j'ai eu l'opportunité de réaliser un séjour de recherche financé d'un mois à l'Institut Max Planck d'Halle-sur-Saale, pour consulter des ouvrages d'anthropologie du droit. À mon retour, j'ai été ATER en droit public pendant deux ans, à l'Université de Bordeaux, où j'ai eu accès à de nombreux ouvrages en droit des outre-mer.

J'ai finalement soutenu ma thèse le 2 juin 2023, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, devant un jury composé paritairement de membres canadiens et français.

Droit comparé/Droit public comparé

Quelles ont été vos motivations pour un travail doctoral en droit comparé ?

Mon mémoire de Master 2 portait sur *l'universalité des droits de l'homme à l'épreuve de l'anthropologie juridique*. C'était une première manière d'interroger l'universalité des concepts qui permettent de vivre ensemble. Après les droits fondamentaux, mon projet était d'interroger l'universalité de la démocratie élective. Plusieurs questions motivaient ma démarche : est-ce que tous les Hommes, partout et en tout temps, ont véritablement les mêmes manières de s'assembler, de délibérer et d'être représentés politiquement ? Est-ce que tout le monde élit ses représentants ? Il m'a semblé que les deux seuls régimes politiques où les représentants n'étaient pas élus restaient les dictatures et les systèmes autochtones. De cette façon, j'en suis arrivée à m'intéresser à la représentation politique des peuples autochtones.

Comme la question de l'universalité des pratiques et des règles de démocratie s'apparente à une question d'anthropologie juridique, j'ai reformulé la problématique pour m'interroger plutôt sur la coexistence des règles autochtones avec le droit de l'État. Autrement dit, comment le droit français tolère et organise, au sein du droit positif, une représentation politique permettant la production d'une volonté autochtone particulière, qui n'est fondée ni sur le Parlement, ni sur l'élection ?

Le choix d'avoir recours à la comparaison repose sur l'objectif propre à la thèse. En l'espèce, il se justifie pour démontrer qu'il existe de multiples voies juridiques permettant la reconnaissance de la représentation coutumière : la comparaison ouvre le champ des possibles.

La comparaison se justifie aussi, car l'existence de « peuples autochtones » n'est pas explicite en droit français. Par conséquent, analyser la manière dont l'État reconnaît les institutions représentatives autochtones dans d'autres régimes juridiques permet d'offrir un contraste avec le droit français et d'envisager de nouvelles solutions à des problématiques communes.

Enfin, outre la comparaison dans l'espace, c'est encore la comparaison dans le temps qui s'avère particulièrement nécessaire, puisque la reconnaissance des institutions représentatives autochtones obéit, dans la plupart des ordres juridiques, à trois périodes : une période précoloniale de cohabitation, voire, dans certains cas de collaboration ; une période coloniale d'assimilation des institutions et des coutumes ; et enfin, une période postcoloniale, marquée par des processus de décolonisation qui peuvent conduire à l'autonomisation des systèmes de représentation autochtones.

Comment avez-vous abordé le droit comparé dans ce travail doctoral ? Avez-vous adopté une méthodologie particulière ? Y a-t-il des spécificités s'agissant du droit public comparé ?

La méthode dépend de l'objectif de la thèse et mon objectif était bien de comparer deux États qui accomplissent une même fonction. En droit comparé, c'est la méthode fonctionnelle qui se fonde sur la finalité des institutions et des règles. Cette approche considère que « les seules choses comparables sont celles qui remplissent les

mêmes fonctions ». La fonction similaire, c'est bien la prise en compte, au sein du droit positif, de la représentation coutumière. Toutefois, même après cette fonction identifiée, il reste encore de nombreux défis et d'importantes spécificités à comparer la reconnaissance d'un « pluralisme autochtone », par deux États différents.

Y a-t-il des spécificités s'agissant du droit public comparé ? Quelles ont été les difficultés éprouvées ? Avez-vous spécialement éprouvé des problèmes de traduction de notions ou concepts, y compris avec le Québec ?

Il y a de nombreuses spécificités à travailler, de manière comparée, sur les peuples autochtones.

La première d'entre elles concerne le choix des termes à utiliser. En effet, pour désigner des réalités semblables, des termes différents sont utilisés en France et au Canada, en Anglais et en Français, ou dans les doctrines publiciste et pluraliste. Par exemple, en anglais, on parle d'aborigène (*Aboriginal*) ou d'indigène (*Indigenous*), qui sont des termes connotés négativement en Français, où l'on emploie le terme « Amérindien », pour les communautés de Guyane, terme lui-même péjoratif au Canada.

Plus encore, au Canada, on parle de « peuple autochtone » et de « droit autochtone ». Toutefois, en France, la catégorie juridique de « peuple autochtone » n'existe pas, on préfère les expressions de « populations d'outre-mer », de « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt », lesquelles sont régies par des « coutumes », du « droit coutumier » ou leur « statut coutumier ». En l'espèce, la notion de « coutumes » et de « coutumier » est perçue négativement au Canada, car elle réduit les sources du droit autochtone à l'une d'entre elles, alors que le droit autochtone, plus largement, se fonde sur diverses sources qui se trouvent dans le droit naturel, le droit sacré, le droit positif, le droit coutumier et le droit délibératif⁶.

Face à ces difficultés, j'ai parfois dû utiliser le plus petit dénominateur commun et parler de « populations autochtones », surtout car le terme de « peuple » renvoyait à des régimes juridiques ambigus et à certains paradoxes. En effet, le Canada utilise les termes de « peuples

autochtones », mais ne leur reconnaît qu'un droit à l'autodétermination interne, c'est-à-dire à une autonomie gouvernementale en tant que groupe au sein du Canada. À l'inverse, la France refuse, à la suite de la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991, le qualificatif de « peuple » pour une autre entité que le peuple français. Pourtant, le préambule de l'Accord de Nouméa reconnaît le « peuple kanak » tout en reconnaissant un droit à l'autodétermination externe, c'est-à-dire à l'indépendance, à un ensemble plus large, le « peuple calédonien », si celui-ci existe. Utiliser le mot « peuple » aurait donc entraîné certaines ambiguïtés juridiques renvoyant, en France ou au Canada, à des régimes et des effets juridiques différents. J'ai donc principalement utilisé les termes de « communauté » « population » et « nation » autochtones, également usités et définis par l'Organisation des Nations unies. Dans chaque chapitre j'ai aussi essayé de contextualiser l'usage des mots, comme ceux d'« Indien » ou d'« Indigène », en les replaçant à la période où ils étaient eux-mêmes utilisés.

Concernant les termes utilisés, il y a encore le défi de la traduction : certains concepts n'ont pas d'équivalence en langue autochtone, comme la liberté, la souveraineté ou l'individualité. Il faut donc essayer de s'approcher au mieux des conceptions autochtones, en lisant des ouvrages écrits par les autochtones eux-mêmes. Toutefois, ma thèse portant sur la prise en compte par l'État des institutions autochtones, l'objet principal porte sur la traduction, en droit positif, de ces notions autochtones, en matière de représentation. Dès lors, cette difficulté n'était pas insurmontable pour répondre à ma problématique.

La seconde spécificité de la comparaison résulte de l'objet à comparer. En premier lieu, car la représentation coutumière ne dépend pas, juridiquement, du droit positif. Il est évident que ces institutions peuvent faire l'objet de négociations et d'une reconnaissance par l'État. Pourtant, d'un point de vue autochtone, la validité des institutions coutumières ne dépend pas de l'État. Ces institutions trouvent leur source, leur légitimité et la revendication de leur reconnaissance dans des systèmes juridiques initialement extra-étatiques et coutumiers qui n'ont pas nécessairement « besoin d'être reconnus et [...] ne sont pas nécessairement modifiés par la posture de l'État à leur égard⁷ ». Cette spécificité se retrouve dans les

recherches menées sur l'ordre juridique mafieux ou sur l'ordre religieux⁸ : la représentation coutumière relève d'un système juridique particulier par rapport à l'ordre étatique, ce qu'il faut prendre en compte dans la comparaison. En second lieu, il faut noter que la représentation coutumière appartient à une tradition juridique différente, dite « chtonique » ou « autochtone », où la morale, le sacré et le droit sont indifférenciés. Certaines coutumes sont d'ailleurs intériorisées et se transmettent de génération en génération. Ceci implique que la compréhension des systèmes de représentation autochtones ne se limite ni aux textes législatifs, ni aux décisions de jurisprudence, ni aux constitutions autochtones écrites, et s'élargit, en l'espèce, aux ouvrages d'anthropologie juridique, la recherche de terrain ayant été rendue quasiment impossible à cause de la pandémie de covid-19.

Quel apport spécifique du droit comparé dans votre travail ?

Le droit comparé m'a permis de tenir compte de toutes les spécificités inhérentes aux systèmes étudiés, qu'il s'agisse de la France, du Canada ou des systèmes autochtones. Plus particulièrement, le droit comparé met l'attention sur l'influence que ces systèmes peuvent avoir l'un sur l'autre et sur les emprunts qui résultent des contacts entre autochtones et Européens, autrement nommés les « greffes », « irritants », « transposition », « transplants », « transferts », « dialogue », « réception », ou « formants ». In fine, il apparaît que certains concepts juridiques sont imposés, sont transposés, ou encore, « voyagent » de l'ordre étatique vers les systèmes coutumiers.

Les conséquences importent, car un mécanisme de représentation politique, tel que l'élection, résulte en réalité d'une influence de l'ordre étatique et ne provient originellement pas de la coutume, même s'il a pu être modifié au contact des systèmes autochtones. Seule une comparaison, en contexte, incluant une dimension historique, permet de saisir les relations particulières entre l'État et les systèmes autochtones et de comprendre la représentation coutumière et ses évolutions, au Canada et en France.

Canada/Québec

Pourquoi la comparaison avec le Canada/le Québec ?

Au début de ma thèse, en 2019, les deuxième et troisième référendums de l'Accord de Nouméa allaient être organisés en Nouvelle-Calédonie. Ces évènements impliquaient une réflexion sur de nouvelles institutions représentatives calédoniennes, que celles-ci s'inscrivent, ou non, au sein de la République française. Dès lors, le choix d'inclure la France comme premier élément de comparaison se justifiait par l'actualité politique, par mon intérêt personnel à étudier le système dans lequel j'évoluais, par l'accessibilité des sources et de la langue et, enfin, par la volonté d'exercer, ensuite, mon métier d'enseignant-chercheur en France. Partant de ce premier choix, je cherchais un État où la prise en compte de la représentation coutumière permettait de faire ressortir les spécificités françaises, tout en offrant éventuellement des solutions transposables ou, *a minima*, une nouvelle manière d'envisager le sujet. Suivant la métaphore d'un « entonnoir », j'ai posé des critères pour réduire la liste des États pertinents. Trois critères ont été appliqués afin de sélectionner l'État à comparer avec l'ordre juridique français. Premièrement, cet État devait compter, sur son territoire, des populations autochtones qui n'étaient aujourd'hui ni souveraines ni indépendantes et avaient vécu la colonisation⁹. Deuxièmement, il devait avoir une tradition juridique proche de la tradition civiliste pour observer l'existence d'une problématique et de sa résolution en des termes comparables. Troisièmement, il devait présenter une certaine lecture pluraliste de la représentation politique : le système représentatif autochtone devait perdurer, au moins partiellement, dans le droit positif de l'État dominant.

Au titre du premier critère, j'ai pu exclure les États aujourd'hui décolonisés et indépendants, tel que la plupart des États sur les continents africain et asiatique et les États n'ayant ni connu ni participé aux processus coloniaux. Il restait alors les États européens, principaux instigateurs des politiques coloniales. Ces colonisations européennes ont d'ailleurs souvent été comparées par les manuels de droit colonial du xix^e siècle, puisque des problématiques similaires ont été rencontrées sur le terrain juridique. J'ai choisi les empires

britannique et français, en raison de l'accessibilité des sources historiques et de la langue dans laquelle les normes sont élaborées et interprétées. Pourtant, l'expérience passée des colonisations britannique et française concerne encore un nombre important d'États dans le monde.

La comparaison a donc été précisée grâce au deuxième critère : la proximité des traditions juridiques des États comparés. En Nouvelle-Calédonie et en Nouvelle-France, c'est-à-dire au Canada avant 1763, les histoires de la Grande-Bretagne et de la France se sont particulièrement influencées, jusqu'à la survivance d'un système juridique mixte au Québec. C'est pourquoi la comparaison des ordres étatiques canadien et français est intéressante : le Canada présente l'intérêt d'être bijuridique, tandis que l'ordre juridique français appartient à la tradition civiliste. L'entrelacement des traditions juridiques entre le Canada et la France témoigne de leur rapprochement dans l'histoire et de leurs problématiques communes. De surcroît, le Canada est particulièrement connu pour l'importance de sa doctrine sur la représentation autochtone.

À ce titre, le troisième critère précise encore la comparaison avec le Canada. En effet, l'État à comparer devait nécessairement avoir une certaine lecture pluraliste de la représentation politique. Pour le Canada, la reconnaissance de la « représentation coutumière » s'inscrit principalement aux articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces articles garantissent les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Parmi ces droits figure le droit à l'autonomie gouvernementale, lequel inclue notamment le pouvoir d'adopter des lois par l'intermédiaire d'institutions décisionnelles autochtones. Le Canada passe donc des accords d'autonomie gouvernementale et reconnaît des assemblées coutumières autochtones qui adoptent des normes de valeur législative. Toutefois, ce sont encore les accords gouvernementaux, traduits par la loi, ou la jurisprudence qui donnent un effet aux normes coutumières dans le droit positif.

Pour la France, malgré son caractère unitaire, la loi organique confère aux lois du pays adoptées par le Congrès de Nouvelle-Calédonie une valeur législative, lesquelles sont contrôlées uniquement par le Conseil constitutionnel. De même, l'article 75 de la Constitution ou le

statut de 1961 de Wallis et Futuna consacrent des statuts civils particuliers, permettant aux coutumes de faire échec à l'application de la loi positive. Donc, malgré son caractère unitaire, il y a bien une dualité législative en France, renvoyant à une pluralité d'institutions représentatives. On parle alors de fédéralisme asymétrique, ce qui permet de rapprocher la France de certaines caractéristiques canadiennes.

In fine, l'identification de ces trois critères a permis d'envisager une comparaison idoine entre le Canada et la France.

Y a-t-il des spécificités à relever s'agissant spécialement du droit public comparé ?

Les spécificités de la comparaison entre le Canada et la France sont nombreuses, mais les expliciter préalablement permet de mettre en lumière ce qui relève de différences et de rapprochements dans la reconnaissance de la représentation coutumière. D'abord, la France relève de la tradition civiliste, tandis que le Canada appartient à la tradition de *common law*, et d'une tradition juridique mixte pour le Québec. Très schématiquement, dans la tradition civiliste, le raisonnement du juge se caractérise par une méthodologie déductive, qui fait appel à l'abstraction : partant des dispositions d'un code, les règles sont appliquées aux faits. Dans la tradition de *common law*, le raisonnement obéit présumément à une méthode inductive, fondé sur la pratique : « les juges font le droit ». Cette application du droit laisse une large place à la coutume, bien que le juge reste lié aux décisions antérieures par le mécanisme du précédent. Pourtant, la comparaison entre le Canada et la France reste possible, car, « la différence dans ces États résidant dans la forme du droit plus que dans sa rationalité¹⁰ ».

Ensuite, selon d'autres spécificités propres au droit public comparé, au Canada, le contentieux constitutionnel est diffus, réalisé par tous les juges, quand il est concentré en France, car limité au Conseil constitutionnel pour le contrôle des lois. En outre, le Canada est une monarchie constitutionnelle dotée d'un régime parlementaire, quand la France est une république à régime parlementaire rationalisé. De surcroît, la constitution canadienne, sur le modèle britannique, laisse une large place aux principes non écrits et aux conventions constitutionnelles, ce qui est moins le cas pour la Constitution

française. Enfin, le Canada est un État fédéral, tandis que la France est un État unitaire décentralisé. L'ensemble de ces différences doit être pris en compte dans la comparaison. Il s'agit d'intégrer dans les données de la recherche l'histoire constitutionnelle canadienne, les principes constitutionnels non écrits, les lois fédérales et provinciales, les arrêts des cours fédérales et des tribunaux inférieurs ; recherches qui, pour un doctorant français, ne relèvent pas toujours du réflexe.

Quels apports de la comparaison avec la France et/ou avec d'autres systèmes ?

Les apports de la comparaison entre la France et le Canada se révèlent dans les trois principales conclusions de ma thèse.

D'abord, la comparaison est intéressante pour ce qu'elle renvoie de l'architecture spécifique des ordres juridiques canadiens et français. Par exemple, en cohérence avec la tradition de *common law*, les juridictions canadiennes s'affirment comme de véritables acteurs dans la reconnaissance des droits autochtones. En revanche, selon la tradition civiliste, en France, c'est la loi, de surcroît la loi référendaire, qui s'impose comme l'instrument principal de la reconnaissance juridique. C'est par elle que sont établis, puis approuvés, les divers statuts qui règlent les territoires d'outre-mer.

Ensuite, les apports de la comparaison se trouvent dans la mise en lumière des tensions similaires qui existent entre les ordres étatiques canadiens et français d'un côté, et la représentation coutumière autochtone de l'autre. Durant la période coloniale, l'assimilation des institutions représentatives coutumières s'observe des deux côtés de l'Atlantique, mettant en péril la survie des systèmes juridiques autochtones. Pourtant, dans les deux États, une partie de ces institutions réussit à perdurer jusqu'à aujourd'hui. Si elles ne sont pas prises en compte par l'ordre étatique, elles peuvent, dans certains cas, mettre à l'épreuve l'effectivité du droit positif, jusqu'à ébranler la stabilité de l'État. Ainsi, ces conflits s'observent tant en France, avec les événements touchant la Nouvelle-Calédonie, qu'au Canada, avec la crise concernant les Wet'suwet'en. Pour les éviter, des adaptations du droit positif sont aménagées selon des processus semblables au Canada et en France : des accords gouvernementaux d'autonomie sont négociés, des lois reconnaissant la normativité des coutumes

sont adoptées, des droits sont constitutionnellement garantis pour les autochtones ou les citoyens de statut coutumier. La comparaison révèle surtout une différence entre le Canada et la France concernant la désignation des membres composant aujourd’hui les institutions autochtones. Au Canada, pour les institutions reconnues en droit positif, la *Loi sur les Indiens* consacre l’élection comme le mécanisme privilégié permettant le recueil du consentement des membres de la communauté, parfois au détriment de mécanismes plus traditionnels. En France, le mécanisme électoral s’est imposé de manière plus nuancée aux institutions coutumières : les membres du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie et les Rois de Wallis-et-Futuna, par exemple, n’y sont pas soumis. La relativité de l’élection permet d’envisager les avantages d’une désignation différente, *via* une nomination traditionnelle et consensuelle par les clans ou par le tirage au sort. Dans certains cas, le caractère non électoral de la désignation permettrait de limiter la politisation de ces membres et donc de l’institution représentative. Sa légitimité en devient alors différente et peut même se placer au-delà de l’opposition manichéenne entre des représentants élus d’un côté par les autochtones et de l’autre, par les allochtones.

Enfin, les apports de la comparaison s’observent dans les voies juridiques envisagées pour l’avenir. La comparaison fournit une grille de lecture nouvelle, fondée sur des concepts comme le fédéralisme par traité ou le fédéralisme asymétrique. Ces différentes modalités du fédéralisme se retrouvent, au Canada et en France, chez certaines communautés autochtones qui ont signé des accords gouvernementaux tels que l’Accord nisga’a ou l’Accord de Nouméa. Parallèlement, dans d’autres États, il existe aussi le fédéralisme multinational ou le consociativisme, qui peuvent encore servir de modèle à l’approfondissement des relations avec les institutions représentatives autochtones. La comparaison permet donc d’ouvrir le champ des possibles.

Perspectives

Quelles perspectives pour la recherche en droit public comparé :

Quels conseils donneriez-vous à un étudiant entreprenant une thèse en droit public comparé ?

- 1 Avant de se lancer dans une comparaison, je conseillerai d'abord à tout doctorant de s'assurer de la pertinence de celle-ci. Le choix de la comparaison dépend de la problématique, donc des objectifs de la thèse. Autrement dit, il faut donc préalablement s'assurer que la démonstration sera enrichie par la comparaison.
- 2 Ensuite, il reste nécessaire de choisir des États à comparer où l'on comprend les subtilités de la langue, y compris les subtilités juridiques, afin d'appréhender au mieux l'ensemble du régime juridique.
- 3 Enfin, le doctorant doit savoir que les choix méthodologiques qu'il fait pour sa comparaison feront l'objet d'un intérêt soutenu et seront régulièrement questionnés. Par conséquent, ses choix doivent être précisément justifiés et la méthode explicitée, en lien avec sa problématique. Ces précautions sont nécessaires afin d'éviter la critique du *cherry-picking*, dont la pratique consiste à instrumentaliser les exemples en droit comparé, afin de renforcer certaines convictions, tout en évitant les exemples qui les contredisent.

Quelles sont les pistes en droit comparé que vous souhaitez explorer vous-même, individuellement et/ou collectivement ?

Après ma thèse, j'ai eu la chance de pouvoir rédiger des articles en droit comparé sur différents États, tels que l'Australie et Israël. Je travaille aujourd'hui sur une étude comparant l'usage en des lois expérimentales françaises et des *sunset laws* américaines, dans la lutte contre le terrorisme. Je rencontre les mêmes questions méthodologiques qui ont irrigué ma thèse : l'objet est-il vraiment comparable ? Les lois expérimentales et les *sunset laws* remplissent-elles les mêmes fonctions dans les systèmes juridiques français et américain ? Quel est l'objectif de ma démonstration ? Quelles sont les spécificités de chaque régime juridique dont je dois tenir compte ? En l'espèce, je pense que la comparaison peut enrichir cet article, car l'usage américain qui est fait des *sunset laws*, depuis le 11 septembre, semble largement inspirer la pratique française de l'expérimentation législative, récurrente depuis la fin de l'État d'urgence sécuritaire.

Parallèlement, je fais partie du projet *Législation, Innovation et Société* (LEXIS), dirigé par le professeur Pierre Noreau et coordonné par Yan

Sénéchal, de l'Université de Montréal. Ce projet comprend soixante-et-un chercheurs dans plus de trente-quatre universités canadiennes et étrangères, pour étudier les conditions de la participation citoyenne à la définition des lois. L'objectif est de modéliser les systèmes délibératifs favorisant la participation citoyenne à la législation et de schématiser les conditions de leur institutionnalisation. Ce projet est vraiment stimulant, tant par son importance que par son sujet.

Quelles perspectives/pistes pour la comparaison - les partenariats avec le Canada/le Québec ?

Les perspectives de recherche avec le Canada sont nombreuses. Elles peuvent porter sur la comparaison des systèmes constitutionnels autant que sur la protection des droits fondamentaux. Par exemple, concernant les droits de la personne et le multiculturalisme, la France, le Canada et le Québec ont une conception différente de la laïcité et adoptent des approches distinctes pour l'organisation des relations entre l'État et les minorités culturelles ou religieuses. Un autre sujet d'intérêt relatif aux droits de la personne concerne le cadre juridique de la fin de vie. Au Canada, l'aide médicale à mourir est autorisée depuis 2016 et consiste en « un soin consistant en l'administration de médicaments ou de substances par un professionnel compétent à une personne, à la demande de celle-ci, dans le but de soulager ses souffrances en entraînant son décès¹¹ ». Les dispositions législatives ont été de nouveau modifiées en 2021 et en 2023¹². Parallèlement, les professionnels de santé doivent également se conformer au cadre juridique québécois, fixé par la Loi concernant les soins de fin de vie, elle aussi modifiée en 2023¹³. En revanche, l'admissibilité à l'aide médicale à mourir pour les personnes souffrant « uniquement d'une maladie mentale » a été reportée à 2027⁹. L'effervescence législative démontre les controverses liées à ce sujet et la progressivité du cadre juridique mis en place. Le cadre juridique, tout comme ses effets, pourraient servir de grille de lecture lors du débat parlementaire de la loi française sur la fin de vie, qui devrait reprendre en 2025.

NOTES

1 Assemblée générale des Nations unies, Résolution 61/295, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, A/RES/61/295, art. 18.

2 En France, cela concerne, par exemple, la désignation et la cessation des fonctions des autorités coutumières, constatées par un acte coutumier et publiés au journal officiel de Nouvelle-Calédonie. Outre la désignation des représentants, la procédure de délibération coutumière est dorénavant codifiée, que ce soit par la rédaction des règlements intérieurs pour les conseils coutumiers et pour le Sénat coutumier, actes pouvant faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif. À l'issue des délibérations, la palabre peut être transcrise dans le cadre d'un acte coutumier par un officier public coutumier.

3 Selon l'article 75 de la Constitution

4 Un tel principe est garanti par la constitutionnalisation de l'Accord de Nouméa, au titre XIII de la Constitution de 1958 permettant de déroger à certains principes constitutionnels, tels que le principe d'égalité ou le droit de vote, « dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord ».

5 Par exemple, les rois de Wallis-et-Futuna sont nommés et non élus par les familles nobles des îles. De même, malgré des incitations de l'État à procéder à des élections, les membres du Sénat coutumier restent désignés par les Conseils coutumiers selon les usages reconnus par la coutume. Par ces procédures de désignation coutumière, est recueilli le consentement des communautés concernées par la représentation coutumière.

6 J. BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 41-82.

7 G. OTIS, « Conclusion générale. Réalités et mythes de la gestion du pluralisme juridique », in G. OTIS, J. LECLAIR et S. THERIAULT (dir.), *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LDGJ, 2022, p. 233-242, ici p. 236-237.

8 D. VILLEGRAS, *L'ordre juridique mafieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2018.

9 Ces critères rejoignent ceux posés par l'ONU pour identifier les communautés autochtones, à savoir la continuité historique entre les

autochtones et les premiers habitants d'une région avant sa colonisation, le principe de non-dominance, la différence culturelle avec la société dominante et l'auto-identification à la communauté autochtone.

V. J. M. COBO, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, vol. 5 : conclusions, propositions et recommandations, New York, Nation Unies, 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, p. 31, para. 379.

10 Z. BRÉMOND, *Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, Paris, Institut Louis Joinet, coll. « Collection des thèses », n° 202, 2021, p. 27.

11 Loi concernant les soins de fin de vie, art. 3 (6^e).

12 Loi modifiant le Code criminel (aide médicale à mourir), L. C. 2021, ch. 2.

13 Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c. S-32.0001. Récemment modifiée en 2023, par la Loi modifiant la Loi concernant les soins de fin de vie et d'autres dispositions législatives.

AUTHORS

Aurore Gaillet

Professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole

IDREF : <https://www.idref.fr/152349359>

ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-1273-8366>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/aurore-gaillet>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000359408118>

Fannie Duverger

Enseignante contractuelle à l'Université de Rouen

IDREF : <https://www.idref.fr/271544171>

Interview Camille Bordère

Aurore Gallet and Camille Bordère

DOI : 10.35562/droit-public-compare.679

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Présentation

Droit comparé/Droit public comparé

Canada/Québec

Perspectives

TEXT

« La justice algorithmique. Analyse comparée (France/Québec) d'un phénomène doctrinal », thèse menée sous la direction de la professeure Marie-Claire Ponthoreau et soutenue le 28 novembre 2023.

Présentation

Pouvez-vous brièvement résumer l'objet et les résultats de votre recherche ?

Ma thèse avait deux objets principaux. Le premier est ce que j'ai appelé « justice algorithmique » par commodité et qui regroupe deux grands types d'outils informatiques : les bases de données jurisprudentielles à vocation exhaustive et les outils dits de justice prédictive. Ces outils sont destinés à fournir des informations synthétiques sur l'état d'un contentieux donné, en fonction des caractéristiques factuelles d'un litige spécifique (un taux de réussite moyen, une durée moyenne de procédure, des moyennes ou des fourchettes de dommages et intérêts susceptibles d'être obtenus, par exemple). En France, il s'agit, pour les plus connus, d'outils développés par Predictice ou Case Law Analytics. Ces deux types d'outils se développent en France depuis l'enclenchement de l'*open data* des décisions de justice par la Loi dite pour une

République numérique du 7 octobre 2016, et sont essentiellement commercialisés par des start-ups spécialisées (les Legaltechs) et par des éditeurs juridiques (qui s'associent d'ailleurs de plus en plus avec les premières).

Le second, qui est en fait l'objet principal de ma thèse, est le discours doctrinal français produit vis-à-vis de ces outils de justice algorithmique. Il se déploie, dans le cadre de ma thèse, dans un corpus documentaire de quatre cent quatre-vingt six contributions écrites publiées entre le 1^{er} janvier 2015 et le 31 décembre 2022. Ma thèse repose donc sur une analyse de discours et exploite à la fois des outils quantitatifs (de la recherche d'items argumentatifs et de la statistique descriptive) et qualitatifs (l'analyse du discours à proprement parler, notamment grâce au droit comparé).

L'objectif que je poursuivais dans le cadre de ma thèse était celui d'éclairer et de comprendre un discours qui, d'office, m'est apparu d'une homogénéité et d'une circularité étonnante. Alors même que les auteurs de ce discours n'avaient, la plupart du temps, rien en commun (on y retrouve des praticiens, des universitaires, des « privatistes », des « publicistes », des professionnels accomplis, des jeunes juristes...), ils me semblaient tous véhiculer une même idée d'incompatibilité entre le droit (comme ensemble de règles de droit, comme système juridique et comme culture doctrinale) français et ces dispositifs. À partir de la structuration même du discours et de ces trois « sens » donnés à l'expression de « droit français », j'ai donc dégagé trois hypothèses à même de justifier cette idée d'incompatibilité. La première hypothèse était celle d'une incompatibilité d'ordre juridique (fondée sur l'incompatibilité des règles de droit français avec les outils de justice algorithmique), la deuxième d'une incompatibilité d'ordre systémique (fondée sur l'incompatibilité des logiques et des clés de raisonnement dites « civilistes » avec ces outils), et la troisième d'une incompatibilité d'ordre culturel et épistémologique (fondée sur l'incompatibilité de la conception du phénomène juridique en France avec ces outils).

C'est dans le miroir présenté par l'exemple québécois (*voir infra pour la justification de ce choix et la méthode comparée choisie et suivie*) que j'ai pu éliminer les deux premières hypothèses et ne conserver que la dernière. C'est ainsi sur le plan de la définition du phénomène

juridique et, plus encore, sur la définition de ce qui peut en être vu, en être étudié et, *in fine*, en être compris que l'incompatibilité entre le « droit français » et les outils de justice algorithmique se déploie véritablement.

Pouvez-vous spécifier les modalités pratiques de votre travail : modalités institutionnelles, co-direction ou co-tutelle ; séjour sur place ; intégration dans une université d'accueil ; accès aux sources, etc. ?

Cette thèse s'est déroulée dans le cadre d'une direction « simple », assurée par la professeure Marie-Claire Ponthoreau au sein de l'Université de Bordeaux. Si l'actualité de mon sujet rendait relativement aisément un accès distant aux sources juridiques et doctrinales québécoises et canadiennes, ce n'était pas le cas des ressources historiques (notamment sur les recherches en informatique juridique/jurimétrie menées dès les années 1970). Plus globalement, la manière dont je conçois et pratique le droit comparé (qui est aussi la manière promue par la professeure Ponthoreau, voir *infra* sur les questions méthodologiques) imposait l'organisation d'un séjour de recherche au sein du Laboratoire de Cyberjustice de l'Université de Montréal. Il était envisagé dès le début de ma recherche doctorale (septembre 2019) et j'en avais lancé l'organisation lorsque la crise sanitaire liée à la Covid-19 a démarré (mars 2020). Compte tenu du degré de fermeture important du Québec jusqu'à un stade avancé de la crise, ce séjour n'a pu se tenir qu'au printemps 2022, entre les mois d'avril et de juillet.

J'ai ainsi été accueillie par l'équipe du Laboratoire de Cyberjustice, dirigée par le professeur Karim Benyekhlef, et intégrée aux activités menées à l'époque par les chercheurs et doctorants. J'ai pu, en parallèle, mener mes dernières recherches documentaires et m'entretenir avec les chercheurs locaux sur des questionnements de fond, pour lesquels je n'avais pas trouvé de réponse « écrite ».

Droit comparé/Droit public comparé

Quelles ont été vos motivations pour un travail doctoral en droit comparé ?

J'ai découvert le droit comparé en deuxième année de licence, grâce à un cours assuré par la professeure M.-C. Ponthoreau dans le cadre de la licence bijuridique droit français/droit anglais qu'elle dirigeait (et dirige toujours) et dans laquelle j'ai réalisé mes deux premières années de licence. C'est vraiment durant l'année suivante, que j'ai passé à l'Université de Bristol (Royaume-Uni) et pendant laquelle j'ai suivi presque exclusivement des enseignements de droit public britannique et de droit public comparé, que j'ai commencé à imaginer poursuivre mon cursus dans un master dit « recherche » et d'orienter mon parcours autour du droit comparé. Le retour positif que j'ai reçu de la professeure Ponthoreau quand je lui ai fait part de ce projet m'a conduite à réintégrer l'Université de Bordeaux et à poursuivre en thèse, sous sa direction, une fois mon master achevé.

C'est l'approche très ouverte et nécessairement pluridisciplinaire du droit comparé présentée et défendue par la professeure Ponthoreau qui m'a attirée vers cette perspective : elle m'est apparue comme un champ de véritable « liberté », où il serait possible de faire se rencontrer la discipline juridique et un ensemble de données issues d'autres champs disciplinaires (notamment les humanités et les sciences sociales) pour enrichir la première des secondes. Je suis assez certaine que je n'aurais pas fait de thèse sous la direction d'un autre enseignant-chercheur, et que je n'aurais pas non plus fait de thèse sans cette « liberté disciplinaire ».

Comment avez-vous abordé le droit comparé dans ce travail doctoral ? Avez-vous adopté une méthodologie particulière ? Y a-t-il des spécificités s'agissant du droit public comparé ?

Je conçois moins le droit comparé comme une matière, une discipline ou une méthodologie que comme une éthique de l'altérité, une sorte de discipline individuelle et personnelle du chercheur dans ses rapports avec « l'autre » droit. Il s'agit donc moins d'y trouver des outils (en tout cas dans un premier temps) que d'y trouver des impératifs épistémologiques et des questions auxquelles se confronter : comment accéder à l'autre droit ? Comment le faire « parler », sans contraindre cette parole dans notre langue linguistique et notre langue disciplinaire ? Comme le regarder, sans se projeter soi-même et sans y projeter nos propres attentes ? Il s'agit, en un mot, d'admettre que l'autre droit est aussi unique et

complexe que le nôtre et de prendre toutes les précautions nécessaires pour le traiter en conséquence – avec respect, donc.

Cette conception du droit comparé se rapproche ainsi du courant *Law as culture* (défendu notamment par Pierre Legrand, Mark Van Hoecke, Gunther Frankenberg ou Igor Stramignoni), dans la mesure où la compréhension du droit étranger passe nécessairement par celle de son environnement culturel (c'est-à-dire historique, social, anthropologique, économique et politique) et de son environnement disciplinaire. À cet égard, mon approche du droit comparé accorde une place fondamentale à la « doctrine », conçue à la fois comme l'ensemble des agents de production de connaissance sur le droit et comme l'ensemble de leur production effective. Cet aspect était d'ailleurs essentiel dans le cadre d'une thèse qui portait, et menait donc une comparaison, sur la doctrine.

La méthode que j'ai employée était ainsi fondée sur une double approche. Elle était d'abord de nature épistémologique, de manière à mettre l'accent sur la nature construite de l'objet « droit », sur l'importance des mécanismes de production de connaissance en droit, et sur les contraintes qu'ils font peser sur les contours de ce qui est considéré comme du droit ou non et sur ce qu'il est admis de dire ou d'écrire *sur* le droit ou non (ce qui renvoie à une approche constructiviste de la connaissance scientifique, et à des auteurs comme Ludwik Fleck ou Thomas Kuhn). Elle était donc aussi de nature pluridisciplinaire. J'ai en effet mobilisé, au renfort de ma thèse, des outils issus des études de discours, de la linguistique, de l'histoire et des humanités à la fois numériques (puisque l'étude de mon corpus doctrinal est passé par un traitement semi-quantitatif et statistique, à base de relevé systématique de onze items argumentatifs) et classiques.

Dans la mesure où ma thèse ne portait pas un objet (que ce soit la justice algorithmique ou le discours doctrinal l'analysant) de droit public stricto sensu et que la comparaison que j'ai mise en place avec le droit québéco-canadien ne se limitait pas au seul droit public, je n'ai pas été conduite à identifier des spécificités du droit public comparé (*voir infra* pour plus d'élément sur cette question).

Quelles ont été les difficultés éprouvées ? Avez-vous spécialement éprouvé des problèmes de traduction de notions ou concepts, y

compris avec le Québec ?

La principale difficulté rencontrée vis-à-vis du droit québécois était celle liée à une sorte de « fausse familiarité » que l'on peut éprouver, en tant que juriste français, face à un ordre juridique francophone et habituellement présenté comme mixte. On retrouve assez fréquemment, et on partage instinctivement, cette idée qu'au moins pour ce qui concerne la « partie » civiliste (le droit privé substantiel, en dehors des aspects contentieux et du droit criminel), le juriste français est un peu « chez lui » au Québec. La mixité du droit québécois est souvent schématisée comme une sorte de séparation nette, entre d'un côté le droit civil et de l'autre le *common law* – et ce n'est pas le cas qu'en France, dans la mesure où cette idée de ligne de démarcation constitue aussi un enjeu existentiel pour le système et les juristes québécois. Au-delà de ce discours atavique, la mixité du droit québécois n'est pas sectorielle mais transversale : le *common law* et le droit civil se rencontrent et dialoguent partout dans le système québécois, qui est donc mixte partout où il trouve à se déployer. Ce constat ne réduit en rien la spécificité réelle du droit québécois. Il la met au contraire en valeur et il souligne tout l'enjeu qu'il y a pour le juriste français (ou, d'ailleurs, le juriste britannique ou canadien anglophone) à parvenir à un degré suffisant d'acculturation pour parvenir à se saisir d'un système aussi riche et complexe.

Dans la mesure où je n'étais pas familière du système juridique québécois (et canadien) avant le début de ma thèse, j'ai très rapidement et tout au long de ma thèse été confrontée à ce défi. Je n'ai pas tout de suite réalisé que j'allais devoir me former à un nouveau vocabulaire juridique, et ainsi mes premières recherches se sont avérées faussement infructueuses (faute d'être formulées dans la « langue » juridique québécoise). Il a ainsi fallu que je parvienne à un niveau suffisant de maîtrise du système québécois (ce qui impliquait une maîtrise du système fédéral canadien et, pour partie, du *common law* canadien) pour parvenir à traduire mes hypothèses en des termes et dans des formes susceptibles de faire sens au sein du système québécois.

Même une fois ce degré de maîtrise minimale atteint, j'ai régulièrement été confrontée à des silences auxquels je n'ai pu attribuer une signification que dans le cadre de mon séjour de

recherche et de mes échanges avec des chercheurs québécois. C'était en particulier le cas d'un questionnement présent au sein du discours doctrinal français, relatif à l'importation, au travers des outils de justice algorithmique, des logiques et des clés de raisonnement des systèmes de *common law*. Alors que ce questionnement sous-tend l'ensemble du système juridique québécois ainsi que la manière dont il est étudié par la doctrine québécoise, il est totalement absent lorsque sont abordés les outils de justice algorithmique. Ce n'est qu'en interrogeant les chercheurs du Laboratoire de Cyberjustice que j'ai pu comprendre qu'il s'agissait d'un strict impensé : l'enjeu n'est pas perçu et il n'est d'ailleurs pas compris une fois expliqué (en tout cas, l'inquiétude exprimée en France n'est pas partagée).

Quel apport spécifique du droit comparé dans votre travail ?

Pour procéder à l'analyse de mon corpus doctrinal, j'ai fait le choix d'une méthode mixte, à la fois quantitative et qualitative. La dimension quantitative de mon approche visait essentiellement à permettre une structuration préalable du corpus (autour des onze items argumentatifs les plus mobilisés au sein de ce corpus) et à identifier les hypothèses d'analyse qui sont ensuite devenues les trois grands axes de ma thèse. Même si cette première démarche a nécessairement encadré et contraint le reste de mon analyse, elle n'avait pas de visée herméneutique à proprement parler ; je ne considère pas que les statistiques extraites des différents tableurs constituées sont, en elles-mêmes, porteuses de sens.

Cette dimension herméneutique n'est intervenue que dans un second temps et le droit comparé y a occupé une place centrale. Puisque mon objectif était de faire le lien entre le contenu, explicite et implicite, du discours doctrinal français et les outils de justice algorithmique afin d'identifier le cœur des tensions spécifiquement françaises, il s'agissait de trouver un système et une culture juridique en référence desquels ce discours doctrinal français pourrait se refléter dans toute sa singularité. Le droit comparé, dans ce contexte, avait le rôle d'un produit de contraste ou, plus précisément encore, d'un révélateur : de l'observation d'un autre droit découle l'identification de ressemblances et de dissemblances avec soi-même ou, en d'autres termes, de la rencontre avec l'altérité découle une conscience accrue de sa propre ipséité. En l'occurrence, il s'agissait

d'utiliser les ressemblances et dissemblances identifiées entre le droit français et un autre droit pour analyser les trois grandes hypothèses préalablement identifiées. Au centre de cette démarche se situait systématiquement une alternative : soit les problématiques participant de cette incompatibilité ne sont pas propres au droit français et se retrouvent dans l'autre droit, sans pour autant qu'elles soient considérées comme un obstacle au déploiement de ces outils, et l'hypothèse ne peut être considérée validée ; soit l'incompatibilité identifiée au sein du discours doctrinal français est, effectivement, une incompatibilité spécifique au droit français, qui n'est ni identifiée ni ressentie ailleurs. C'est dans ce cas, et seulement dans ce cas, que l'hypothèse serait considérée validée, le discours expliqué et mon objectif rempli.

C'est le Québec qui est devenu le « tiers lieu » dans lequel il m'était possible, tout à la fois, de réaliser le pas de côté et de rendre possible le décentrement nécessaire pour déterminer l'emplacement de cette incompatibilité ultime.

Canada/Québec

Pourquoi la comparaison avec le Canada/ le Québec ?

L'autre droit vis-à-vis duquel comparer devait, dans le cadre de ma thèse, remplir un double rôle : celui de révélateur, donc, des spécificités du discours doctrinal français, mais aussi celui d'exemple typique d'un(e) ordre/système/culture juridique qui réceptionne mieux (c'est-à-dire, ici, sans que ne trouvent à s'exprimer de tensions particulières) les outils de justice algorithmique que la France. Ces deux rôles peuvent apparaître relativement contraires, puisqu'il fallait donc trouver un droit suffisamment distinct du droit français, tout en demeurant suffisamment proches pour qu'il existe des points de contact sur lesquels baser les différents niveaux de comparaison et un droit réceptionnant plus aisément que le droit français les outils de justice algorithmique, dans une temporalité à peu près équivalente afin de ne pas étirer la comparaison dans le temps.

Plusieurs ordres, systèmes et cultures juridiques ont été considérés (le Royaume-Uni, compte tenu de ma formation, et les États-Unis,

compte tenu de l'objet), mais c'est le Québec qui m'est apparu le plus susceptible de remplir ces deux rôles.

Le Québec présente en effet, vis-à-vis de la France, un équilibre rare entre le « commun » et le « distinct », lié au caractère mixte de son droit (*voir supra sur cette question*). Contrairement aux droits foncièrement autres que sont les droits britanniques et américains, le droit québécois présente autant de points d'attache que de spécificités vis-à-vis du droit français, susceptibles d'ainsi constituer autant de supports de problématiques communes que de révélateurs d'individualités vis-à-vis des outils de justice algorithmique.

Du point de vue de l'objet comparé, les discours doctrinaux relatifs à ces outils, le Québec présentait un second avantage de taille ; à l'époque où j'ai démarré ma thèse, les chercheurs québécois et français dialoguaient de manière active sur ces objets, qu'ils réceptionnaient donc de manière relativement simultanée. Si cette simultanéité ne s'est pas nécessairement prolongée (les chercheurs québécois s'étant assez rapidement désintéressés de ces outils, précisément parce qu'ils ne soulevaient pas de particulières tensions ou difficultés autres que financières et techniques), elle constituait cependant un point de départ de nature à faciliter l'établissement de la comparaison. Les discours étaient contemporains et portaient sur les mêmes objets, reçus en même temps au sein de leur système et pratique juridiques nationaux.

Quels apports de la comparaison avec la France et/ou avec d'autres systèmes ?

Outre le fait que comparer la France et le Québec permet de prendre conscience de la « fausse familiarité » évoquée plus haut (*voir supra*) qu'un juriste français peut avoir vis-à-vis du Québec, la comparaison menée dans ma thèse m'a effectivement permis de me saisir du discours doctrinal français, de l'éclairer et d'en fournir des clés d'analyse. Ainsi, c'est parce que j'ai pu retrouver les mêmes enjeux technico-juridiques en France et au Québec, sans pour autant qu'ils ne suscitent de particulières tensions dans le second, que j'ai pu écarter l'hypothèse d'une incompatibilité d'ordre juridique entre le droit français et les outils de justice algorithmique. De même, c'est faute de retrouver la même crainte d'un « envahissement » du

common law par l'intermédiaire de ces outils au Québec que j'ai pu écarter celle d'une incompatibilité d'ordre systémique.

Ne restait alors plus qu'une incompatibilité d'ordre culturel, et sur ce plan, j'ai pu identifier de profondes différences de structuration, de fonctionnement et de soubassemens théoriques des univers doctrinaux français et québécois. C'est sur leur fondement et dans l'espace ouvert par ces différences que j'ai pu identifier pourquoi seule la doctrine française a pu rejeter ces outils – parce qu'ils n'entrent pas dans les cadres de pensée construit par ce collectif disciplinaire et parce que, au contraire, ils les contredisent et en révèlent la faillibilité... et, dans une large mesure, les limites.

Y a-t-il des spécificités à relever s'agissant spécialement du droit public comparé ?

Même si j'ai été amenée à comparer des « données » de droit public comparé (notamment, et entre autres, la garantie de certains droits fondamentaux, la place occupée par le juge dans chaque ordre, système et culture juridique ainsi que ses rapports avec les autres autorités de production du droit), elles n'étaient que des éléments parmi d'autres de la comparaison que j'ai menée. À cet égard, il ne m'a pas semblé rencontrer des difficultés ou des défis spécifiques à ce type de questionnements, qui ne me sont apparus ni plus « simples », ni plus « complexes » à saisir que des questionnements de droit « privé » ou de nature plus épistémologique.

Sur le plan théorique et méthodologique, je peux cependant faire l'hypothèse que le fait de ne pas concevoir la comparaison juridique comme la confrontation de règles ou de normes juridiques, éventuellement assortie de données contextuelles, mais comme une immersion *dans* ces données contextuelles permettant éventuellement, et dans un second temps, de confronter des données juridiques peut tendre à en homogénéiser le traitement.

Sur un plan plus pratique, j'imagine aussi que la relative proximité des conceptions française et québécoise non seulement de ce qu'est le droit « privé » et de ce qu'est le droit « public » mais encore et surtout de l'existence d'une distinction entre les deux (y compris sur le plan disciplinaire) a aussi, sans doute, levé un obstacle plus perceptible en droit britannique, par exemple.

Perspectives

Quelles perspectives pour la recherche en droit public comparé :

Quels conseils donneriez-vous à un étudiant entreprenant une thèse en droit public comparé ?

J'en donnerais sans doute deux : rester humble et partir. Ils sont d'ailleurs étroitement liés. On peut assez rapidement avoir l'impression, passé un certain stade d'avancement de la thèse, que l'on maîtrise aussi bien le (ou les, à plus forte raison) droit(s) étranger(s) que le droit français et que l'on est devenu « bilingue » dans l'autre langue linguistique et l'autre langue disciplinaire. Ce n'est finalement que la facette comparée de l'impression que l'on finit assez naturellement par avoir vis-à-vis de son objet plus général. Or, aussi acculturé que l'on puisse finir par être à cet autre droit, il demeure toujours autre – et il l'est de manière de plus en plus subtile et de manière de plus en plus insidieuse à mesure que le temps passe. C'est seulement en s'y confrontant directement, physiquement, que l'on peut s'en rendre compte et réaliser l'importance de rester humble vis-à-vis d'un droit qui ne peut pas être saisi dans toutes ses spécificités en quelques années. Il s'agit finalement de conjurer un biais de sur-confiance, et d'au contraire poursuivre son chemin sur la courbe de la compréhension de l'autre.

À cet égard, et c'est un aspect un peu plus positif de la chose, partir et accepter d'être confronté à ses propres limites, c'est aussi la meilleure manière de, malgré tout, réduire l'écart entre l'autre et soi. D'expérience, c'est aussi la meilleure manière de saisir des subtilités que l'écrit, ou l'oral enregistré ou retransmis, transmet imparfaitement. Pour n'en donner qu'un exemple, je n'avais pas saisi que l'utilisation des termes « citoyen » ou « individu » à la place du terme « justiciable », dans des contextes où, en France, le second serait utilisé plutôt que les premiers, n'était pas qu'un hasard de l'expression d'un auteur ou de la traduction du français au français. Il a fallu que j'entende constamment ces termes plutôt que « justiciable » pour que je parvienne à la rapporter à des choses que je connaissais pourtant déjà du droit québécois (les difficultés d'accès à la justice formelle, le recours accru aux modes alternatifs de règlement des litiges, le caractère négocié de la justice) et pour que je

saisisse l'intentionnalité de leur utilisation. Puisqu'ils n'auront, pour la plupart, jamais recours à la justice formelle (faute de temps et, surtout, de moyens financiers), et puisqu'ils ne deviendront donc jamais, au sens strict, *des justiciables*, les individus restent conçus comme des *individus* (ou des *citoyens*) lorsqu'ils sont placés en position de conflit juridique avec un tiers et lorsqu'ils cherchent un moyen de le régler. La résolution des conflits juridiques n'étant pas pensée depuis le « modèle » de la justice formelle mais, au contraire, comme un ensemble de choix alternatifs répondant à des logiques et impératifs propres, le qualificatif de « *justiciable* » n'est pas apposé aussi libéralement qu'en France (où il finit par devenir une facette complète de l'individu, définie par ses rapports au droit). Il y aurait de quoi faire une deuxième thèse sur la question – mais je laisse à d'autres ce plaisir !

Quelles sont les pistes en droit comparé que vous souhaitez explorer vous-même, individuellement et/ou collectivement ?

Depuis ma soutenance de ma thèse, je réfléchis à poursuivre le questionnement général sur lequel elle s'achève : que va devenir la production de connaissances en droit, face au développement de la diffusion informatisée des sources du droit et face à l'immixtion toujours plus intense de l'intelligence artificielle dans la pratique et dans l'analyse du droit ? Je souhaiterais m'intéresser à cette question de manière comparée, mais cette fois-ci vis-à-vis d'un autre système juridique bien plus directement confronté à ce défi épistémologique que le système québécois : celui du Royaume-Uni. J'ai pu identifier des similitudes surprenantes et intéressantes dans les réactions des chercheurs britanniques et français face à ces deux phénomènes, à la fois aujourd'hui et hier, alors que les premières bases de données commençaient tout juste à voir le jour. Il s'agit maintenant de trouver par où commencer !

Quelles perspectives/pistes pour la comparaison - les partenariats avec le Canada/le Québec ?

De manière générale, et sans aller jusqu'à la qualifier de recherche « de niche », la recherche comparée avec le Canada (et le Québec) reste encore assez clairsemée. Je pense que ce constat vaut moins en droit privé et avec le Québec, dans la mesure où on considère souvent que le système juridique québécois constitue une sorte de

laboratoire d'acculturation, une interface entre système de *common law* et système civiliste, où parviennent à transiter les objets juridiques (je pense par exemple à la fiducie québécoise, elle-même inspirée du trust anglo-américain, et qui a inspiré la tardive et limitée fiducie française).

Il y a pourtant matière à faire avec le droit québécois et avec le droit canadien, que ce soit en matière constitutionnelle (la forme d'État canadienne étant susceptible de considérablement enrichir les théories fédérales classiquement reprises et enseignées en France), administrative (puisque le droit administratif canadien est une forme de chimère britannico-américaine) ou théorique. Il y a aussi matière à apprendre des chercheurs québécois et canadiens, et en particulier de l'ouverture disciplinaire à laquelle ils sont habitués. Le Laboratoire de Cyberjustice de l'Université de Montréal est un exemple de cette ouverture, vers le monde pourtant assez antagoniste de l'informatique et des start-ups de la Legaltech.

AUTHORS

Aurore Gaillet

Professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole

IDREF : <https://www.idref.fr/152349359>

ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-1273-8366>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/aurore-gaillet>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000359408118>

Camille Bordère

Chercheuse postdoctorale au sein de la Chaire Droit public et politique comparés (Faculté de droit, Université Jean Monnet Saint-Étienne)

IDREF : <https://www.idref.fr/257489878>

Interview Jonathan Sellam

Aurore Gallet and Jonathan Sellam

DOI : 10.35562/droit-public-compare.680

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Présentation

Droit comparé/Droit public comparé

Canada/Québec

Perspectives

TEXT

« Constitution et système de gouvernement dans les épigones de Westminster. Les limites du formalisme en Australie, au Canada et en Nouvelle-Zélande », thèse soutenue le 6 décembre 2022, à l'Université Paris II Panthéon Assas, sous la direction du professeur Armel Le Divellec.

Présentation

Pouvez-vous brièvement résumer l'objet et les résultats de votre recherche ?

Mon travail de thèse en droit constitutionnel comparé repose sur trois ambitions scientifiques.

Tout d'abord, assez simplement, il s'agissait de présenter au lectorat français trois systèmes constitutionnels qui sont, me semble-t-il, trop peu ou pas assez étudiés en France, notamment l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Il est vrai que s'agissant du Canada les échanges scientifiques sont plus réguliers tant du fait de la proximité géographique, que linguistique. La production scientifique canadienne est régulièrement diffusée en France et les co-tutelles sont plus courantes.

Les trois systèmes constitutionnels objets de mon travail partagent une histoire et une trajectoire constitutionnelles particulièrement singulières qui pourraient intéresser le public français. À ce titre mon travail s'inscrit dans les pas du professeur Jean-Jacques Chevalier et de son ouvrage *L'évolution de l'Empire britannique*¹ ou des travaux du professeur Guilluy sur la Constitution britannique².

Sur le fond, ma recherche étudie les modalités de réception de ce qui est communément défini comme le *modèle de Westminster*, le système de gouvernement britannique, dans ces trois anciens dominions. Le corps de l'analyse porte sur la mise en œuvre des conventions de la constitution (mais pas uniquement), éléments centraux du constitutionnalisme britannique dans trois pays dotés d'une architecture constitutionnelle formelle³.

Afin de mener ce deuxième temps de la recherche il convenait de s'intéresser à la définition même d'un modèle en droit constitutionnel. L'intérêt de cette entreprise était de définir les traits caractéristiques du système de gouvernement britannique pour tenter de les systématiser et de voir si ce système de gouvernement était « exportable » et « déclinable ».

Consacrer l'existence d'un modèle de Westminster s'est révélé artificiel (au-delà de la facilité de langage). Il m'a semblé plus pertinent et imagé d'utiliser l'idée désuète d'un héritage de Westminster. En effet, à moins de penser une Constitution britannique idéalisée et figée, la construction d'un modèle est difficilement tenable. Par exemple, l'Angleterre est devenue une déclinaison du modèle d'origine. Un héritage est un leg dont le récipiendaire dispose à sa guise. C'est là toute la beauté du lien qui unit les membres du Commonwealth.

Historiquement, le système britannique était un point de référence pour les dominions. Le recours à l'idée de parenté (par ailleurs très utilisée dans la littérature anglo-saxonne) a permis d'identifier les étapes du développement et de la maturation constitutionnelle dans les dominions.

Les premières lois portant constitutions pour les dominions étaient des textes d'administration qui offraient une transposition des institutions britanniques sans en transposer le système de

gouvernement parlementaire (encore en construction dans la Métropole).

L'enracinement du système du gouvernement de cabinet est arrivé dans un second temps, grâce notamment à l'importance que revêt la circulation des idées. La mise en œuvre du gouvernement responsable a été concédée par la Métropole de Londres (sans qu'une seule loi ne le consacre formellement), cela ressort notamment des nombreux courriers échangés entre les représentants de la Couronne dans les colonies et le *colonial office*.

Les discours politiques et les débats dans les dominions et notamment au Canada ont permis de mieux définir la nature du système de gouvernement britannique. Il m'a même semblé parfois que ces analyses et ces débats ont permis, en un sens, aux anglais de mieux saisir leur propre système de gouvernement.

Puis le mouvement s'est inversé. En effet, par la suite l'Angleterre s'est elle-même inspirée de ses anciens dominions, par exemple, lors des débats relatifs à l'adoption du *Fixed-term Parliaments Act* de 2011⁴ ou lors de la crise de la prorogation en 2019⁵. Ainsi, j'ai pu apprécier combien les quatre pays s'observent et s'inspirent les uns des autres⁶.

À travers cette perspective institutionnelle et historique il s'agissait également d'interroger la distinction entre régime politique et système de gouvernement, notamment abordée par les professeurs Jean-Claude Colliard et Armel Le Divellec.

Enfin, la dernière ambition de ma recherche est une réflexion sur la valeur de l'écrit en droit constitutionnel. Les trois systèmes objets de l'étude sont tous dotés, à des degrés divers, d'une architecture constitutionnelle formelle (dans son acception la plus large). Toutefois, les mécanismes du système de gouvernement n'y sont formalisés qu'à la marge.

Compte tenu de ces silences ou lacunes (volontaires), l'écrit revêt une importance significative, qu'il s'agisse d'une constitution formelle, d'une loi constitutionnelle, d'une loi ordinaire, d'un règlement d'assemblée (*standing order*), d'un document interne au gouvernement (*cabinet manual*) ou d'un ouvrage de doctrine. Il est évident que la valeur normative de ces différents écrits n'est pas la même, mais l'identification des mécanismes du système de

gouvernement est au cœur de ces analyses. À ce titre il m'a semblé que la distinction classiquement usitée entre constitution formelle et coutumières semblait peu pertinente pour saisir pleinement l'objet scientifique qu'est la constitution. J'ai préféré distinguer les constitutions consolidées et codifiées, de celles qui ne l'étaient pas.

En définitive, l'expérience et la trajectoire constitutionnelles des dominions m'ont permis de nourrir une réflexion plus large sur la notion même de constitution.

Pouvez-vous spécifier les modalités pratiques de votre travail : modalités institutionnelles, co-direction ou co-tutelle ; séjour sur place ; intégration dans une université d'accueil ; accès aux sources, etc. ?

L'accès aux sources, première interrogation de tout chercheur, n'a pas posé de difficultés immédiates car les pays anglo-saxons ont une véritable culture de la numérisation. Cet accès est possible à la fois pour les documents récents, comme pour les documents les plus anciens. L'enjeux était davantage de hiérarchiser et d'appréhender les informations issues de ces recherches.

Compte tenu du champ de la recherche il m'a semblé évident et nécessaire de me rendre sur place. Comprendre la culture de ces pays et échanger avec des chercheurs ou des personnels politiques me sont apparus comme une étape indispensable à la comparaison.

Pour pallier le manque de financement j'ai occupé des fonctions d'assistant de justice auprès du Tribunal administratif de Versailles qui m'ont permis de financer deux voyages : l'un en Australie et l'autre en Nouvelle-Zélande, de trois mois chacun.

J'ai été accueilli, comme *visiting PhD student* par les Universités de Melbourne et de Auckland.

J'ai été reçu au sein du *Center for Comparative Constitutional Studies* de la *Melbourne Law School*. Ce séjour a été supervisé par les professeures Saunders et Stone.

Au sein de la *Auckland Law School* le séjour a été supervisé par le Doyen Watson.

D'un point de vue académique j'ai eu l'occasion d'échanger avec de nombreux enseignants curieux de savoir pourquoi un jeune doctorant

français s'intéressait à un système constitutionnel si éloigné du sien.

J'ai eu la chance d'assister à des cours qui m'ont permis d'apprécier la différence d'approche dans l'enseignement du droit. J'ai notamment remarqué que cette approche est très pratique (dans les pays anglo-saxons). La grande majorité des enseignements sont abordés du point de vue de la pratique du droit, avec l'ambition de former des praticiens (futurs avocats). Cette conception se comprend compte tenu de la culture de *common law* de ces pays. Les étudiants sont par exemple évalués lors de *moot courts* inspirés de jurisprudences significatives.

J'ai également eu l'opportunité d'animer un séminaire en anglais sur les institutions de la V^e République. Celui-ci a été l'occasion d'échanger sur la nature de nos institutions et notamment l'expression très utilisée en dehors de l'hexagone (notamment en Australie) de régime semi-présidentiel. La place du Président de la République a particulièrement intéressé l'auditoire, cette question faisant écho au débat de 1998 relatif à la mise en place d'une république en Australie.

D'un point de vue logistique j'ai bénéficié de conditions de travail idéales comme la mise à disposition d'un bureau ou un accès illimité aux ressources documentaires des bibliothèques.

À l'occasion de ces séjours j'ai obtenu des entretiens avec les responsables documentaires des parlements et des cours suprêmes, soucieux de m'apporter leur soutien dans mes recherches.

J'ai également été honoré d'une bourse de recherche de la Maison Française d'Oxford qui m'a permis de séjourner à Oxford où j'ai eu l'occasion de bénéficier d'un accès aux bibliothèques et à certains enseignements.

Malgré l'impossibilité de me rendre au Canada j'ai eu la chance d'échanger par courriel avec de nombreux chercheurs et responsables administratifs (services de Premiers ministres des provinces, comme à Ottawa, du Parlement ou de la Cour suprême) sur les questions constitutionnelles liées à mon sujet de recherche.

Enfin, les secrétariats des premiers ministres et des cours (au niveau fédéral, comme au niveau des États ou des provinces), dans les

épigones, comme en Angleterre m'ont régulièrement apporté leur aide dans la recherche de documents et la réponse à certaines questions.

Droit comparé/Droit public comparé

Quelles ont été vos motivations pour un travail doctoral en droit comparé ?

Ce choix d'une recherche en droit constitutionnel comparé est le résultat d'un cheminement débuté après l'obtention du bac. Ce choix m'a permis de concilier de nombreux aspects de ma vie personnelle.

Avant d'intégrer l'Université de droit j'ai suivi des études en littérature et civilisation anglo-saxonne au sein de l'Université Paris-III-Sorbonne-Nouvelle.

Durant les années de licence, je me suis familiarisé avec la civilisation et la littérature de ces pays. À cette occasion j'ai découvert l'importance et la richesse de l'étude de systèmes étrangers. À l'issue de ma licence, j'ai intégré l'Université Paris-I-Panthéon-Sorbonne où j'ai eu la chance de suivre les cours de droit constitutionnel en première année du professeur Jean-Claude Colliard qui portaient notamment sur des aspects de droit constitutionnel comparé.

Par la suite, j'ai pu intégrer le Master 2 de droit public comparé de l'Université Paris Panthéon Assas dirigé par le professeur Zoller. Les cours portaient sur différents aspects de la comparaison dans les systèmes de *common law* et civilistes. Durant cette année de Master 2 j'ai rédigé un mémoire sur les règles écrites de la constitution britannique. À l'occasion de cette première expérience de la recherche et fort de mes premières années d'études supérieures mes travaux se sont orientés vers le constitutionnalisme britannique.

Au moment d'arrêter un sujet de thèse le professeur Le Divellec s'est montré particulièrement attentif à ma volonté de mettre à profit mes connaissances du monde anglo-saxon. Étudier la notion de constitution par le prisme des anciennes colonies britanniques s'est révélé d'emblée stimulant. Ainsi, ce travail de recherche peut se définir comme un résumé de mes études supérieures.

Comment avez-vous abordé le droit comparé dans ce travail doctoral ? Avez-vous adopté une méthodologie particulière ? Y a-t-il des spécificités s’agissant du droit public comparé ?

Je me suis attelé à comprendre la méthodologie de la comparaison, notamment en étudiant les travaux des professeurs Lauvaux et Ponthoreau. J'ai également eu accès aux ouvrages de la collection *Oxford handbook* consacrés au droit comparé et au droit constitutionnel comparé. J'ai réalisé le travail de méthodologie en parallèle des premières recherches.

Par ailleurs, il était nécessaire de saisir l'objet de l'étude à savoir la Constitution britannique. En parallèle de ce travail, comme je l'indiquais, il me paraissait essentiel de m'acclimater à la culture et à l'histoire de chacun des systèmes étudiés.

Une fois ces étapes préalables franchies, il convenait de s'attarder sur les modalités de réception des mécanismes de la Constitution britannique, dans ces trois anciens dominions.

J'ai eu recours à de nombreux tableaux afin de comparer les différents exercices de formalisation menés dans chacun des quatre pays. Lors de mes lectures j'ai constaté que le droit comparé était une évidence méthodologique pour les anciens dominions. En effet, il est rare qu'un article ou un ouvrage ne consacre pas un développement ou une analyse à un autre système juridique.

Quelles ont été les difficultés éprouvées ? Avez-vous spécialement éprouvé des problèmes de traduction de notions ou concepts, y compris avec le Québec ?

La traduction est un enjeu commun à tout travail qui porte sur des systèmes non francophones.

La plus grande difficulté, sur ce point, était de ne pas dénaturer les concepts. En effet, j'ai remarqué qu'il existait de petites subtilités, qui pouvaient aboutir à de grands changements de sens. Les difficultés de traduction se sont particulièrement faites ressentir pour les textes les plus anciens comme les courriers échangés entre les représentants de la couronne dans les colonies et la Métropole. Il est important toutefois de préciser que s'agissant du Canada, une très

grande partie des textes, notamment de nature législative ou juridictionnelle sont toujours disponibles en français et en anglais.

Au moment de la rédaction du travail, il a été question de conserver en note de bas de page les textes originaux, afin de donner l'opportunité aux lecteurs d'avoir accès à une source de première main. Toutefois, pour des raisons tant de place que de lisibilité, cette idée a été abandonnée.

En annexe de la thèse sont reproduites les traductions de certains documents qui permettent d'éclairer les raisonnements, accompagné des textes originaux en anglais.

Plus largement, je retiendrais une première difficulté méthodologique relative à la circonscription de l'objet et au périmètre de l'étude.

En effet, il m'a fallu faire un effort de définition afin d'identifier précisément les notions de système de gouvernement et de constitution avant de débuter mon travail de comparaison.

Par ailleurs une seconde difficulté relative à la délimitation historique et temporelle de la recherche a dû être franchie. J'aurais pu débuter ma recherche au moment de l'adoption du Statut de Westminster⁷ de 1931, loi du Parlement impérial qui acte juridiquement l'évolution des rapports entre la Métropole et ses anciens dominions. Toutefois, dans un souci de complétude et pour bien saisir l'évolution de ces systèmes constitutionnels, il m'a semblé indispensable de consacrer une première partie de la recherche aux premières constitutions coloniales. Sur ce point, l'histoire canadienne est particulièrement éclairante. Les revendications nées au Canada afin d'obtenir une forme de gouvernement représentatif puis responsable ont servi de point de repère aux autres dominions, qui ont bénéficié de ces évolutions bien plus rapidement. En effet, le laboratoire constitutionnel que représente le Canada a été un exemple pour l'Australie et la Nouvelle-Zélande dans la maturation de leur système de gouvernement respectif.

Quel apport spécifique du droit comparé dans votre travail ?

L'enjeu dans la comparaison réside dans le fait d'évoquer chacun des systèmes retenus à toutes les étapes du raisonnement et des développements afin d'en tirer des conclusions générales.

Cette entreprise n'a pas toujours été aisée, notamment dans la première partie historique de la recherche tant la route vers le gouvernement responsable n'a pas été la même dans les trois anciens dominions. Ainsi, dans un souci de clarté, il a été parfois, nécessaire de distinguer les trois trajectoires, tout en proposant des introductions et des conclusions intermédiaires qui renouaient avec le comparatisme.

L'approche de la deuxième partie du travail relative à la mise en œuvre du système de gouvernement issu de la constitution anglaise est sensiblement différente. Les comparaisons reposaient sur un choix de thèmes analysés en parallèle les uns des autres.

Pour ce faire j'ai eu recours à deux méthodologies de comparaison : la première visant à partir d'une définition première avant d'étudier les modalités de mise en œuvre et les inspirations mutuelles qui ont pu en découler ; la seconde visant à identifier certains mécanismes séparément dans chacun des systèmes pour ensuite en déduire une analyse commune.

Canada/Québec

Pourquoi la comparaison avec le Canada/le Québec ?

Le choix du Canada s'est imposé de lui-même. Il paraît impensable d'exclure le Canada du champ de la thèse (comme cela fut le cas pour l'Inde ou l'Afrique du Sud) tant au regard de sa trajectoire constitutionnelle, que du fait de l'accès à une littérature en français. Le choix de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande se comprend aisément compte tenu de leur proximité culturelle d'une part et de l'ambition d'étudier des systèmes peu étudiés en France. S'agissant plus particulièrement de la question québécoise, celle-ci était l'enjeu central de la recherche dans les développements historiques. L'enjeu de la place des anciens sujets du royaume français dans le système colonial britannique colonial est particulièrement intéressant, en témoigne par exemple l'adoption du Québec act de 1774⁸ ou de l'acte constitutionnel de 1791⁹. Cette question est par ailleurs étudiée en détail dans le cadre du rapport Durham de 1839¹⁰, une pièce centrale de l'histoire constitutionnelle des épigones de Westminster.

Quels apports de la comparaison avec la France et/ou avec d'autres systèmes ?

La comparaison est toujours une plus-value, un avantage non négligeable pour donner de la hauteur et de la profondeur à une recherche. Cette discipline et cette méthode de travail permettent d'élargir nos horizons et d'interroger les concepts. Le droit comparé révèle à quel point le droit constitutionnel est une discipline sociale, produit d'une histoire, d'une culture et d'une lutte politique.

Plus précisément, les quatre systèmes objets de mon travail, ont tous réfléchi à la formalisation des conventions de la constitution et autres pratiques institutionnelles. Ces expériences sont particulièrement riches et intéressantes.

On trouve par exemple des tentatives de révisions comme au Canada en 1978¹¹ ou en Australie en 1998, à l'image de la réflexion du Comité Balladur qui avait émis l'idée, avant de l'abandonner, de réviser les articles 5, 20 et 21 de la Constitution de 1958.

Par ailleurs, les épigones de Westminster ont un recours de plus en plus fréquent à des *cabinet manuals*. Ces outils visent d'une part à reconnaître l'existence d'une pratique institutionnelle et d'autre part à en préserver la flexibilité¹². Il y aurait ici un emprunt intéressant à faire pour notre système de gouvernement.

Ces réflexions sur les incidences de la formalisation sont présentes en France comme dans les épigones de Westminster. Par ailleurs, la nature des conventions de la constitution intéresse la doctrine française, comme le montre les travaux du professeur Avril¹³. Ainsi, les réflexions se retrouvent dans les systèmes français, comme étranger, reste à encourager les emprunts.

Y a-t-il des spécificités à relever s'agissant spécialement du droit public comparé ?

Il ne m'apparaît pas qu'il existe une spécificité du droit public comparé. Toutefois, je me permets d'attirer votre attention sur le fait qu'étudier le droit comparé et étudier des droits étrangers sont deux disciplines différentes. Le droit comparé qu'il soit public, ou privé obéit à une méthodologie bien précise. Le recours au droit comparé doit être encouragé dans les études comme dans la recherche mais il

ne doit pas être un artifice pour donner le sentiment d'observer ce qui se fait hors de nos frontières.

Perspectives

**Quelles perspectives pour la recherche en droit public comparé ?
Quels conseils donneriez-vous à un étudiant entreprenant une thèse en droit public comparé ?**

Si les systèmes étrangers vous intéressent, si vous avez un goût pour un système peu étudié ou que vous maîtrisez une langue étrangère, qu'elle soit rare ou non, ne vous posez pas la question : faites du droit comparé !

Le champ des possibles dans ce domaine ne connaît pas de limite (tant la définition du droit public varie d'un pays à l'autre). N'hésitez pas à voyager, à vous rendre dans des pays étrangers et à vous intéresser à leur système juridique, vous en serez j'en suis certain enrichi. Toutefois, avant d'entamer une thèse en droit public comparé, veillez à bien délimiter le périmètre de votre recherche pour ne pas vous décourager devant l'ampleur de la tâche.

Au-delà de la question du choix de la recherche en droit public comparé, n'hésitez pas à voyager et à découvrir des systèmes hors de France.

Quelles sont les pistes en droit comparé que vous souhaitez explorer vous-même, individuellement et/ou collectivement ?

À l'issue de ma thèse, j'ai très vite eu l'occasion de mettre à profit ma culture et ma méthode comparatiste. En effet, j'ai d'abord été recruté dans un premier contrat postdoctoral auprès de l'Université Paris-Est-Créteil dans le cadre du projet CEPASSOC¹⁴ dirigé par Madame Claire Marzo. Ce projet était consacré au statut des travailleurs de plateforme numérique. J'ai travaillé à la comparaison des régimes de protection sociale, en France et en Angleterre, de ses travailleurs. À cette occasion, j'ai vraiment réalisé que le droit comparé est une discipline et une méthode transversale au droit.

Par ailleurs, je souhaiterais approfondir les questions de la méthodologie du droit public comparé dans le cadre d'un cours ou d'un séminaire.

Sur le plan de la recherche, je m'intéresse au handicap je pense que le droit comparé pourrait être un outil particulièrement utile.

Je prolonge également les sujets abordés dans mon doctorant en travaillant à la traduction et la comparaison des premières constitutions coloniales. Enfin, je m'intéresse au constitutionnalisme indien, qui, au-delà de son originalité et de sa richesse, traverse une période de changement important.

Quelles perspectives/pistes pour la comparaison - les partenariats avec le Canada/le Québec ?

On constate aujourd'hui que le droit public comparé est devenu une discipline centrale que ce soit dans les travaux de recherche, les enseignements universitaires ou la formation des juristes. On ne peut que souhaiter que cela encourage la mise en place de nouveaux partenariats et programmes d'échanges.

NOTES

1 J.-J. CHEVALIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, 2 volumes, Paris, Les éditions internationales, 1930, 1068 p.

2 T. GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2018, 464 p.

3 À toutes fins utiles soulignons que l'Australie et le Canada sont dotés d'une constitution de type formelle alors que la Nouvelle-Zélande dispose d'une loi constitutionnelle (demeurant le système le plus fidèle à la culture britannique).

4 *Fixed-term Parliaments Act*, c. 14 abrogé par le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*, c. 11. L'Angleterre s'est inspirée notamment de l'article 24B du *New South Wales Constitution Act* de 1902 (n° 32) inséré dans le texte en 1995, lors des débats au Parlement.

5 De nombreuses analyses ont comparé cette situation à celle vécu par le Canada en 2008.

6 Comme le démontre également, voir dans cette revue, J. BELL, « Comparative Public Law in the United Kingdom », <<https://dx.doi.org/10.35562/droit-public-compare.115>>, *Droit Public Comparé*, n° 1, 2023, consulté le 27/05/2025

7 Statut of Westminster 1931, c. 4.

8 14 Geo. III c. 83.

9 31 Geo. III c. 31.

10 J. G. LAMBTON (Comte de Durahm), *Reports on the Affairs of British North America*, Toronto, R. Stanton, 1839.

11 Par exemple : le Canada 1978 (*bill c-60*) ou Australien de 1998

12 On retrouve la logique des coutumiers ou les miroirs au roi dont ces documents s'inspirent.

13 P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution - Normes non écrites du droit politique*, Léviathan, PUF, 1997, 202 p.

14 Projet ANR (ANR 20-CE26-001-01), <<https://cepassoc.hypotheses.org/>>, consulté le 18/06/2025.

AUTHORS

Aurore Gaillet

Professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole

IDREF : <https://www.idref.fr/152349359>

ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-1273-8366>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/aurore-gaillet>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000359408118>

Jonathan Sellam

Maître de conférences contractuel à l'Université Paris Dauphine – PSL

IDREF : <https://www.idref.fr/270084355>

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Sylvain Soleil

DOI : 10.35562/droit-public-compare.711

Copyright

CC BY-SA 4.0

TEXT

- 1 Entre, d'un côté, une conception normativiste européocentrale où seules les normes édictées par les institutions autorisées à le faire par l'État et les décisions des juges sont considérées comme du droit et, de l'autre, une conception anthropologique où tout est droit du moment qu'il s'agit d'une norme, il existe de multiples façons d'articuler règles, transgressions et sanctions.
- 2 Interroger l'esprit du droit tel qu'il est vu ailleurs, c'est explorer d'autres cultures juridiques à partir de manières différentes de lire le monde, ce qui y vit et ce qui le structure.

AUTHOR

Sylvain Soleil

Professeur d'histoire du droit et de droit comparé, Université de Rennes

Droit public colonial comparé, Est-Ouest. La construction du droit coutumier dans l'empire du Japon

Marie Seong-Hak Kim

DOI : 10.35562/droit-public-compare.699

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. L'établissement de l'ordre juridique coutumier en Asie de l'Est
 - 1.1. L'abolition des mauvaises coutumes
 - 1.2. La collecte des coutumes coloniales
 2. Le droit coutumier dans la Corée coloniale
 - 2.1. L'équilibre opéré par l'ordonnance sur les affaires civiles
 - 2.2. L'effet de l'activité jurisprudentielle sur le droit coutumier
 - 2.3. L'héritage postcolonial et le maintien du droit coutumier coréen
 3. Droit coutumier et politique coloniale
 - 3.1. La perspective japonaise
 - 3.2. La perspective européenne
 - 3.3. Le résultat en Corée moderne
- Conclusion

TEXT

L'étude

Marie Seong-Hak Kim examine la façon dont le concept de « droit coutumier » a été importé d'Europe par les Japonais à l'occasion, d'une part de la modernisation de leur droit durant l'ère du Meiji, d'autre part de l'expansion coloniale nipponne en Asie de l'Est. Cela tient à une double démarche de droit public comparé. Au Japon, raconte-t-elle, afin de conduire la population à adopter et appliquer de façon rapide les codes de lois occidentales dès le début de l'ère Meiji (1868-1912), le gouvernement a compris qu'il était nécessaire de transformer les normes traditionnelles en

normes coutumières, afin de faire du « droit coutumier japonais » l'antichambre des lois. En d'autres mots, les coutumes devaient, peu à peu, grâce à la jurisprudence des juges, grâce à l'abolition des mauvaises coutumes et grâce à la modification des coutumes *contra legem*, ouvrir la population (attachée à ses traditions) à la réception des lois nouvelles. Dans l'empire colonial, ajoute-t-elle, le gouvernement japonais a choisi d'adopter une démarche qui se démarquait de la colonisation européenne en Afrique et en Indochine, laquelle avait permis aux sujets colonisés d'être régis par leurs coutumes. En Corée et à Taïwan, l'objectif n'était pas d'établir deux ensembles de normes, mais l'assimilation des populations soumises à la population japonaise. Par conséquent, explique Marie Kim, les agents coloniaux ont mené des enquêtes de terrain pour recueillir les traditions et les juges japonais ont utilisé leur jurisprudence pour les transformer afin de guider les populations vers les lois japonaises. En d'autres mots, le droit coutumier était un moyen au service du droit public colonial.

L'autrice

Marie Seong-Hak Kim est historienne et juriste, professeure émérite et membre du barreau de Minnesota (USA). Ses travaux portent sur l'histoire du droit de la France médiévale et moderne et sur la comparaison du droit coutumier entre l'Asie et l'Europe. Elle a notamment publié : « Michel de L'Hôpital : The vision of a Reformist Chancellor during the French Wars of Religion », Kirksville, Sixteenth Century Essays and Studies, 1997 ; *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 ; *Constitutional Transition and the Travail of Judges: The Courts of South Korea*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 ; et *Custom, Law, and Monarchy: A Legal History of Early Modern France*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

- 1 La comparaison des différentes formes de régime colonial peut enrichir notre compréhension du droit coutumier, et plus généralement celle des sources du droit de façon globale. Il est connu que le régime mis en place par les puissances impériales européennes en Afrique et en Asie du Sud-Est, au xix^e siècle et au début du xx^e siècle, a consisté à établir un double système juridique : un ensemble de lois et de tribunaux pour les Européens ; un autre pour les autochtones dont les tribunaux devaient appliquer les coutumes locales que les agents coloniaux devaient recueillir et fixer dans des enquêtes et, parfois, des textes officiels. Ce modèle s'applique-t-il dans les empires coloniaux non européens ? Si l'on examine la politique coloniale du Japon en Asie de l'Est par rapport à celle des États européens, il est possible de souligner une ressemblance et une divergence majeures.
- 2 Pour le comprendre, il faut tout d'abord signaler que le Japon n'a reçu la théorie européenne du droit coutumier que deux ou trois décennies avant d'entamer son expansion outre-mer. Le concept de coutume en tant que source de droit n'existant pas dans l'Asie orientale traditionnelle. Il a été introduit à partir de l'Europe lorsque le Japon de Meiji (1868-1912) a commencé à déployer des efforts conscients, après des siècles de régime féodal, pour transformer son droit et son système juridique en y greffant le droit civil européen. Un élément central de ce processus a été l'adoption de la notion de droit coutumier, qui a servi d'instrument pour réconcilier les lois traditionnelles avec celles de l'extérieur et faciliter la réception de ces dernières. La politique juridique coloniale du Japon, la seule puissance impériale non occidentale au tournant du xx^e siècle, a été le reflet fidèle de son propre processus de modernisation. D'où la ressemblance et la divergence.
- 3 D'un côté, arrivés tardivement dans la mêlée impériale, les Japonais ont soigneusement imité les Européens, tant dans la rhétorique que dans l'exécution. Ils autorisaient les sujets colonisés à être régis par leurs coutumes dans la plupart des relations juridiques privées. Toutes les puissances coloniales, en effet, étaient d'accord pour reconnaître les coutumes et les institutions autochtones dans la double mesure où elles étaient compatibles avec les règles du droit naturel et de la morale et où elles n'entravaient pas l'administration coloniale. Les fonctionnaires coloniaux, aidés par des juristes et des

anthropologues du droit, ont tenté de dégager certaines règles des pratiques juridiques autochtones, qu'ils ont ensuite qualifiées de « droit coutumier » des peuples indigènes¹. Cependant, les études coloniales d'après-guerre ont montré que ce qui était appliqué par les tribunaux était souvent loin de refléter les traditions immémoriales et précoloniales. Partout, l'analogie présumée du droit coutumier avec les pratiques autochtones a été largement remise en question.

- 4 D'un autre côté, les Japonais n'ont jamais envisagé, à aucun moment de leur entreprise impériale, de créer un double système juridique, avec des lois distinctes pour les colonisateurs et les colonisés. Ils n'ont pas créé de tribunaux autochtones et ont plutôt opté pour l'imposition radicale de nouvelles structures juridiques en duplication du système métropolitain. Le Japon a tenté d'intégrer les pratiques et les institutions autochtones dans la sphère juridique nationale par l'élaboration d'un droit coutumier par les juges de l'État. C'est dans la Corée coloniale que cette évolution a été la plus marquante. La Corée est devenue un protectorat japonais en 1905, puis a été annexée en 1910. Jusqu'à la disparition de l'empire colonial japonais en 1945, la Corée est restée son plus important territoire d'outre-mer. Sous le régime colonial, les relations privées entre les Coréens étaient régies par leurs coutumes, appliquées par les tribunaux selon les principes et procédures juridiques japonais. L'ordre juridique coutumier servait le but d'unification des lois et des institutions japonaises et coréennes². L'objectif final était l'assimilation juridique.
- 5 Dans les colonies européennes, le programme de la mission civilisatrice coexistait avec la ligne officielle selon laquelle les autochtones devaient être autorisés à régler leurs différends selon les coutumes locales. Une question récurrente pour les juristes coloniaux était, comme l'a résumé M. B. Hooker, de savoir si « les lois d'application générale devaient être élaborées sur la base de ce qui était moralement le mieux pour l'ensemble de la population » ou si « les lois devaient continuer à être séparées plutôt que d'introduire des changements “pour le mieux” qui seraient initiés par le législateur (européen)³ ». Les Japonais n'étaient pas confrontés à un tel dilemme. Dans la Corée coloniale, la jurisprudence a joué un rôle clé en rendant les coutumes assimilables au droit civil japonais. Les décisions des tribunaux étaient périodiquement incorporées dans la

législation, éliminant progressivement les domaines régis par les coutumes.

- 6 Dans ce contexte, l'étude de la construction du droit coutumier dans la colonie coréenne du Japon apporte un éclairage multiple. Premièrement, elle montre comment cette source du droit a été interprétée, intégrée et mise en pratique dans la pensée juridique japonaise. Deuxièmement, elle montre que la manière dont chaque puissance coloniale a traité les coutumes et pratiques autochtones a été en grande partie dictée par les exigences de la gestion coloniale. Troisièmement, elle permet de comprendre que le droit coutumier reflétait l'image que chaque État avait de lui-même et sa vision de l'outre-mer. Quatrièmement, elle permet de souligner le fait que la politique coloniale en matière de droit coutumier a affecté les diverses trajectoires des sociétés postcoloniales. Enfin, la politique japonaise en Asie de l'Est constitue un point de référence important pour évaluer le développement du droit dans un contexte mondial.

1. L'établissement de l'ordre juridique coutumier en Asie de l'Est

- 7 La coutume en tant que source de droit était une idée étrangère à la sphère juridique traditionnelle de l'Asie de l'Est. En Europe, l'essor du droit coutumier est indissociable de la fragmentation féodale. Les États médiévaux, dépourvus d'un système juridique unifié, ont dû contrôler les usages locaux en leur conférant une régularité. Les monarchies royales ont procédé à la rédaction officielle des coutumes locales⁴. On ne trouve pas de circonstances comparables en Asie de l'Est. La centralisation administrative en Chine a précédé de près de dix siècles les tentatives similaires en Europe. La dynastie des T'ang (618-907) a lancé au VIII^e siècle une codification systématique des lois pénales et de divers règlements administratifs. Alors qu'en Europe les cours royales rivalisaient avec les cours seigneuriales pour des questions de compétence, les provinces chinoises étaient dirigées par des fonctionnaires contrôlés par le gouvernement central en vertu d'un ensemble de règles codifiées, uniformes dans tout l'empire⁵. Les codes juridiques des empires chinois suivants ont fortement influencé l'ordre juridique de la Corée et du Japon avant que ce dernier n'entre dans l'ère féodale à la fin du

xii^e siècle. La centralisation administrative et la codification du droit ayant été réalisées très tôt, ni les empires chinois ni les royaumes coréens, jouissant de la plénitude du pouvoir législatif, n'ont eu besoin de conférer aux usages privés le statut de coutumes locales à l'abri des codes. Certes, il existait des coutumes populaires, des normes traditionnelles, que chaque communauté pratiquait et observait collectivement. Mais ces coutumes n'avaient pas de valeur juridique officielle. Elles ne pouvaient ni se substituer aux codes étatiques ni les compléter ou les contourner.

- 8 Selon Jérôme Bourgon, le droit coutumier a été construit au Japon et en Chine à partir des pratiques, des habitudes et des rites pour préparer la codification du droit civil au moment de la mutation de chaque pays en un État-nation moderne⁶. Dans les années 1870-1880, le Japon a lancé des campagnes de collecte de coutumes susceptibles d'être insérées dans le projet de code civil⁷. Un développement similaire a eu lieu en Chine entre 1900 et 1930⁸. Recueillir les usages populaires et les considérer comme une source de droit étaient essentiellement des efforts bureaucratiques visant à concevoir un système juridique équivalent aux systèmes juridiques occidentaux. La modernisation juridique a conféré à la notion de droit coutumier une sorte de légitimité historique. Le gouvernement japonais a entrepris de transformer les coutumes en droit coutumier, un processus qui s'était déroulé plusieurs centaines d'années auparavant en Europe. Il s'en est suivi un nettoyage volontaire de ses anciennes coutumes.

1.1. L'abolition des mauvaises coutumes

- 9 Lors de la restauration du pouvoir impérial en 1868, l'empereur Meiji a prononcé le célèbre Serment impérial des cinq articles. Il promet solennellement d'abolir les mauvaises coutumes et exhorte ses sujets à adapter les anciennes pratiques aux « principes éternels de la justice ». En 1875, le Grand conseil de l'État (*Dajōkan*) a déclaré que la coutume et la raison (*jōri*) étaient les sources officielles du droit (*Fukoku* n° 103⁹). Avant la codification du Code civil moderne, il n'existe que peu de dispositions légales expresses permettant de traiter de manière adéquate les litiges civils, et la reconnaissance de la coutume en tant que source de droit a non seulement apporté un répit, mais a encore permis d'effectuer une transition. La loi n° 103,

déclarant la force juridique des lois et des pratiques traditionnelles japonaises, avaient pour fonction de combler le vide juridique et de maintenir la continuité avec le passé juridique au moment où l'on s'apprêtait à rédiger un projet de Code civil moderne. Toutefois, un point s'avère ici crucial : la condition, pour qu'une coutume soit valide, est qu'elle ne soit pas mauvaise. Cette formule rappelle celle utilisée dans les royaumes européens, où le roi se donne pour mission d'abolir les coutumes odieuses, et rappelle encore celle des colonies européennes, où les coutumes autochtones étaient reconnues tant qu'elles n'étaient pas contraires aux statuts ou à l'ordre public¹⁰. Le critère de l'ordre public en Afrique francophone était l'équivalent de la « repugnancy clause » dans les colonies britanniques. Les tribunaux autochtones eux-mêmes invoquaient l'exception de l'ordre public pour justifier leur refus d'appliquer certaines règles du droit populaire¹¹. Dans le Japon de Meiji, l'adoption de la notion importée de coutume en tant que droit avait clairement pour but de faciliter la transformation du droit et du système juridique japonais dans le cadre de la tradition du droit civil. Il est à noter que ce processus était similaire à celui qui avait eu lieu en France plusieurs siècles auparavant, lorsque la rédaction et la réforme des coutumes avaient été menées de pair avec l'assimilation du droit romain¹². Tout au long de l'histoire, la coutume a joué un rôle de facilitateur dans l'adoption de lois venues de l'extérieur. Au Japon, les pratiques et coutumes locales ont été interprétées et classées par les tribunaux judiciaires conformément aux principes et catégories juridiques importés de France et d'Allemagne.

¹⁰ Le Japon de l'ère Meiji a donc adopté le schéma « dominant-serviteur¹³ », prévalant dans les colonies européennes, pour réformer son propre droit : le droit dominant était le droit de l'État formulé sur le modèle du droit occidental ; le droit serviteur était constitué des coutumes traditionnelles et des lois féodales du *bakuhu*. Il est intéressant de rappeler que la réforme juridique au Japon s'est faite sous des pressions considérables de l'extérieur. L'Asie de l'Est avait un besoin urgent de réviser le système de traités inégaux qui accordait l'extraterritorialité aux puissances étrangères. Les puissances occidentales justifiaient l'extraterritorialité par le fait que le droit et les systèmes juridiques japonais et chinois n'étaient pas suffisamment avancés pour garantir une procédure judiciaire impartiale aux

ressortissants étrangers¹⁴. La notion moderne de souveraineté, matérialisée par des lois formelles et des institutions nouvelles, s'imposait. De nombreux dirigeants de l'ère Meiji craignaient que l'incapacité à moderniser le droit n'entraîne la chute du Japon dans un statut de territoire colonisé.

- 11 D'autre part, des réactions importantes se sont manifestées contre les influences étrangères, en particulier contre les principes universels et abstraits des droits consacrés par le Code civil français. Les affrontements entre les deux forces – en faveur et contre l'adoption de lois étrangères – se sont déroulés de manière spectaculaire lors du débat sur le Code civil (*hōten ronso*). La controverse porte sur le sort du Code civil préparé par le juriste français Gustave Boissonade de Fontarabie (1825-1910)¹⁵. Boissonade avait été invité par le gouvernement japonais à participer à la modernisation juridique du pays. Il a soumis le projet achevé en 1890, qui devait entrer en vigueur en 1892. Mais il se heurte à l'opposition véhémente des milieux conservateurs et le gouvernement tarde sa publication au motif qu'il ne reflète pas suffisamment les traditions et les coutumes du Japon. Par la suite, le nouveau Code civil a été rédigé par des juristes japonais sur le modèle de la première version du Code civil allemand et a été promulgué en 1898.

- 12 L'élaboration du Code civil japonais a coïncidé avec la plongée du pays dans la course impériale aux colonies. Après s'être libéré du carcan de l'extraterritorialité et avoir rejoint la communauté internationale en tant que nation souveraine à part entière, le Japon s'est empressé d'atteindre la parité avec les puissances impériales occidentales en acquérant des territoires d'outre-mer, d'abord Taïwan, puis la Corée. C'est par le biais de la domination coloniale japonaise que le concept de coutume s'est répandu en Asie de l'Est.

1.2. La collecte des coutumes coloniales

- 13 Après la fin de la guerre sino-japonaise en 1895, Taïwan a été cédé par la Chine des Qing au Japon, devenant ainsi la première colonie japonaise d'outre-mer. Rapidement, le gouvernement colonial a lancé des campagnes de collecte des droits coutumiers à Taïwan. Le 20 juillet 1898, le règlement relatif aux affaires civiles, commerciales et criminelles (*ritsurei* n° 8) a été publié, selon lequel les affaires

civiles et commerciales impliquant des Japonais étaient régies par les lois japonaises et celles impliquant uniquement des Taïwanais ou des Chinois étaient régies par les anciennes coutumes de Taïwan. Les autorités coloniales ont chargé des spécialistes du droit anglais au Japon d'enquêter sur les coutumes et les usages des nombreux groupes ethniques de l'île et de les consigner par écrit¹⁶.

- 14 Ume Kenjirō (1860-1910) de l'Université de Tokyo, spécialiste du droit civil français et l'un des trois rédacteurs du Code civil japonais, participe à l'élaboration de la politique juridique à Taïwan¹⁷. Il envisage l'intégration de la colonie dans la juridiction uniforme prévue par la Constitution de Meiji, mais estime que Taïwan a besoin de son propre Code civil, qui reflète les coutumes et les situations particulières des Taïwanais et des Chinois. L'application directe des lois japonaises à la colonie poserait des difficultés en raison de fondements juridiques différents. En attendant la rédaction des codes taïwanais, « les indigènes devraient être gouvernés pendant un certain temps par les anciennes coutumes. En ce qui concerne les biens immobiliers, les anciennes coutumes devraient être appliquées dans tout Taïwan, ou du moins dans la majeure partie de Taïwan, jusqu'à ce que le cadastre soit achevé ». Tout conflit entre les coutumes et les lois japonaises en matière de relations familiales et de succession devrait être résolu « conformément aux principes internationaux du droit privé », a-t-il écrit. Le droit pénal et les procédures civiles et pénales nécessiteraient certaines dispositions spéciales¹⁸. Les rapports d'enquête coutumière ont été compilés en 1902. Ils ont été publiés, complétés par des enquêtes ultérieures, sous le titre de *Taiwan shihō* (*Droit privé de Taïwan*) en 1910 et 1911¹⁹.
- 15 Des efforts similaires ont été déployés en Corée après que la dynastie Chosōn (1392-1910) est tombée sous le protectorat. En 1906, Ume est invité par Itō Hirobumi, alors résident général de Corée, à diriger les efforts législatifs en Corée. Comme pour Taïwan, Ume pensait que la Corée avait besoin d'un Code civil indépendant. À partir de 1907, il a supervisé l'étude des anciennes lois et des usages populaires de la Corée en vue de la rédaction d'un code. C'était la première fois dans l'histoire de la Corée que les coutumes étaient rassemblées et consignées par écrit par une entité publique ou privée. Des enquêtes sur le terrain ont été menées par des enquêteurs dépêchés au niveau

central. Ils ont recueilli les pratiques et les usages populaires, ainsi que les documents privés et les formulaires juridiques régissant les transactions privées, tels que les contrats de vente, les actes fonciers, les transactions hypothécaires, et les contrats de location permanente (une sorte d'emphytéose). Les enquêtes portaient également sur des sujets folkloriques et ethnologiques, tels que les cérémonies de mariage et les rites funéraires. Cela offrait un ensemble de compilations juridiques et de recueils de rituels confucéens qui ont été rassemblés selon les catégories établies par Ume. Ume a formulé deux cent six questions : cent quatre-vingts questions sur les « affaires civiles » et vingt-six sur les « affaires commerciales ». Les premières étaient organisées selon les classifications du Code civil japonais suivant le système *Pandekten* allemand, et subdivisées en « Principes généraux », « Propriétés », « Obligations », « Famille » et « Successions » ; les secondes se composaient de « Principes généraux », « Société », « Actes commerciaux », « Billets à ordre » et « Commerce maritime ». Complétés par les extraits des anciens codes d'État, les résultats des campagnes d'enquête, expurgés en japonais, ont été publiés en 1910 sous le nom de *Kanshū chōsa hōkokusho* (*Rapport d'enquête sur les coutumes*). Ce document reste aujourd'hui le seul recueil complet des coutumes coréennes²⁰.

16 Ume ne se fait aucune illusion sur la nature des campagnes qu'il mène : son objectif est de rassembler des contenus pour compiler un code coréen. Il était bien conscient que l'absence d'élaboration doctrinale savante et d'activité jurisprudentielle dans la Corée dynastique avait empêché l'émergence d'un droit privé à partir des coutumes. Les usages devaient être modifiés, mis à jour et affinés, et les usages injustes ou inéquitables écartés. Les coutumes populaires devaient être normalisées et réorganisées pour produire des principes communs, qui seraient ensuite incorporés dans un code incarnant les principes universels des droits individuels. L'objectif principal des enquêtes était de rassembler des matériaux à insérer de manière sélective dans le cadre juridique occidental.

17 L'annexion de la Corée par le Japon en 1910 a mis un terme brutal à l'effort : les projets de création d'un code coréen sont abandonnés. Les campagnes d'Ume s'étaient heurtées à l'opposition de ceux qui estimaient que la création d'un système juridique distinct dans la

péninsule entraînerait une charge financière excessive pour le gouvernement japonais²¹. De nombreux observateurs japonais craignaient que le manque d'uniformité du droit civil entre la Corée et le Japon n'entraîne une confusion dans les transactions économiques et ne crée des difficultés pour les investisseurs²². L'annexion achevée, les autorités coloniales ont commencé à imposer les codes japonais en Corée. Cependant, toute puissance impériale était consciente de la nécessité d'éviter de s'immiscer dans les coutumes autochtones dans la mesure où elles n'avaient pas d'impact direct sur le gouvernement de la colonie.

¹⁸ Les Japonais ont donc créé un système laissant, comme dans les colonies européennes, une place aux coutumes locales, mais la façon de régir ce droit coutumier a suivi des voies assez différentes.

2. Le droit coutumier dans la Corée coloniale

¹⁹ Il convient d'emblée de souligner la situation particulière de la Corée. Avant l'arrivée des colonisateurs, la dynastie coréenne avait une longue tradition de gouvernement centralisé et une culture florissante de l'art étatique. L'infrastructure d'un État bureaucratique très avancé était fermement en place, avec l'existence de codes juridiques complets et normalisés. Même s'il avait l'intention de remplacer les institutions juridiques traditionnelles de la Corée par les modèles japonais, le gouvernement colonial ne pouvait pas se contenter d'écartier d'un seul coup la culture juridique existante de la Corée. Les autorités japonaises se sont donc concentrées sur les changements institutionnels. Pendant la période du protectorat, les institutions judiciaires traditionnelles de la Corée avaient déjà été entièrement remplacées par des tribunaux modernes sur le modèle du système japonais. Les tribunaux coloniaux établis en octobre 1910 reproduisaient la hiérarchie judiciaire japonaise, composée de la plus haute cour (*Kōtō Hōin*), des cours d'appel (*Fukushim Hōin*) et des tribunaux de district (*Chihō Hōin*). La gestion du droit coutumier devait donc être assurée par ces tribunaux modernes bien établis, par le biais de leurs activités jurisprudentielles. L'ordonnance de Chosōn sur les affaires civiles (*Chōsen minjirei*) a été promulguée en

mars 1912 (*seirei* n° 7). Elle constituait le cadre de base de l'ordre juridique colonial.

2.1. L'équilibre opéré par l'ordonnance sur les affaires civiles

- 20 L'ordonnance sur les affaires civiles déclarait que le Code civil japonais régirait la péninsule coréenne en tant que loi du pays. L'article 1 du *Minjirei* dispose qu'« en matière civile, les lois suivantes s'appliquent à moins qu'il n'y ait des dispositions spéciales dans cette ordonnance et dans d'autres lois », et énumère le droit civil, la procédure civile, le droit commercial et d'autres lois japonaises, au nombre de vingt-trois au total. L'ordonnance décrète toutefois que les relations de droit privé impliquant uniquement des Coréens sont régies par les coutumes coréennes, et non par les lois japonaises énumérées à l'article 1²³. De même que les puissances européennes appelaient « coutumes » toutes les pratiques et institutions autochtones, désignant tout ce qui n'était pas une loi d'origine européenne, les Japonais appelaient « coutumes » coréennes les anciens codes de la dynastie Chosōn ainsi que les usages populaires. L'article 10 de l'ordonnance se lit comme suit : « Les affaires civiles impliquant uniquement des Coréens sont régies par la coutume coréenne, même si une coutume spécifique est différente de la loi, tant que la loi n'est pas liée à l'ordre public. » L'article 11 prévoit que « les questions relatives à la famille et à la succession impliquant des Coréens sont décidées selon la coutume et non selon les lois ». L'article 12 de l'ordonnance reconnaît également les droits de propriété coutumiers, s'écartant ainsi de la règle du Code civil japonais selon laquelle les droits de propriété ne peuvent être créés et exercés que conformément aux règles légales.
- 21 En vertu de l'ordonnance civile, les autorités japonaises ont mis en œuvre un système de principe de personnalité juridique, par lequel les sujets coloniaux étaient distingués des Japonais. Les Japonais de souche étaient distingués des Coréens en fonction du registre des familles, appelé *koseki*. En apparence, tout le système semble identique aux mesures pluralistes appliquées dans les colonies européennes, mais il présente d'importantes différences. Une brève

comparaison des entreprises impériales européennes et japonaises s'impose.

- 22 D'une part, il faut tenir compte des disparités évidentes entre deux situations géopolitiques. Les planificateurs coloniaux français, qui dominaient des régions aussi vastes et ethniquement diverses que l'Afrique de l'Ouest et l'Indochine, étaient incapables d'adopter une approche uniforme en matière de droit, comme l'ont fait leurs homologues japonais. Les Anglais en Afrique de l'Est et en Inde et les Néerlandais dans les Indes orientales néerlandaises ont également été confrontés à la tâche décourageante de gérer une extraordinaire variété de cultures et de coutumes. Afin de faire fonctionner l'administration coloniale avec un nombre limité d'administrateurs coloniaux, les puissances européennes ont été contraintes de s'appuyer sur les sources et les autorités locales. En faisant des chefs traditionnels les chefs des tribunaux autochtones et les agents officiels du gouvernement colonial, le système des tribunaux tribaux a créé une sorte d'extension de l'autorité traditionnelle sanctionnée par l'État. Le colonialisme de peuplement japonais était tout à fait différent. La proximité géographique entre le Japon et ses colonies en Asie de l'Est a permis une occupation coloniale beaucoup plus intrusive que celle des Européens. Les territoires coloniaux étant beaucoup plus petits, les Japonais n'ont pas eu besoin de s'appuyer sur le système administratif local de l'administration indirecte.
- 23 D'autre part, on ne peut pas ignorer les liens historiques et culturels qui unissaient depuis longtemps le Japon et la Corée. En Asie de l'Est, les colonisateurs et les colonisés appartenaient tous deux à la même sphère culturelle de la civilisation sinisée. Les autorités coloniales japonaises ont déclaré que « toutes les règles sont appliquées sans distinction entre les Coréens, les Japonais et les étrangers²⁴ ». Dans un discours prononcé peu après la promulgation de l'ordonnance civile (*Minjirei*), le gouverneur général Terauchi Masatake a fièrement déclaré que l'esprit de la nouvelle loi était de régir tous les groupes de population, qu'ils soient japonais ou coréens, par les mêmes règles de fond et de procédure. Bien que le *Minjirei* reconnaisse la force juridique des coutumes coréennes, il ne s'agit que d'exceptions temporaires. L'assimilation du peuple coréen est le but ultime. Cependant, il n'est pas souhaitable d'appliquer immédiatement le droit japonais en Corée, car la Corée, qui était auparavant « un pays

indépendant avec plusieurs milliers d'années d'histoire et une population de plus de dix millions d'habitants », a « une tradition différente et ses pratiques et coutumes sont toutes très différentes de celles du Japon ». L'ordre juridique coutumier était donc considéré comme une simple exception transitoire par rapport au système général du droit civil, de la procédure civile et du droit commercial japonais. D'où la nécessité d'un système de droit coutumier, fondé sur des précédents judiciaires.

2.2. L'effet de l'activité jurisprudentielle sur le droit coutumier

- 24 Dans l'ordre colonial du droit coutumier, les dispositions des codes traditionnels et les pratiques populaires ont été redéfinies pour devenir des règles juridiques institutionnalisées, modifiées par des décisions judiciaires. Un aspect important, mais souvent négligé, de la modernisation juridique au Japon est le fait qu'elle s'est déroulée à travers la réception du droit civil et de la *common law*. En apparence, le Japon a adopté le système continental, mais en réalité, il a suivi la dynamique du droit anglais, car les juges ont étendu l'utilisation des précédents à des domaines qui n'étaient auparavant pas régis par la loi. Le même cadre a été importé dans ses colonies, où le double fonctionnement du code japonais et des coutumes autochtones a facilité le fonctionnement de l'ordre juridique. La jurisprudence des tribunaux a produit la version officielle du droit coutumier régissant les relations juridiques privées entre les sujets colonisés.
- 25 Contrairement aux avant-postes européens où les juges étaient issus du corps de la fonction publique administrative et occupaient à la fois des postes judiciaires et administratifs, les juges coloniaux en Corée étaient séparés des administrateurs, et la sélection et la promotion des juges étaient régies par les mêmes règles que celles des juges métropolitains. C'est pourquoi les juges coloniaux ont naturellement interprété les coutumes coréennes à la lumière du droit japonais. Voici leurs méthodes.
- 26 En premier lieu, les juges ont manipulé les coutumes en fonction des éléments dont ils disposaient. La base est qu'ils n'accordaient une valeur juridique aux pratiques que lorsqu'elles n'étaient pas contraires aux dispositions du Code civil japonais. Aussi, lorsque les coutumes

divergeaient du droit civil japonais, les juges tentaient-ils une restructuration raisonnable des règles. Leur jurisprudence avait tendance à mêler la coutume à la raison, un processus qui avait une longue histoire en Occident. La confusion de la coutume coréenne et de la raison a permis aux juges de reconnaître de manière sélective les pratiques populaires conformes à leur notion de justice et d'équité. Par le biais du droit coutumier, ils ont ainsi transformé les pratiques *contra legem* en coutumes *para legem*, c'est-à-dire qu'ils ont ramené une certaine pratique à une position moins contraire à la loi. Sous la rubrique générale du droit coutumier, les juges étaient essentiellement libres d'exécuter leurs hypothèses jurisprudentielles. La modification des coutumes autochtones par le biais de précédents judiciaires a également eu lieu dans les territoires européens d'outre-mer, mais les forces dominantes du pluralisme juridique et du relativisme culturel ont inhibé l'application effective du droit coutumier judiciaire.

- 27 En deuxième lieu, en l'absence de tribunaux autochtones en Corée, il n'y a pas eu de processus d'enquête auprès de la population locale. C'est le *Rapport d'enquête sur les coutumes* de 1910 qui est devenu le principal document de référence pour les décisions des juges. Lorsqu'ils avaient encore des doutes sur les relations juridiques dans les anciennes coutumes, ils envoyoyaient des demandes de renseignements aux autorités exécutives du gouvernement colonial qui envoyoyaient leurs réponses sous forme d'avis ou de réponses. Dans la plupart des cas, ces bulletins bureaucratiques émis au niveau central étaient considérés comme des déclarations définitives de la coutume et ont été compilés dans le *Minji kanshū kaitō ishū* (*Compilation des réponses sur les questions de coutumes civiles*) en 1933²⁵. Des commissions spéciales, composées de juges et de fonctionnaires juridiques du gouvernement général, ont été créées pour examiner les décisions des tribunaux en matière de coutumes et les concilier. Ces activités ont abouti à la création d'un corpus de coutumes établi par les juges. Les juges coloniaux, à l'instar des juges de *common law*, ont extrait des pratiques traditionnelles coréennes des règles générales et les ont déclarées droit coutumier de la Corée. Les résolutions des commissions judiciaires nommées par le gouvernement ont permis de satisfaire à l'*opinio necessitatis*, un élément clé pour que la coutume obtienne une force normative, c'est-

à-dire la conviction de la population locale qu'une certaine pratique est contraignante²⁶.

- 28 En troisième lieu, les juges ont utilisé le critère de l'ordre public pour sélectionner les règles coutumières à appliquer. En invoquant l'ordre public, par exemple, la haute cour (*Kōtō Hōin*) a très tôt refusé d'appliquer une pratique autrefois courante consistant à tenir les frères et sœurs ou les membres de la famille conjointement responsables des dettes. En 1913, les juges ont déclaré sans ambages que « nous ne reconnaissons pas une telle coutume²⁷ ». En 1935, la Cour a réexaminé le délai de prescription pour le recouvrement des droits de succession²⁸. En 1920, la Cour avait constaté que « le Chosōn n'a pas de coutume fixe » refusant la réclamation du successeur légitime²⁹. Si une personne non qualifiée avait déjà succédé, le successeur légitime pouvait exercer son droit de réclamer la succession sans limite de temps. Quinze ans plus tard, cependant, la Cour est revenue sur sa propre décision, citant l'autorité de la coutume coréenne. Elle a écrit que ces droits de récupérer la succession s'éteignaient lorsque le demandeur n'exerçait pas ses droits dans le délai imparti. Cette décision, rationalisée par la prise en compte de la « coutume » par la Cour, a été favorablement accueillie par les juristes qui estimaient que la prescription garantirait la validité des transactions successorales. Cependant, certains juristes ont critiqué la décision de la Cour au motif qu'elle faisait un usage abusif de la notion de coutume. Selon eux, la règle prévoyant un délai pour la réclamation du successeur légitime était à la fois nécessaire et souhaitable ; la conscience juridique coréenne et le principe de droit l'exigeaient. Néanmoins, selon eux, c'est à tort que la Cour a déclaré que la « coutume » à cet effet régnait en Corée. En réalité, la décision du tribunal ne faisait que répondre aux exigences de la raison (*jōri*). Le tribunal aurait dû justifier sa décision par la raison, plutôt que de se réfugier derrière la coutume³⁰.

- 29 Ce sont les coutumes fondées sur les rites confucéens qui ont le plus retenu l'attention. Les rituels confucéens, profondément enracinés, étaient à la base des relations familiales et successorales en Corée. Ils étaient souvent en contradiction directe avec le concept juridique des droits dans la tradition du droit civil. Dans de tels cas, les juges coloniaux ont tenté d'assouplir l'observation rigide des rituels confucéens et d'abolir ce qu'ils considéraient comme des éléments

oppressifs. Il a ainsi été avancé que les juges ont modifié les lois et les coutumes coréennes afin de parvenir à l'assimilation du droit coréen au droit japonais. Mais on peut en douter : pourquoi les Japonais auraient-ils voulu modifier par la force les coutumes familiales et successorales coréennes, largement formulées à partir des préceptes de Confucius ? Le confucianisme était une philosophie d'élite, et son enseignement était axé sur le maintien de l'ordre social hiérarchique. Dans le cadre de la gestion coloniale, le maintien du système moral dominant des élites permettait de contrôler la population autochtone. De nombreuses règles de droit de la famille ou de succession provenaient des textes rituels confucéens et avaient déjà été intégrées dans les codes d'État sous forme de règlements pénaux, et il n'était pas possible pour les autorités coloniales de les ignorer ou de les modifier de manière arbitraire. La décision d'autoriser les coutumes coréennes a été favorisée avant tout par la considération qu'il était politiquement insensible d'interférer avec les questions de famille ou de succession. La volonté affichée par le gouvernement colonial de respecter les coutumes coréennes ne doit pas être considérée comme une dissimulation. La plupart du temps, les juges appliquaient fidèlement les anciennes coutumes, sauf lorsqu'elles étaient jugées notamment contraires à l'ordre public.

- 30 Quel a été le résultat de cette politique jurisprudentielle ? Du point de vue de la puissance coloniale, les Japonais ont été en mesure d'aligner les coutumes familiales coréennes sur le droit japonais avec une certaine efficacité parce qu'elles n'avaient pas de dimension religieuse. Ceci contraste avec les colonies européennes où les colonisateurs devaient composer avec les lois religieuses des peuples autochtones. Le confucianisme peut être considéré comme une religion par certains, mais certainement pas dans le même sens que l'animisme ou l'islam. Dans de nombreux territoires coloniaux européens, les populations musulmanes étaient autorisées à recourir à des tribunaux religieux pour statuer sur des affaires concernant le statut personnel. Le droit de la famille était largement laissé aux *qadis* musulmans³¹. En revanche, les Japonais n'ont pas eu à se préoccuper d'un droit privé d'inspiration religieuse. En l'absence d'éléments de droit religieux, il était plus facile de faire entrer les coutumes dans le champ d'application du droit civil japonais. La

tradition juridique séculaire de l'Asie de l'Est a atténué les tensions entre le droit colonial et le droit traditionnel.

- 31 Du point de vue des justiciables coréens, le droit coutumier a servi d'instrument pour conférer une légitimité aux arguments juridiques. Les parties affluaient devant les tribunaux coloniaux, arguant de situations de fait et avançant des arguments juridiques en accord avec le système dominant.
- 32 Au total, la coutume, terme qui recouvre à la fois les lois codifiées de Chosŏn et les usages populaires, offre une structure préfabriquée qui peut être reformulée et réassemblée par les tribunaux coloniaux selon les principes juridiques et la procédure de la métropole japonaise. Les coutumes coréennes considérées comme étant en conflit avec les dispositions du Code civil japonais ont été progressivement transformées par la jurisprudence. Les juges coloniaux, à l'instar des juges de *common law*, ont extrait des pratiques traditionnelles des règles générales et les ont déclarées droit coutumier de la Corée.
- 33 La législation a rapidement transformé les jurisprudences en lois, rendant ainsi les pratiques juridiques coréennes conformes au droit japonais. L'ordonnance civile de 1912 a été périodiquement révisée pour étendre l'application du Code civil japonais aux coutumes coréennes³². La première révision, en novembre 1921 (*seirei* n° 14), a adopté la loi japonaise sur la capacité juridique ; la révision de décembre 1922 (*seirei* n° 3) a autorisé le divorce par consentement et le divorce par procès³³. En 1939, lors de la dernière révision de l'ordonnance civile avant 1945 (*seirei* n° 19), le gouvernement général a officiellement imposé le droit japonais du mariage et de l'adoption à la colonie, abolissant la longue tradition d'interdiction de l'adoption entre personnes de noms de famille différents. L'interdiction traditionnelle confucéenne du mariage entre personnes de même nom a également été abolie. La politique coloniale japonaise en Corée semble être un exemple remarquable de l'utilisation ingénieuse du droit coutumier judiciaire dans le but de provoquer des changements sociaux.

2.3. L'héritage postcolonial et le maintien du droit coutumier coréen

- ³⁴ Après la libération en 1945, la Corée a continué à vivre sous l'empire des lois japonaises, jusqu'à ce qu'elle rédige ses propres codes. Le déclenchement de la guerre de Corée (1950-1953) a retardé la codification. La précipitation de l'après-guerre pour créer les codes peut avoir été en partie responsable de la forte dépendance des législateurs à l'égard des prototypes japonais. Le premier Code civil de la République de Corée, rédigé en 1958 et promulgué en 1960, était à bien des égards une adaptation étroite du droit japonais. Le Code civil reconnaît la coutume et la raison comme sources officielles du droit. L'article 1 dispose : « Dans les procès civils, les questions pour lesquelles il n'existe pas de droit écrit sont régies par le droit coutumier, et les questions pour lesquelles il n'existe pas de droit coutumier sont jugées par déduction de la raison. » C'est le même langage que l'on retrouve dans le Code civil chinois de 1929-1930 (actuellement en vigueur à Taïwan) et dans le Code civil du Mandchoukouo de 1937³⁴. Il ne fait aucun doute que ce langage provient de la loi japonaise de 1875 mentionnée plus haut. Le code japonais moderne de 1898 a omis la disposition définissant la coutume comme une loi. Pourquoi alors le code coréen a-t-il choisi de déclarer la coutume et la raison comme sources du droit ?
- ³⁵ La principale explication réside dans la volonté des rédacteurs coréens de distinguer leur Code civil de celui du Japon. Il s'agissait de neutraliser les éléments coloniaux et de souligner le caractère autochtone du droit coréen. Ils aspiraient à garantir une sphère de « droit coréen », dans laquelle les multiples éléments de la tradition, de la culture et de l'identité nationale pourraient être mis en valeur, indépendamment des lois importées. Les législateurs voulaient également préserver l'esprit de l'éthique traditionnelle confucéenne, qu'ils craignaient de voir balayée par les forces du droit positif moderne influencé par le Japon. La reconnaissance de la coutume en tant que droit a coïncidé avec la préservation de la continuité historique du droit coréen.
- ³⁶ Dans la Corée moderne, la coutume a été considérée comme l'incarnation des valeurs culturelles et de la tradition, une sorte de

Volksgeist, non entachée par l'influence coloniale. Il est donc ironique que la conséquence pratique de l'énonciation de la coutume en tant que droit dans le Code civil ait été le maintien de l'ensemble des précédents judiciaires coloniaux. Le corpus de la « coutume » est la collection de décisions rendues par des juges étrangers qui, par le biais de la « raison », ont étayé des usages acceptables fondés sur l'éthique confucéenne. La question se pose alors de savoir ce qu'est la tradition juridique authentiquement et véritablement coréenne, si on décide d'en exclure l'apport japonais ou chinois. Le droit coutumier colonial est ainsi devenu, dans la Corée moderne, un sujet non seulement de recherche juridique mais aussi d'une poignante histoire nationaliste.

3. Droit coutumier et politique coloniale

3.1. La perspective japonaise

- 37 Le Japon impérial mettait un point d'honneur à distinguer son entreprise coloniale de l'entreprise européenne. En 1914, le gouvernement général de Corée déclare avec assurance que le statut de Chosön est d'une nature totalement différente de celui des dominions européens. Les colonies européennes, explique-t-il, sont éloignées du continent et les indigènes sont différents des colonisateurs en termes de race et de coutumes. Il est impossible de surmonter ce problème et les colonies sont donc vouées à rester des colonies pour toujours. En revanche, la relation entre le *naichi* (métropole) et Chosön est différente ; ils sont proches géographiquement et sont de la même race. Il n'y a donc aucun obstacle à l'assimilation des deux peuples³⁵.
- 38 Les Japonais avaient clairement le sentiment que leur entreprise impériale était unique dans le monde. C'est peut-être là que l'on remarque les traces des blessures psychologiques infligées aux Japonais par le souvenir des accords d'extraterritorialité, en vertu desquels les étrangers au Japon se trouvaient hors de portée de la loi et des tribunaux japonais. Après avoir subi l'humiliation des juridictions consulaires imposées par les puissances occidentales et

ne s'en être remis que récemment, le Japon était désireux de se présenter comme un « nouveau » type de puissance coloniale qui, en principe, rejettait un ordre juridique pluraliste dans lequel les peuples colonisés seraient soumis à des lois différentes et donc à des discriminations. En tant que puissance impériale asiatique, occupant des colonies asiatiques, le Japon n'était pas en mesure de diviser les groupes de population de son empire selon des lignes raciales fondées sur l'anthropologie physique. Il ne pouvait souscrire à l'idée que le système juridique était équivalent au niveau de civilisation déduit de la race³⁶. Le fait que le Japon n'ait pas séparé les groupes de population selon des lignes raciales permet d'aborder le droit colonial en dehors du cadre habituel teinté de déterminisme culturel. En tant que pays récemment « civilisé », le Japon considérait que la modernisation juridique pouvait être réalisée assez rapidement par un effort concentré de l'État. Alors que le pluralisme judiciaire à l'europeenne contenait inévitablement une distinction entre les Européens « avancés » et les indigènes « arriérés », les Japonais croyaient en la création d'une communauté politique et culturelle intégrée par le biais de l'assimilation. Comme les Japonais avaient rattrapé, en un temps record, le développement juridique européen quelques décennies auparavant, les colonies pouvaient être incitées à atteindre rapidement un seuil de lois civilisées.

3.2. La perspective européenne

39

La politique juridique des puissances européennes s'inscrivait dans une idéologie évolutionniste teintée d'une forte tonalité morale. Cependant, il existait une contradiction entre l'objectif, jugé noble à l'époque, de civiliser la société d'une part, et la politique d'administration indirecte censée respecter les institutions traditionnelles d'autre part. La position officielle selon laquelle les autochtones devaient être autorisés à régler leurs différends par le biais du droit coutumier local persiste, mais les lignes de fracture raciales de plus en plus marquées semblaient emblématiques du contenu creux de la prétention coloniale au libéralisme. La question se pose toujours de savoir dans quelle mesure l'influence occidentale doit s'exercer sur le droit non occidental. Le dilemme de la présence de « sujets » dans la république a continué à tourmenter les Français. Lorsque les puissances coloniales européennes sont restées

ambivalentes, l'ordre juridique coutumier qu'elles ont construit a eu tendance à stagner et à se fossiliser. La politique japonaise en matière de droit coutumier, moins contrainte par les sensibilités culturelles ou le relativisme, semble s'avérer plus efficace que ses homologues européens.

- 40 Parmi les puissances coloniales européennes, les Néerlandais étaient sans doute les plus ardents défenseurs du pluralisme juridique. Dans les Indes orientales néerlandaises, le projet de code uniifié de droit civil a été achevé en 1923, mais il a fait l'objet de critiques véhémentes de la part de Cornelis van Vollenhoven (1874-1933), professeur de droit à l'université de Leyde. Les campagnes menées par van Vollenhoven et ses collègues ont persuadé le gouvernement d'abandonner la politique du code uniforme en faveur de l'*adatrechtpolitiek*, pour que le droit local reste entre les mains des autorités locales. C'est pendant l'occupation japonaise de Java que des mesures importantes ont été prises en vue de l'unification du système juridique. Après l'invasion de 1942, l'administration militaire japonaise a rapidement remplacé la structure duale des tribunaux par une hiérarchie unique à trois instances, à l'exception des tribunaux islamiques. Les Japonais ont proclamé le maintien de la coutume comme source juridique, comme ils l'avaient fait à Taïwan et en Corée, tout en publiant un instrument unique de lois procédurales pour tous les groupes de population. La rationalisation institutionnelle était le plus important pour eux. Cela suggère également que le choix d'une politique de monisme ou de pluralisme étatique dépendait autant de l'identité propre et des engagements idéologiques de chaque puissance coloniale que des situations locales³⁷.

3.3. Le résultat en Corée moderne

- 41 En Corée, la jurisprudence coloniale a reconstruit les coutumes pour les adapter au système juridique moderne et a ainsi atténué l'impact de l'imposition du droit occidental. La coutume approuvée par les juges était fréquemment différente de celle qui avait été suivie dans la société précoloniale et, en ce sens, une sorte d'« invention de la tradition » a eu lieu. Cependant, dans la majorité des cas, les tribunaux coloniaux ont appliqué les coutumes coréennes

consciencieusement. Les juges des tribunaux d'État ont rarement déformé les dispositions de l'ancien code ou fabriqué quelque chose de nouveau en tant que tradition coréenne. Le fait qu'il n'y ait pas de tribunaux autochtones et que le processus judiciaire soit contrôlé de manière centralisée distingue le droit coutumier colonial de l'empire japonais de celui des colonies européennes. Cela a certainement facilité une transformation juridique rapide dans les colonies.

- 42 Le respect de l'intégrité judiciaire professé par les Japonais a souvent été considéré comme une simple rhétorique coloniale, au mieux comme un discours de légitimation. Il est incontestable que le système juridique établi sous la domination japonaise a avant tout servi à renforcer la gouvernance coloniale, mais il a néanmoins diffusé la légalité. Il est difficile d'évaluer la légalité, c'est-à-dire l'étendue et l'efficacité des institutions juridiques, pendant la période coloniale, mais la façon dont les populations locales ont réagi aux changements juridiques initiés par la puissance impériale peut être un indicateur important. Dans chaque ordre colonial, les autorités devaient inciter la population colonisée à utiliser le système judiciaire. L'échec ou le succès d'un régime colonial en dépendait fortement. Le gouvernement japonais était conscient que la modernisation juridique de la Corée était l'une des rares justifications de l'occupation étrangère, et que même les tribunaux coloniaux fonctionnaient sous la pression de l'opinion publique et de la légitimité. Son respect scrupuleux de la légalité a contribué au succès relatif de l'enracinement des notions d'intégrité judiciaire et de justice impartiale.

Conclusion

- 43 Que peut-on tirer de l'histoire du droit coutumier dans l'empire du Japon ? Cette histoire juridique peut s'exprimer sous forme d'équation : puisque, d'une part, le droit coutumier japonais a été pensé comme l'antichambre des lois modernes ; puisque, d'autre part, l'objectif colonial n'était pas de distinguer le peuple japonais des peuples soumis, mais l'assimilation de ces derniers à la population japonaise ; alors, les agents coloniaux et les juges ont utilisé leurs enquêtes coutumières et leur jurisprudence pour transformer les

traditions locales afin de guider les populations vers les lois japonaises.

- 44 Tout comme le colonialisme européen a été propulsé par un ensemble particulier de conditions historiques et dicté par des considérations politiques et administratives, le colonialisme japonais a suivi un chemin cahoteux. On a souvent affirmé que les Japonais n'avaient pas tant imité le « colonialisme externe » qui a caractérisé l'expansion européenne en Afrique et en Asie au xix^e et au début du xx^e siècle que le modèle antérieur de « colonisation interne et périphérique », comme l'expansion anglaise au Pays de Galles, en Écosse et en Irlande, et l'incorporation française de l'Algérie. Cet article a montré que la façon dont chaque puissance coloniale percevait le droit coutumier et gérait les systèmes judiciaires pour la population autochtone reflétait sa vision impériale.
- 45 Lorsque le Japon a colonisé ses voisins d'Asie de l'Est, il était conscient de sa propre expérience selon laquelle une modernisation réussie nécessitait une intégration minutieuse des coutumes locales dans l'ordre juridique moderne importé de l'étranger. La normalisation des coutumes autochtones et leur rapprochement du droit moderne par le biais de la jurisprudence ont facilité la transplantation juridique au Japon même et dans les territoires d'outre-mer. Elle les a également convaincus que ce processus devait s'inscrire dans le cadre de l'édification d'un État bureaucratique centralisé. Les anciennes coutumes pouvaient être efficacement façonnées et transformées en droit coutumier pour devenir une partie intégrante du droit de l'État. La dichotomie entre le droit coutumier et le droit étatique a rarement fait l'objet d'un débat sérieux dans la politique coloniale japonaise.
- 46 La comparaison des politiques coloniales européennes et japonaises en matière de droit coutumier soulève plusieurs questions. L'ordre colonial de droit coutumier a-t-il fourni un système plus équitable aux colonisés, ou a-t-il simplement servi les intérêts coloniaux et freiné les colonies au détriment de leur développement social et économique ? L'écriture des coutumes autochtones a-t-elle dénaturé la tradition juridique et facilité l'exploitation, ou a-t-elle contribué à clarifier les droits et les devoirs des autochtones et à limiter l'arbitraire judiciaire ? Ou encore, la politique juridique d'un

gouvernement colonial doit-elle être jugée en fonction de la mesure dans laquelle il a respecté et préservé le droit et la culture autochtones ou en fonction de la mesure dans laquelle il a adapté le droit et les institutions aux besoins d'une société en mutation rapide ? Par exemple, la politique néerlandaise en matière de droit de l'*adat*, menée par respect sincère des cultures autochtones, a-t-elle aidé les Indonésiens ou les a-t-elle au contraire rendus plus vulnérables aux manipulations extérieures ? Les Coréens qui ont été soumis au centralisme juridique japonais ont-ils vu leur situation s'améliorer ou se dégrader ?

- 47 De peur que les tentatives de réponse à ces lourdes questions ne soient jugées insuffisantes d'une manière ou d'une autre, je me contenterai de présenter les points de vue de deux éminents juristes que j'ai déjà mentionnés plus haut. Ume et van Vollenhoven avaient des idées opposées sur la manière de promouvoir le bien-être des sujets colonisés. Ume a déclaré que sa tâche en Corée était de créer des codes juridiques qui pourraient être « à la hauteur des codes juridiques des pays civilisés³⁸ » ; il s'est donné pour mission de contribuer à la construction d'un État juridique moderne doté de codes équitables qui répondraient aux défis et aux opportunités de la communauté internationale. Van Vollenhoven, de son côté, se méfiait davantage de la « fausse supériorité » des « Occidentaux et des Orientaux éduqués à l'occidentale », déclarant : « Il n'est nullement nécessaire de barricader l'accès aux valeurs occidentales – au contraire, il peut être nécessaire de les importer pour fertiliser les idées orientales. Mais l'occidentalisation forcée à notre convenance ne peut qu'engendrer le désordre dans une société orientale et la frustration pour nous-mêmes³⁹. » Les opinions de ces deux juristes représentent les théories concurrentes de l'époque, à savoir le relativisme culturel contre l'universalisme occidental, ou le monisme étatique contre le pluralisme juridique, tous inexorablement enchevêtrées dans la toile de l'histoire coloniale. On espère que l'examen des trajectoires parallèles mais divergentes du droit coutumier dans les colonies japonaises et européennes, en Orient et en Occident, aidera à cultiver une perspective plus perspicace dans l'étude du droit dans l'histoire mondiale.

NOTES

- 1 M. B. HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975 ; J. GILISSEN (éd.), *Le pluralisme juridique : études publiées sous la direction de John Gilissen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972.
- 2 M. S. KIM, *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, Ch. 7.
- 3 M. B. HOOKER, *Legal Pluralism*, op. cit., p. 261. Tels étaient les arguments qui ont surgi dans le cadre du droit colonial néerlandais, mais ils représentaient le dilemme commun au sein des colonies européennes.
- 4 Voir M. S. KIM, *Custom, Law, and Monarchy: A Legal History of Early Modern France*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- 5 J. ESCARRA, *Le droit chinois : conception et évolution, institutions législatives et judiciaires, science et enseignement*, Pékin, H. Vetch, Paris, Sirey, 1936.
- 6 J. BOURGON, « Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine », in J. BOURGON (éd.), *La coutume et la norme en Chine et au Japon*, Saint-Denis, Presses universitaires de Vincennes, 2001, p. 125-142 ; J. BOURGON, « La Coutume et le droit en Chine à la fin de l'empire », *Annales HSS* 54 (1999), p. 1073-1107 ; J. BOURGON, « Chine (Culture juridique) », in Denis ALLAND et S. RIALS (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 188-194.
- 7 J. BOURGON, « Le droit coutumier... », op. cit., p. 132.
- 8 J. BOURGON, « Rights, Freedoms, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900-1936 », in William KIRBY (éd.), *Realms of Freedom in Modern China*, Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 84-102.
- 9 Saiban jimu kokoroe, *Fukoku*, 1875, <https://laws.e-gov.go.jp/law/108DF0_000000103/>, consulté le 16/06/2025.
- 10 Le principe selon lequel le contenu d'un acte juridique ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs remonte au droit romain : « *Cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint* » (Codex 8.38.4). Il est retenu dans le Code civil français, art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ;

dans le Code civil allemand, art. 138 (1) : « Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig » ; dans le Code civil japonais, Art. 90 : « Ōyake no chitsujo mata wa zenryō no fūzoku ni hansuru hōritsu kōi wa, mukō to suru [Tout acte juridique contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs est nul] ».

11 Par ordre public, « on entend que la loi personnelle autochtone, même si son respect est accepté par le colonisateur, ne prévaudra pas lorsqu'elle est contraire à une règle considérée comme essentielle pour le succès de la tâche de colonisation » (H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé : colonies et pays de protectorat (non compris l'Afrique du Nord) et pays sous mandat*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1927, p. 303).

12 R. FILHOL, *Le Premier président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1937.

13 M. B. HOOKER, *Legal Pluralism*, op. cit., p. 4 (« dominant » and « servient » laws).

14 M. R. AUSLIN, *Negotiating with imperialism. The Unequal Treaties and the Culture of Japanese Diplomacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004 ; H. O. ROTERMUND, « Occidentaux, Japonais et la révision des traités inégaux », in B. LEMOINE, *Regards et discours européens sur le Japon et sur l'Inde au XIX^e siècle*, Limoges, PULIM, 2000, p. 84 sq. ; S. SOLEIL, « Le privilège d'extraterritorialité des puissances occidentales dans les empires ottoman et asiatiques au XIX^e siècle », in A. HERVÉ et C. RAPOPORT (dir.), *L'Union européenne et l'extraterritorialité – Acteurs, Fonctions, Réactions*, Rennes, PUR, p. 21-39.

15 Y. OKUBO, « La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en vigueur : refus du législateur étranger ? », in Boissonade et la réception du droit français au Japon, Paris, Société de Législation Comparée, 1991, p. 69 sq. ; S. SOLEIL, « Manéga en Bessarabie, Bello au Chili et Boissonade au Japon. Trois réformateurs du XIX^e siècle face au modèle juridique français », *Historia et ius*, n° 3, 2013.

16 T.-S. WANG, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945 : The Reception of Western Law*, Seattle, University of Washington Press, 2000.

17 Ume a obtenu le doctorat en droit en juillet 1889 à l'Université de Lyon. Sa thèse a été publiée sous le titre : UMÉ Kendjiro, *De la transaction en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1889

(voir M. S. KIM, « Ume Kenjirō and the Making of Korean Civil Law, 1906-1910 », *Journal of Japanese Studies* 34, 2008, p. 1-31).

18 UME, « Taiwan ni kansuru hiken », cité par M. S. KIM, *Law and Custom in Korea...*, op. cit., p. 108.

19 Taïwan Sōtokufu Rinji Taiwan Kyūkan Chōsakai, *Taiwan shihō*, Taihoku, Taïwan Sōtokufu, 1910-1911.

20 Chōsen Sōtokufu, *Kanshū chōsa hōkokusho*, Seoul, Chōsen Sōtokufu, 1910. Traduction en coréen : Chōng KÜNGSIK (trad.), *Kaeyök p'an kwansüp chosa pogosö*, Seoul, Hanguk Pōpche Yōnguwōn, 2000.

21 M. S. KIM, « Custom as a Source of Law in European and East Asian Legal History », in K. Å. MODÉER, A. MASFERRE, and O. MORÉTEAU (éd.), *Comparative Legal History Handbook*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 186-211.

22 M. S. KIM, *Law and Custom in Korea...*, op. cit., p. 121.

23 Chōsen Sōtokufu Kanpō, le 22 mars 1912 (édition supplémentaire).

24 *Ibid.*

25 *Minji kanshū kaitō ishū*, Keijō, Chōsen Sōtokufu Chūsūin, 1933.

26 Selon Gény, les usages ne constituent pas une coutume juridique s'ils sont dépourvus de *l'opinio necessitatis*, un « élément, vraiment spécifique, de la coutume véritable » (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1932, vol. 1, p. 320 [Ch. 110]).

27 Jugement du 7 mars 1913, Chōsen Kōtō Hōin hanketsuroku (Recueil de jurisprudence de la Haute Cour de Chōsen) (cité ci-dessous : Hanketsuroku), v. 2, p. 147.

28 Jugement du 30 juillet 1935, Hanketsuroku, v. 22, p. 302-308.

29 Jugement du 23 juin 1920, Hanketsuroku, v. 7, p. 287.

30 M. S. KIM, « Customary Law and Colonial Jurisprudence in Korea », *American Journal of Comparative Law* 57, 2009, p. 236.

31 D. SARR et R. ROBERTS, « The Jurisdiction of Muslim Tribunals in Colonial Senegal, 1857-1932 », in K. MANN et R. ROBERTS (éd.), *Law in Colonial Africa*, Portsmouth, Heinemann, 1991, p. 131-143.

32 Pour les textes révisés de l'ordonnance civile, voir M. S. KIM, *Law and Custom in Korea...*, op. cit., Annexes, p. 306-308.

33 *Ibid.*, p. 178-180.

- 34 Le Code mandchou était l'œuvre d'éminents érudits japonais ; il était largement considéré comme une version améliorée du Code civil Meiji.
- 35 Chōsen Shōtokufu, « Chōsen tōchi san nen kan no seiseki, 1914 », 10, cité dans M. S. KIM, *Law and Custom in Korea...*, op. cit., p. 254.
- 36 Les Japonais ont invoqué le niveau de civilisation inférieur des Coréens pour justifier le maintien du châtiment traditionnel de la flagellation, mais cet argument sonnait assez mal.
- 37 M. S. KIM, « Can There Be Good Colonial Law : Korean Law and Jurisprudence under Japanese Rule revisited », in M. S. KIM (éd.), *The Spirit of Korean Law : Korean Legal History in Context*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, p. 129-154.
- 38 UME, « Kankoku no hō ritsu seido ni tsuite », cité dans M. S. KIM, *Law and Custom in Korea...*, op. cit., p. 118.
- 39 Cité par H. W. J. SONIUS, « Introduction », in J. F. HOLLEMAN (éd.), *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law: Selections from Het [Het Adatrecht van Nederlandsch Indië, 1918-1933]*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1981, p. LXI-LXII.

ABSTRACTS

Français

La coutume en tant que source de droit était une idée étrangère à la sphère juridique traditionnelle de l'Asie de l'Est qui possédait des codes juridiques complets depuis au moins le VIII^e siècle. Le concept de coutume a été introduit à partir de l'Europe lorsque le Japon de Meiji (1868-1912) a commencé à déployer des efforts conscients pour transformer son droit et son système juridique en y greffant le droit civil moderne. Les juristes ont créé la nouvelle catégorie juridique de la coutume comme régime intermédiaire entre les normes traditionnelles et les exigences du droit civil. Cette nouvelle source coutumière s'est répandue par le biais du droit colonial. C'est le cas en Corée sous la domination japonaise (1910-1945). La construction du droit coutumier par la jurisprudence des tribunaux japonais remet en question le point de vue conventionnel selon lequel la coutume est l'origine universelle du droit, émergeant spontanément dans l'existence sociale. Cet article montre que les voies du droit coutumier colonial en Asie de l'Est étaient distinctes de celles des colonies européennes d'Afrique et d'Asie du Sud-Est.

English

Custom as a source of law was an idea alien to the traditional East Asian legal sphere which boasted comprehensive legal codes from at least

the eighth century. The concept of custom was introduced from Europe when Meiji Japan (1868-1912) began conscious efforts to transform its law and legal system by transplanting modern civil law. Jurists created the new legal category of custom as an intermediary regime between traditional laws and the demands of civil law. The learned customary law spread through colonial law, as discussed in this article in the case of Korea under Japanese colonial rule (1910-1945). The construction of customary law through jurisprudence brings out questions about the conventional view that custom is the universal origin of law, emerging spontaneously in social existence. This article argues that the paths of colonial customary law in East Asia were distinct from those in the European colonies in Africa and Southeast Asia.

INDEX

Mots-clés

Corée, Japon, droit public colonial, coutumes

Keywords

Korea, Japan, public colonial law, customs

AUTHOR

Marie Seong-Hak Kim

Marie Seong-Hak Kim est historienne et juriste, professeure émérite et membre du barreau de Minnesota (USA). Ses travaux portent sur l'histoire du droit de la France médiévale et moderne et sur la comparaison du droit coutumier entre l'Asie et l'Europe. Elle a notamment publié : *Michel de L'Hôpital: The vision of a Reformist Chancellor during the French Wars of Religion*, Sixteenth Century Journal Publishers, 1997 ; *Law and Custom in Korea : Comparative Legal History*, Cambridge University Press, 2012 ; *Constitutional Transition and the Travail of Judges : The Courts of South Korea*, Cambridge University Press, 2019 ; et *Custom, Law, and Monarchy: A Legal History of Early Modern France*, Oxford University Press, 2021.

IDREF : <https://www.idref.fr/119601745>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000366927063>

Recensions

J. Ponce SOLÉ (dir.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*
Madrid, Marcial Pons, 2022, 253 p.

Denis Jouve

DOI : 10.35562/droit-public-compare.692

Copyright

CC BY-SA 4.0

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCE

J. Ponce SOLÉ (dir.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 253 p.

OUTLINE

L'identification des nudges
Le fonctionnement des nudges
Les limites et risques des nudges

TEXT

- 1 Le thème des *nudges*, ou incitations comportementales, est apparu relativement récemment en droit français et intéresse depuis la science du droit administratif¹. L'intérêt des juristes pour ce concept émergent en droit s'est également manifesté chez nos voisins espagnols qui ont consacré une monographie à ce thème en 2022. Issu d'une recherche collective transdisciplinaire, l'ouvrage a pour particularité de faire participer une grande diversité d'auteurs, qu'ils soient spécialistes de droit administratif, d'économie, de linguistique, de finances publiques, de fiscalité ainsi que l'éminent Cass Sunstein, professeur de droit et administrateur du Bureau des affaires

règlementaires et de l'information des États-Unis, de 2009 à 2012. Ce dernier est considéré, avec Richard Thaler, comme le principal théoricien du *nudge*.

- 2 L'ouvrage contient onze chapitres qui sont autant d'interventions thématiques à propos des *nudges* ou *acicates*, en espagnol. À côté de contributions portant sur la définition des *nudges*, leurs objectifs, leur encadrement, leur fonctionnement, leurs limites, des chapitres traitent de leur application à certaines administrations, principalement l'administration fiscale ou à l'enseignement du droit administratif.
- 3 La recension d'un ouvrage collectif n'étant jamais aisée, il a été décidé de présenter l'ouvrage en identifiant trois thématiques transversales permettant d'aborder les apports de l'ensemble des contributions. Schématiquement, les chapitres traitent de l'identification des *nudges* (I), de leur fonctionnement (II) et de leurs limites (III).

L'identification des *nudges*

- 4 Le *nudge* est présenté comme une alternative aux obligations et prohibitions classiques dans la perspective d'orienter les comportements des personnes tout en leur laissant une liberté de choix, et d'action². Dans cet ouvrage, les auteurs écartent clairement de la définition du *nudge* les incitations économiques comme les subventions ou la fiscalité³. Leur développement en Europe est plus tardif que dans d'autres aires géographiques du fait d'une tradition d'intervention plus forte de l'administration. Cela explique, également, leur influence, pour le moment, relativement modeste⁴.
- 5 L'objectif des *nudges* est de modifier le comportement des personnes sans leur interdire aucune option. Ils font partie d'« une stratégie d'intervention destinée à orienter, par inertie les décisions des personnes dans la voie considérée correcte par les pouvoirs publics, sans forcer la liberté, ni l'autonomie des citoyens⁵ ». L'utilisation par l'administration est bien plus élaborée que l'exemple habituellement donné pour présenter les *nudges* de la mouche ou araignée positionnée au fond d'un urinoir pour inciter la gent masculine à viser bien au milieu de la cuvette et économiser ainsi des coûts de nettoyage. Par l'utilisation des *nudges*, l'administration cherche à

améliorer l'administration sans augmenter les coûts de l'action publique et sans créer de nouvelles restrictions de liberté⁶. Les *nudges* peuvent s'avérer plus efficaces que l'interdiction pour atteindre le même comportement car elles sont plus socialement acceptables que des mesures coercitives. Par exemple, un *nudge* est utilisé afin d'informer les utilisateurs d'un parc des effets sur les paysages et l'environnement des effets sur les paysages et l'environnement de la pratique de ramasser des pierres en souvenir plutôt que de simplement mentionner cette interdiction. Elles ont trouvé un terrain d'expression fertile à l'occasion de la crise Covid durant laquelle elles ont été mobilisées pour convaincre les citoyens de respecter les distances physiques ou de mettre un masque.

J. Ponce Solé y voit même un outil pour corriger l'autoritarisme du droit administratif classique en utilisant des mesures moins invasives et plus proportionnées⁷. Cependant, il n'est nullement question pour les *nudges* de remplacer les ordres, prohibitions ou incitations économiques, mais plutôt de se combiner à ces modes d'action plus classiques⁸.

⁶ Deux contributions, en particulier, montrent l'intérêt des *nudges* pour l'administration fiscale. Ceux-ci permettent de prévenir la fraude ou les erreurs par une communication claire sur la charge fiscale que paie l'ensemble des citoyens, l'objectif étant d'améliorer le respect volontaire des obligations fiscales⁹. Plusieurs ressorts peuvent être utilisés : demander des déclarations d'honnêteté, inclure des références statistiques sur le comportement majoritaire pour inciter les autres contribuables afin d'exploiter le biais de répulsion au comportement en marge des standards, favoriser la retenue à la source qui tempère la sensation de sacrifice et atténue le biais d'aversion à la perte¹⁰... Des politiques de stimulation sont également mises en place avec, par exemple, des loteries fiscales incitant à payer par des moyens électroniques en échange de la participation à un tirage au sort pour gagner des sommes d'argent. Le but est, ici, de limiter l'économie informelle et le paiement en espèces¹¹.

⁷ Il faut enfin signaler une contribution particulièrement stimulante, un peu à la marge des autres : celle de F. Velasco Caballero qui étudie les biais cognitifs de l'enseignement du droit administratif. Son constat est similaire à celui que l'on peut faire en France¹² : les destinataires du droit administratif que sont les usagers restent en dehors du

champ des études. Il dénonce une forme « d'autisme pédagogique du droit administratif par rapport aux acteurs quotidiens¹³ » conduisant à fonder l'enseignement sur la logique du droit et son application. En outre, il montre l'importance des systèmes juridiques en tant que schémas cognitifs que l'on intérieurise et dans lesquels on encastre les nouveaux faits, parfois au détriment du réel¹⁴. Enfin, il évoque les enjeux du choix de secteurs de référence pour élaborer la théorie du droit administratif. Comparé à la police, le choix du droit de l'environnement ou de la communication permettrait de fonder une image positive du droit administratif plus cohérente avec les attentes sociales¹⁵.

Le fonctionnement des *nudges*

- 8 Les *nudges* sont fondés sur les sciences comportementales et s'appuient sur des études et travaux empiriques¹⁶. À cet égard J. Ponce Solé, citant T.S. Ulen, considère que l'intégration de l'apport des sciences comportementales au droit est « l'un des plus importants – si ce n'est le plus important – développements académiques de l'ère moderne¹⁷ ». Il estime que nous sommes devant un changement de paradigme mettant les individus au centre de la réglementation et prenant en compte l'effectivité réelle des normes, faute de pouvoir s'appuyer sur la rationalité des individus. En effet, à la différence de l'économie libérale fondée sur le standard de l'individu rationnel, les *nudges* s'appuient sur les biais comportementaux, les erreurs systématiques et prédictibles des individus dans la structure de la prise de décision¹⁸. Parmi ces biais développés dans plusieurs contributions, notamment celle d'Elisa Moreu Carbonell, l'on peut citer l'excès d'optimisme, le biais de conformisme, l'importance des ancrages qui conduit une personne à intégrer ses décisions dans des données qu'il connaît déjà, la règle de la disponibilité selon laquelle viennent à notre esprit des schémas similaires à ceux connus quand on doit adopter une décision, ou encore la règle de la représentativité en vertu de laquelle l'image de ce que fait la majorité est importante pour prendre une décision¹⁹.
- 9 En connaissant et en utilisant ces biais, il est possible de modifier l'architecture de la décision pour produire un changement de comportement²⁰. La pratique du *nudge* intervient au moment de

décider comment implanter la politique²¹. À cette fin, le recours à la linguistique est d'une grande utilité. E. Montolío Durán, F. Polanco Martínez et M. Angeles García mettent en évidence les enjeux du choix des mots, de leur connotation, l'importance de renommer les concepts négatifs avec des euphémismes²²... La pratique du *nudge* invite donc à intégrer le langage aux sciences du comportement afin de faire de la langue un usage performatif et stratégique au lieu de simplement contraindre ou obliger²³. Les mêmes auteurs insistent aussi sur la nécessité d'une communication claire et transparente entre les citoyens et l'administration. La simplification est un enjeu essentiel car le cerveau humain décide en quelques secondes si un texte est compliqué ou non et s'il va le lire. Le recours à des présentations et des textes clairs et ludiques appartient aux *nudges communicatifs*²⁴. Ainsi, la mairie de Madrid a élaboré un guide de communication promouvant l'usage d'un style direct plutôt qu'indirect, l'utilisation de formule de courtoisie plutôt que l'impératif, la suppression de formules inutilement techniques ou de la voie passive²⁵.

- 10 Selon Elisa Moreu Carbonell, l'utilisation du *nudge* est particulièrement efficace et pertinente quand un individu a le choix entre plusieurs options, l'une d'entre elles correspondant à la préférence de l'administration. L'essentiel étant que le citoyen, même influencé, puisse choisir librement entre les différentes alternatives²⁶.
- 11 Au travers de certaines interventions, se dessine un guide de fonctionnement de l'utilisation des *nudges*. Ainsi, Cass Sunstein prodigue des conseils pour les mettre en œuvre²⁷. Par exemple, les mesures doivent reposer sur des normes sociales afin de convaincre les citoyens d'adopter le comportement de la majorité ; il faut augmenter la commodité et la facilité de l'action que l'on peut inciter à embrasser ; il est conseillé d'informer sur les coûts économiques, environnementaux et sociaux du comportement que l'on veut éviter et des choix passés, de préférence en utilisant une charte graphique marquante. Il est préférable de convaincre les citoyens de s'engager pleinement dans l'action pour atteindre l'objectif comportemental fixé.

Les limites et risques des *nudges*

- 12 Une grande partie des contributions aborde les limites et risques que font peser les *nudges* sur les droits et libertés des citoyens. L'utilisation des sciences comportementales pour identifier des biais cognitifs afin d'orienter l'action publique et accroître son efficacité recèle de potentielles dérives. Cette forme de paternalisme libertaire ne doit pas conduire à ce que l'administration décide contre les choix de l'administré²⁸. Les *nudges* doivent donc être suffisamment encadrés pour éviter une manipulation des citoyens affectant leur liberté de penser et leur libre arbitre²⁹. Lorsque de tels outils servent des finalités inacceptables du point de vue éthique, ils sont qualifiés de *sludges* (boues). Par ailleurs, il existe de nombreux doutes sur l'influence durable des *nudges* sur les comportements des individus, passées la surprise et la nouveauté.
- 13 Afin d'éviter de tomber dans de tels travers, l'une des clefs est la transparence afin que les individus ne perdent pas leur autonomie de choix. Dit autrement, l'individu doit être conscient du *nudge*³⁰. En outre, un cadre légal est nécessaire afin de prévenir les risques d'abus, protéger les données personnelles, assurer leur publicité, garantir un contrôle juridictionnel et limiter leur utilisation aux incitations positives³¹. Dans cette perspective, le Comité économique et social européen a rendu un avis en 2017 sur l'intégration des *nudges* aux politiques européennes. Après des développements encourageant à leur utilisation, il présente les risques et apporte un début de cadre déontologique et éthique³².
- 14 En définitive, cet ouvrage est d'une grande richesse et d'un intérêt majeur pour qui s'intéresse aux *nudges*, à leurs fondements, leur utilisation, leur fonctionnement et leurs limites. Bien qu'il présente les inconvénients et risques des *nudges*, cet ouvrage présente une tonalité plutôt positive et favorable à leur utilisation pour améliorer le fonctionnement de l'administration, l'adhésion à ses normes et son efficacité. Plus largement, il montre les apports de l'utilisation des sciences comportementales et des études empiriques pour établir les normes juridiques.
- 15 Il convient de tempérer l'enthousiasme – ce que ne manquent pas de faire certaines contributions – quant à ce nouvel outil et son

caractère potentiellement transformateur. Le *nudge* n'est pas la première manifestation d'une évolution des actes ou modes d'action de l'administration dont le potentiel révolutionnaire est loué. Bien avant lui, le droit souple, la régulation, la *compliance* ont semblé bousculer l'appréhension classique du droit administratif, voire de la normativité pour, le recul aidant, regagner finalement le rang d'outils entre les mains de l'administration. Il n'est donc probablement ni une nouvelle forme d'action, ni une nouvelle activité administrative³³. L'administration a toujours tenté d'orienter le comportement des citoyens de manière plus ou moins douce ou contraignante. La spécificité du *nudge* réside dans son élaboration à partir des sciences comportementales pour gagner en efficacité et dans la conceptualisation de pratiques préexistantes. Le droit administratif ne semble pas en être bouleversé ou révolutionné, pour autant.

« Toute fabrication, si rudimentaire soit-elle, vit sur des similitudes et des répétitions, comme la géométrie naturelle qui lui sert de point d'appui. Elle travaille sur des modèles qu'elle se propose de reproduire. Et quand elle invente, elle procède ou s'imagine procéder par un arrangement nouveau d'éléments connus³⁴. »

NOTES

1 J. CHEVALLIER, « Les nudges dans la modernisation de l'action publique », in M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST (dir.), *Nudges et normativités: généralogies, concepts et applications*, Paris, Hermann, 2018, p. 227 ; A. SEE, « Le droit administratif à l'épreuve des nudges », in F. BOTTINI (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 155 ; J.-P. MARKUS, « Le nudge administratif », RFDA, 1 2022, p. 85 ; J. BONNET, « L'utilisation de la théorie du nudge dans la mise en œuvre des politiques publiques », RDP, 2 2023, p. 333 ; J. BONNET, « L'utilisation du Nudge », Colloque de l'AFDA sur « La police administrative », Nice, 2023 ; « Le nudge dans l'action publique » organisé le 17 octobre 2024 par E. BARBIN, à l'Université de Grenoble-Alpes.

2 C. SUNSTEIN, « Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los nudges », p. 21-22. Sauf indication contraire, les références citées en notes se rapportent à l'ouvrage recensé.

- 3 J. PONCE SOLÉ, « Ciencias del comportamiento y acicates. Logros, críticas y desarrollos futuros », p. 35 ; E. MOREU CARBONELL, « Nudges y Derecho público. Oportunidad y Regulación », p. 93.
- 4 E. MOREU CARBONELL, « Nudges y Derecho público. Oportunidad y Regulación », p. 105.
- 5 *Ibid.*, p. 85.
- 6 R. RIVERO ORTEGA, « Preámbulo », p. 16-18.
- 7 J. PONCE SOLÉ, « Derecho, acicates (nudges) y buena administración », p. 71 ; J. PONCE SOLÉ, « Epílogo. Diez reflexiones finales sobre las aportaciones conductuales y los acicates (nudges) », p. 248.
- 8 J. PONCE SOLÉ, « Derecho, acicates (nudges) y buena administración », p. 76.
- 9 P. GRANDE SERRANO, « Psicología tributaria : cómo las herramientas conductuales pueden mejorar el sistema tributario », p. 163.
- 10 J.-A. ROZAS VALDÉS, « Acicates y sanciones tributarias : entre el estímulo y la disuasión », p. 174-178.
- 11 *Ibid.*, p. 179.
- 12 J. CAILLOSSE, « Quel droit administratif enseigner aujourd’hui ? », *La Revue administrative*, n° 328, 2002, p. 348 ; D. TRUCHET, « Le droit administratif vu par un professeur de droit », *AJDA*, 7, 2013, p. 404 ; J. CAILLOSSE et K.-H. VOIZARD (dir.), *Le droit administratif aujourd’hui, retours sur son enseignement*, Paris, Dalloz, 2021, 750 p.
- 13 F. VELASCO CABALLERO, « Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del derecho administrativo », p. 112.
- 14 *Ibid.*, p. 124.
- 15 *Ibid.* p. 126.
- 16 C. SUNSTEIN, « Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los nudges », p. 23.
- 17 J. PONCE SOLÉ, « Ciencias del comportamiento y acicates. Logros, críticas y desarrollos futuros », p. 33.
- 18 S. A. MARTÍN NÁJERA, « Análisis conductual y evaluación de las políticas públicas : un círculo virtuoso », p. 223.
- 19 E. MOREU CARBONELL, « Nudges y Derecho público. Oportunidad y Regulación », p. 90.

- 20 D. JIMÉNEZ GÓMEZ, « Teoría de juegos y nudging para el buen gobierno », p. 47. À tout le moins, il s'agit d'un renouvellement du droit administratif par l'intégration de sciences auxiliaires : R. RIVERO ORTEGA, « Preámbulo », p. 15.
- 21 S. A. MARTÍN NÁJERA, « Análisis conductual y evaluación de las políticas públicas : un círculo virtuoso », p. 219.
- 22 E. MONTOLÍO DURÁN, F. POLANCO MARTÍNEZ et M. ÁNGELES GARCÍA ASENSIO, « Lingüística y ciencias del comportamiento », p. 133 sq.
- 23 *Ibid.*, p. 142.
- 24 M. ÁNGELES, F. POLANCO MARTÍNEZ, E. MONTOLÍO DURÁN, « Redacción clara : un nudge y una respuesta a la exigencia democrática de transparencia en la comunicación entre la administración y la ciudadanía », p. 199 sq.
- 25 *Ibid.*, p. 204 sq.
- 26 E. MOREU CARBONELL, « Nudges y Derecho público. Oportunidad y Regulación », p. 91.
- 27 C. SUNSTEIN, « Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los nudges », p. 24 sq.
- 28 D. JIMENEZ-GOMEZ, « Teoria de juegos y nudging para el buen gobierno », p. 53.
- 29 J. PONCE SOLÉ, « Ciencias del comportamiento y acicates. Logros, críticas y desarrollos futuros », p. 37 ; J. PONCE SOLÉ, « Derecho, acicates (nudges) y buena administración », p. 76.
- 30 D. JIMENEZ-GOMEZ, « Teoria de juegos y nudging para el buen gobierno », p. 56.
- 31 E. MOREU CARBONELL, « Nudges y Derecho público. Oportunidad y Regulación », p. 101.
- 32 CESE, Avis « Pour la prise en compte du “nudge” dans les politiques européennes » (avis d’initiative), JOUE, C 75, 10 mars 2017.
- 33 E. MOREU CARBONELL, « Nudges y Derecho público. Oportunidad y Regulación », p. 93.
- 34 H. BERGSON, *L'évolution créatrice*, Paris, Félix Alcan, 1908, p. 49.

ABSTRACTS

Français

En 2022, un ouvrage collectif a été publié en Espagne sur les *nudges*, la bonne administration et l'utilisation des sciences comportementales. Cet ouvrage fait la part belle à l'interdisciplinarité sur un thème qui intéresse de plus en plus la doctrine française. Il apparaissait donc important de faire la recension de cet ouvrage autour de 3 thèmes transversaux : l'identification des nudges, leur fonctionnement et leurs limites et risques

English

In 2022, a collective work was published in Spain on nudges, good administration and the use of behavioural sciences. This work gives pride of place to interdisciplinarity on a topic that is of growing interest to French legal academics. It therefore seemed important to review this work based on 3 cross-cutting themes: the identification of nudges, how they work, and their limits and risks.

AUTHOR

Denis Jouve

Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne (CRDT UR 3312)

IDREF : <https://www.idref.fr/17622825X>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/jouve-denis>

ISNI : <http://www.isni.org/000000042835621X>

Andrea CARDONE, Fluvio CORTESE, Andrea DEFFENU, *Istituzioni di diritto pubblico*
Turin, G. Giappichelli Editore, 2024, 448 p.

Franck Laffaille

DOI : 10.35562/droit-public-compare.694

Copyright
CC BY-SA 4.0

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCE

Andrea CARDONE, Fluvio CORTESE, Andrea DEFFENU, *Istituzioni di diritto pubblico*,
Turin, G. Giappichelli Editore, 2024, 448 p.

OUTLINE

- « Sciences de l'esprit »
- Principe(s)
- Droits, libertés, devoirs
- « Sistema delle fonti » et interprétation
- Droit supranational, et principalement droit de l'UE
- Le régime parlementaire italien
- Le régionalisme italien
- L'administration publique
- La justice ordinaire et administrative
- La justice constitutionnelle

TEXT

- 1 Sorti des presses en 2024 (il a fait l'objet d'une réédition quasi immédiate), ce manuel rédigé à trois mains présente une salutaire qualité : celle d'embrasser l'ensemble des disciplines ayant trait au droit public. Ainsi, droit constitutionnel, droit administratif, organisation administrative, organisation juridictionnelle, justice constitutionnelle, droit des libertés, organisation territoriale, droit supranational se conjuguent-ils de manière féconde. Ajoutons qu'il

est publié chez Giappichelli, éditeur juridique prestigieux, dans la collection « Scuola di giurisprudenza » dirigée par Enrico Gabrielli.

- 2 La lecture d'un manuel étranger ne consiste pas seulement à prendre connaissance des spécificités juridiques d'un État autre. Cela permet encore de faire œuvre comparatiste ; l'appréhension des phénomènes juridiques étrangers conduit à regarder notre propre système tantôt avec des yeux critiques tantôt avec des yeux louangeurs. Nous rejoignons les hommes de la fin du xix^e siècle – qui s'attèlent à la construction d'une science du droit comparé, d'une science comparatiste du droit – pour souligner les ressemblances et/ou différences des systèmes étudiés. Avec cet espoir : que le regard ne s'avère pas bassement utilitariste, ne conclut pas que des mécanismes juridiques – fonctionnant de manière idoine en un pays – s'exportent aisément. S'il est un vice inhérent au comparatisme, il prend assurément le nom d'une ingénierie juridique par essence artificielle quand celle-ci qualifie de *modèle* un *système* réputé porteur de toutes les qualités ; or, l'expérience montre que ledit modèle – exporté en une autre culture connaissant un autre humus – se tarit en dehors de ses eaux naturelles.
- 3 Tel n'est pas de nos collègues italiens. Se pencher sur l'ouvrage des Professeurs Cardone (Université de Florence), Cortese (Université de Trento), et Deffenu (Université de Cagliari) s'avère une invitation à un voyage culturel et juridique, pour comprendre les institutions du *bel paese*. Il n'est rien de plus sain que de voir la doctrine lire la doctrine, de tenter de comprendre pourquoi – et pour quoi – des collègues étrangers appréhendent (parfois, souvent) de manière différente des concepts et des pratiques dits classiques.
- 4 Quant à la structure de l'ouvrage, elle s'articule ainsi : Droit, État, Constitution (I) ... Grands principes du droit public (II) ... Droits et libertés (III) ... Sources et interprétation au sein de l'ordre italien (IV) ... Droit international et droit de l'UE (V) ... Organes constitutionnels de l'ordre républicain (VI) ... Articulation territoriale italienne (VII) ... Administration publique (VIII) ... Juridiction (IX) ... Justice constitutionnelle (X). La finalité de cette recension n'est évidemment pas d'opérer un résumé – même à grands traits – de ce manuel mais d'en extraire quelques éléments/aliments afin de nourrir notre faim comparatiste. Par son ampleur de vue et sa cohérence structurelle, ce

manuel a tout pour intéresser le publiciste français épris de la langue de Dante.

« Sciences de l'esprit »

- 5 Les premières lignes du manuel révèlent l'esprit juridique des auteurs, esprit qui ne peut être que salué : « Le lien étroit entre droit et société permet de comprendre avec une acuité renforcée combien l'étude du droit doit être appréhendée à l'aune des *sciences de l'esprit* et non au regard des *sciences de la nature*, si différentes ». Le droit appartient en effet à la catégorie des sciences de la société, relève de la catégorie des humanités ; par la négative, la science du droit n'a pas vocation à errer sur un chemin disciplinaire tracé par le *modèle [sic]* des sciences exactes. Les juristes ne doivent pas chercher une légitimité épistémologique chez leurs collègues épris de « physique ou (de) chimie », ne doivent pas chercher des lois. Étudier le phénomène juridique ne consiste pas à étudier la loi de la gravitation... dans la mesure où le droit n'a pas pour

« objectif de classer les phénomènes analysés à la lumière de lois générales et donc d'expliquer la réalité, à l'instar des sciences de la nature, mais de chercher, en profondeur, à comprendre les phénomènes (politiques, juridiques...) vus en leur particularité, unité et historicité, comme cela est précisément la caractéristique des sciences de l'esprit ».

- 6 Il est bien « un *proprium* des sciences sociales et du droit » qui doit être proclamé et défendu. Ce lien droit/société doit d'autant plus être impérativement rappelé que la modernité juridique entend faire du légiste un être neutre, un technicien du droit ne devant pas réfléchir sur les valeurs du temps pour préserver sa (naïve, prétentieuse) neutralité. La (les) doctrine(s) positiviste(s) nous explique(nt) depuis bien des décennies que le droit est hors-sol sociétal, qu'il ne doit se penser qu'à l'aune de son mode d'édition formelle, qu'il importe de pas juger et jauger son contenu. Cette position nous semble hautement contestable ; c'est la raison pour laquelle les premières pages du manuel – en ce qu'elles insistent sur le lien entre droit et société, sur le droit qui ne peut être coupé de ses racines sociales – ont été lues avec un plaisir non dissimulé.

- 7 Les auteurs nous rappellent une évidence : le droit est un vecteur de valeurs, n'est qu'un vecteur de valeurs. Cette manière d'appréhender le droit et la science du droit est inséparable d'une démarche historique : il est une « historicité du droit » que l'on ne peut éluder, à peine de mutiler notre compréhension des phénomènes et des institutions politiques/juridiques. Il ne s'agit pas de réveiller les épigones de feu l'École historique de Savigny mais tout simplement d'avoir conscience « de la mutabilité (du droit) dans le temps et dans l'espace ». Il est vrai que cette lecture historiciste du droit vaut particulièrement pour le droit constitutionnel et, ici, le droit constitutionnel italien ; la Constitution de 1947 – les organes institués et leurs relations dialectiques, les droits fondamentaux consacrés – sont les enfants d'une pensée anti-fasciste, réaction au totalitarisme liberticide mussolinien. Le pacte social suprême qu'est la constitution est porteur d'une moralité politique centrée sur la dignité juridique de tout être humain.

Principe(s)

- 8 Le Chapitre II s'intitule « Les grands principes du droit public ». La notion de principe n'est-elle pas le vecteur de notre modernité juridique ? Les auteurs rappellent à bon droit que nous employons, de manière presque pavloviennne, les expressions suivantes : « principe démocratique », « principe d'égalité », « principe de légalité », « principe de bonne foi » ... De liste exhaustive, on ne saurait guère dresser. Qu'entend-on par cette notion de principe ? Doit-on lui donner « une dimension macro » ? S'agit-il d'un « instrument argumentatif » à ce point englobant que son utilisation produit un « cadre de référence majoritairement partagé » synonyme de vertu « résolutoire » ? Au-delà d'un catalogue de principes, il est un principe aussi séminal que substantiel gouvernant nos sociétés : ce méta-principe pourrait s'appeler (selon nous, en une formule un peu longue) le principe de l'État de droit constitutionnel démocratique pluraliste juridictionnel. Il renvoie au principe démocratique (régime représentatif, suffrage universel), au principe de l'État de droit formel (principe de légalité, garantie juridictionnelle) et de l'État de droit substantiel (droits fondamentaux consacrés au plus haut niveau de la hiérarchie normative et garantis par des juges constitutionnels).

- 9 Quant à ce dernier point – juges constitutionnels – on entend les cours constitutionnelles nationales, la CJUE (juge constitutionnel appliquant le droit communautaire, constitution matérielle de l'UE), et la Cour EDH (juge constitutionnel appliquant le droit de la Convention EDH, constitution matérielle du Conseil de l'Europe). C'est dans ce cadre qu'il convient de penser les notions de conciliation (entre principes) et de supériorité (de certains principes). Avec Robert Alexy pour guide, deux opérations sont possibles. En présence de *principes* constitutionnels d'égale valeur, point de logique hiérarchique mais une logique de conciliation, une opération de balancement des intérêts en présence (*balancing test, bilanciamento dei valori*). Le contrôle de proportionnalité devient alors le vecteur herméneutique d'une modernité juridique – qui sous couvert de conciliation – transforme le juge en figure herculéenne (cf. Dworkin). Il lui revient de déterminer quels principes – et donc quelles valeurs – gouvernent nos sociétés. En voguant du principe aux principes, nous déterminons (le constituant en ses propos génériques, le juge constitutionnel en ses choix herméneutiques) les relations individuelles subjectives, les relations entre l'État et les citoyens, le degré d'interventionnisme d'un État-puissance qui est (parfois) aussi un État-social-providence. La seconde configuration possible – centrée sur l'existence non pas de principes mais de règles – n'appelle guère de commentaires puisqu'elle repose sur une logique de hiérarchie normative.
- 10 Il est des principes incarnation de l'ADN d'une nation, construisant son identité constitutionnelle (cf. pour la France le Conseil constitutionnel, décision n° 540 2006). Les auteurs du manuel s'attachent à mettre en exergue « les grands principes de l'identité constitutionnelle italienne ». Le propos intéresse car certains principes italiens ne se retrouvent pas dans les manuels français et dans la sémantique juridique *della Grande Nazione* (auto-ironie). Certes, le principe démocratique, le principe d'égalité, le principe pluraliste parlent aux légistes et citoyens français. Mais est-ce le cas du « principe personneliste », du « principe travailliste (*lavorista*) », du « principe autonomiste » ?
- 11 Par « principe personneliste », il faut entendre certes « le respect de la personne humaine et de ses droits inviolables » (cf. l'article 2 C. : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de

l'homme »). Il y a plus : avec le principe personnaliste, les constituants de 1947 entendent dépasser « la conception des droits de l'homme entendue en un sens strictement individualiste » de l'État libéral classique (fin XVIII^e, XIX^e, début XX^e siècles). Le citoyen n'est pas seulement cet atome abstrait et isolé titulaire de droits individuels ; il est enserré au sein d'une société composée de corps, d'entités qui l'entourent, le protègent (et parfois l'oppressent...). C'est ici que prend tout son sens la seconde partie de l'article 2 C. : les droits inviolables sont reconnus et garantis (1^{re} partie) à l'homme

« comme individu et comme membre de formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exigent l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé » (2^e partie).

- 12 L'individu devient personne, est appréhendé « dans sa réalité matérielle concrète », à savoir au sein de la famille, des associations, des entités confessionnelles, des syndicats, des écoles, des partis politiques... Il est une volonté intégratrice du constituant via le principe personnaliste, constituant prenant (notamment) la figure idéologique (corpus de valeurs) de la Démocratie-chrétienne, du Parti communiste, du Parti socialiste. Indépendamment des divergences (et hostilités, même si l'Italie a inventé le catho-communisme), le sujet est appréhendé de manière holiste, comme membre des « formations sociales où s'exerce sa personnalité ». C'est en cela que l'individu-sujet devient authentiquement citoyen ; en un sens, l'individu-atome libéral abstrait n'existe pas. Le personnalisme se veut une réaction au matérialisme et à l'individualisme d'une société capitalisme détruisant les solidarités organiques. La pensée religieuse (catholique) de Mounier puis de Maritain rejoints en partie (avec des objectifs différents, *rectius* antagonistes) la pensée religieuse des socialistes et communistes.
- 13 Quant au « principe travailliste », il prend sa source dans l'article 1^{er} C. La Constitution italienne s'ouvre par cette phrase qui peut étonner le lecteur étranger : « L'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail ». Cet article – qui pose le travail « comme élément central de légitimation de la République » – doit être relié à l'article 3-2 C. :

« Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays ».

- 14 C'est (notamment) par le « travail » que la « personne humaine » connaît un « plein développement » et contribue au bien-être collectif. Pour la (petite) histoire, rappelons que Togliatti, Secrétaire général du PCI, voulait un article 1^{er} C. affirmant que l'Italie est une République démocratique fondée sur les travailleurs. Veto des démocrates-chrétiens : cette formule – antichambre normative du Grand Soir prolétarien – possédait des accents par trop marxistes. Puisque l'article 3-2 C. a été mentionné pour les besoins de la cause, il est impossible de ne pas y revenir. On avoue ignorer si la Constitution italienne est « la più bella del mondo » (ainsi qu'il est souvent affirmé en la Botte avec un mélange d'auto-ironie et de fierté) mais (*però*) il nous semble que cet article 3-2 C. possède une vertu exceptionnelle : celle de changer la société... si le juge s'en empare. Relisons-le et soulignons : « Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens... ». En *limitant de fait* : le constituant de 1947 impose une obligation positive à la République, celle d'abattre ces obstacles – concrets, réels, sociaux, économiques, financiers... – jurant avec la liberté et l'égalité des citoyens. Imaginez un juge constitutionnel prenant cet article 3-2 C. au sérieux ! Il lui reviendrait alors de détruire les barrières économiques et sociales nuisant à l'égalité substantielle. Cet article 3-2 C. possède des vertus révolutionnaires puisqu'il constraint (en théorie) le juge à modeler une République sociale gouvernée par le principe de justice matérielle. Certaines décisions de la Cour ont parfois, jadis, obligé le Parlement et le Gouvernement à donner concrétisation à la philosophie constitutionnelle de l'article 3-2 C. Reste que les « *sentenze onerose* » – les décisions qui coûtent, ont un impact déterminant sur les finances publiques – n'ont guère modifié la structure de la République sociale. Le juge a beau mettre en avant un « *nucleo essenziale* » (noyau essentiel) de droits fondamentaux qui ne saurait être atteint en sa substance, l'équilibre des finances publiques (cf. la *golden rule* de l'équilibre budgétaire de l'article 81 C.) impose sa logique. De

révolution sociale centrée sur l'égalité matérielle et la justice substantielle, on ne saurait guère parler.

- 15 Autre principe méritant intérêt en ce qu'il est inconnu de la juridicité française : le principe autonomiste. La République italienne possède « une nature composite ». Il suffit de lire cette phrase pour comprendre la spécificité de l'organisation territoriale : « La République se compose des Communes, des Provinces, des Villes Métropolitaines, des Régions et de l'État » (article 114 C.). L'État est une entité *comme les autres*, il est (seulement) *une* des entités de la République ; cette dernière ne se résume pas en l'État et à l'État, ne peut être absorbée par l'État au point de transformer les autres entités en vulgaires entités infra-étatiques. Le principe autonomiste renvoie naturellement au régionalisme, à l'État régional institué depuis la révision constitutionnelle de 2001. Mais la consécration des entités non-étatiques n'est pas seulement le fruit d'une logique institutionnelle ; elle repose sur une philosophie politique constitutionnelle. Les entités non étatiques ne sont pas que des cadres institutionnels territoriaux ; elles expriment des « réalités sociales et collectives antérieures au pouvoir constitué ». Il n'est alors guère étonnant que les Régions possèdent une compétence législative, *rectius la* compétence législative de droit commun. Les attributions de l'État sont limitativement énumérées (« L'État a le pouvoir exclusif de légiférer dans les matières suivantes : a), b), c), ... ») tandis que « Dans toutes les matières qui ne sont pas expressément réservées à la législation de l'État, le pouvoir législatif échoit aux régions » (article 117 C.). Une fois posées les normes emportant répartition des compétences, reste à les appliquer : malheureusement, on constate que depuis 2001, les relations État/régions sont synonymes de conflits normatifs récurrents. Les régions accusent l'État d'empiéter sur leur sphère d'attributions, l'État accuse les régions d'empiéter sur sa sphère d'attributions. L'État régional italien est un État sous tutelle juridictionnelle (opinion personnelle). Quant à la Cour constitutionnelle – arbitre des conflits normatifs-territoriaux – elle semble développer une politique jurisprudentielle plutôt pro-étatique. Est davantage mise en avant l'unité de la République. Pour terminer sur la question de la forme de l'État, constatons que la France et l'Italie possèdent une sémantique constitutionnelle (quasi) similaire : « La République, une et indivisible,

reconnaît et favorise les autonomies locales [...] » (article 5 C., Italie) ... « La France est une République indivisible [...]. Son organisation est décentralisée » (article 1^{er} C., France). Avec des formules certes différentes mais assez voisines en leur généricité, nous avons deux types d'État fort différents. La France demeure un État unitaire décentralisé aux accents toujours jacobins.

- 16 Revenons à l'Italie. Ont été évoqués jusqu'à présent la notion de principe et différents principes ; arrêtons-nous sur une catégorie de principes, les « *principi supremi* dell'ordinamento costituzionale ». Ils incarnent « l'identité constitutionnelle républicaine ». Ils peuvent se définir tout d'abord négativement : il s'agit des principes qu'il est « impossible de changer dans la Constitution ». Ils sont hors d'atteinte du pouvoir constituant, y compris populaire (neutralisation du référendum de l'article 138 C.) ; ils ne cèdent pas devant la primauté du droit de l'UE. La Cour constitutionnelle – dans la célèbre décision n° 1146 de 1988 – constate l'existence de « principes suprêmes qui ne peuvent être détruits ou modifiés en leur contenu essentiel, y compris via des lois de révision constitutionnelle ou d'autres lois constitutionnelles » (cf. l'article 139 C. pour la révision de la Norme fondamentale). On ne sait si la supra-constitutionnalité existe (cf. jadis le débat entre Vedel et Favoreu in la revue *Pouvoirs*) ; reste que cela y ressemble fortement, à tout le moins en son assertion théorique. De liste exhaustive des « *principi supremi* » il n'y a point, le juge constitutionnel se réservant toute latitude d'action herméneutique. Ces principes renvoient aux valeurs suprêmes de la démocratie et de l'État de droit : principes d'égalité, de protection des droits inviolables de l'homme, de l'unité et de l'indivisibilité de la République, de la protection juridictionnelle, de laïcité... Quant à ce dernier, il possède une spécificité puisqu'il n'est pas visé *expressis verbis* dans le texte constitutionnel ; il est une création prétorienne de matrice jurisprudentielle (CC, n° 203 de 1989). Cela pose la question du pouvoir constituant dérivé de la *Consulta* (et de tout juge constitutionnel, cf. Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*) : il existe, à côté des principes constitutionnels textuels des principes constitutionnels jurisprudentiels. Les juges ont beau jeu de dire qu'ils les déduisent, qu'ils les découvrent sur le fondement d'une logique systémique, nous savons que l'interprétation emporte création, que les textes (a fortiori

constitutionnels) ne s'appliquent pas : ils sont interprétés par un juge dont les limites herméneutiques n'ont d'autre visage que sa sage et lucide auto-limitation. Ces principes suprêmes possèdent une double finalité : interne, externe. D'un côté, ils incarnent le noyau dur de l'État de droit constitutionnel démocratique pluralisme juridictionnel ; grâce à eux, un État est réputé ne pas chuter dans les affres de la démocratie illibérale ou du totalitarisme. De l'autre, ils possèdent une dimension externe (même si le mot est mal choisi tant le droit communautaire est imbriqué avec le droit national) : protéger ce même noyau dur dans l'hypothèse où le droit de l'UE porterait atteinte aux principes structurants de l'ordonnancement constitutionnel. Ils représentent ainsi l'ultime mur protégeant la souveraineté étatique. Il est révélateur que nombre de cours constitutionnelles (notamment le Tribunal de Karlsruhe) posent des réserves de souveraineté, des barrières normatives. Si certains principes sont (plus ou moins) communs aux pays européens (membres de l'UE et du Conseil de l'Europe), il appert que la même sémantique ne signifie pas toujours – loin s'en faut – la même substance. Il suffit d'en revenir au principe de laïcité tel que juridicisé en France et en Italie ; rien de commun entre la lecture française (cf. par exemple l'interdiction des signes religieux dans les écoles publiques) et la lecture italienne (cf. par exemple la présence du crucifix dans les écoles publiques).

Droits, libertés, devoirs

- 17 Le Chapitre III décline les droits et libertés fondamentaux. Signe des temps – et de l'avènement de l'État de droit substantiel – ces droits et libertés fondamentaux sont évoqués avant même de traiter de l'organisation des pouvoirs constitutionnels et de la répartition des compétences entre Légitif et Exécutif. Il est fini le temps où les manuels de droit public parlaient de la forme de l'État et de la forme de gouvernement, sans même avoir un mot (ou alors un petit mot générique) pour les droits et libertés. Désormais, il est acquis que ces derniers sont premiers en ce sens qu'ils sont la finalité de toute organisation politique et constitutionnelle prétendant répondre aux canons de la démocratie libérale. La forme de l'État et la forme de gouvernement – pour être importantes – ne sont que des moyens,

des instruments au service du bien commun, de la protection des droits des personnes (physiques et morales).

- 18 Les droits et libertés mentionnés dans le manuel sont ceux que nous connaissons (liberté individuelle, liberté collective, liberté civile, liberté politique, liberté économique, liberté sociale...). Notons que les auteurs s'arrêtent un temps – ce n'est pas chose si fréquente – sur la notion de « devoirs constitutionnels ». Il est vrai que la République ne se contente pas de reconnaître et garantir les droits inviolables de l'homme (article 2 C.) ; elle « exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé » (article 2 C. toujours). Il faut revenir au *principe solidariste* pour comprendre la volonté du constituant d'accoupler ainsi droits et devoirs. Les droits ne se comprennent qu'à l'aune de devoirs centrés sur une obligation : « poursuivre l'objectif d'égalité au sens substantiel », ne pas se limiter à la simple (et facile) égalité formelle.

- 19 Le premier devoir constitutionnel est le devoir de travailler :

« La République reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et crée les conditions qui rendent ce droit effectif. Tout citoyen a le devoir d'exercer, selon ses possibilités et selon son choix, une activité ou une fonction concourant au progrès matériel ou spirituel de la société » (article 4 C.).

- 20 Par droit au travail, il ne faut naturellement pas entendre obligation positive pour l'État de fournir à chacun un travail ; depuis la chute du socialisme réel (sic), à savoir de l'URSS, nous savons que cela est un leurre. Une telle obligation positive n'existe pas dans le cadre d'une économie de marché centrée sur le principe de concurrence. Reste que cet article 4 C. se veut une déclinaison du « principio lavorista » posé dans l'article 1^{er} de la Constitution. Il est encore loisible de relier cet article 4 C. (« Tout citoyen a le devoir d'exercer, selon ses possibilités... ») avec l'article 38-1 C. :

« Tout citoyen inapte au travail et dépourvu des moyens nécessaires pour vivre a droit à la subsistance et à l'assistance sociale. Les travailleurs ont droit à ce que des moyens appropriés à leurs exigences de vie soient prévus et assurés en cas d'accident, de maladie, d'invalidité et de vieillesse, de chômage involontaire. Les inaptes et les handicapés ont droit à l'éducation et à la formation

professionnelle. Des organismes et des institutions créés ou soutenus par l'État pourvoient aux mesures prévues dans cet article. L'assistance privée est libre ».

21 Nous retrouvons cette philosophie constitutionnelle solidariste au cœur du pacte constituant de 1947 tissé entre démocrates-chrétiens, communistes et socialistes. Les nécessiteux – ceux qui ne peuvent pas, pour différentes raisons, assumer ce devoir laborieux (*labor*) et professionnel – ont le droit d'être assistés par la collectivité. Toute société n'est-elle pas traversée par cette éternelle dialectique entre droits et devoirs ? S'il convient d'être prudent quant aux associations d'idées, la notion de devoirs ne peut pas ne pas faire penser – nous sommes en Italie – à Mazzini. Dans « Des devoirs de l'homme » (1860) – ouvrage dédié aux « ouvriers italiens » – Mazzini souligne le danger menaçant la modernité politique et sociale : les intérêts matériels regardés comme des fins et non comme des moyens ne peuvent générer qu'une société d'égoïstes. Aussi convient-il de partir des devoirs pour en arriver aux droits, afin que le bien de la patrie ne soit pas submergé par l'individualisme. Cet anti-matérialisme possède une évidente matrice chrétienne dont une partie des constituants de 1947 (la DC) s'est faite le héraut.

22 La thématique des devoirs s'entrevoit encore dans le chapitre III du manuel quand il est question du « terrible diritto » (la formule est de S. Rodotà in *Le terrible droit. Etudes sur la propriété privée et les biens communs*, 2013, Il Mulino). Ce terrible droit est le droit de propriété. En 1947, démocrates-chrétiens, communistes et socialistes concluent un magnifique compromis dilatoire : l'article 41 C. En vertu de cette disposition,

« L'initiative économique privée est libre. Elle ne peut s'exercer en opposition avec l'utilité sociale ou de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine. La loi détermine les programmes et les contrôles nécessaires afin que l'activité économique publique et privée puisse être orientée et coordonnée à des fins sociales ».

23 *Libre, l'initiative privée* ne saurait s'ériger en ennemi de l'utilité sociale ; quant au législateur, il reçoit pour mission de conjuguer harmonieusement *activité économique publique et activité*

économique privée pour que ne survienne pas un « tristissimo risultato » (Mazzini, « Des devoirs de l'homme ») quand il s'agit de penser puis concrétiser les *fins sociales*. Chaque mot semble pesé dans cet article 41 C. ; on imagine la teneur des débats, en 1947, entre une DC partisane de la libre concurrence et un PCI favorable à l'appropriation collective des moyens de production. Très concrètement, il s'agit à la fois de consacrer la dimension constitutionnelle du droit de propriété tout en traçant des limites puisqu'il ne saurait être absolu. Une telle logique parle au lecteur français de Duguit, souvent cité en doctrine italienne, quand il s'agit de proclamer la dimension sociale-sociétale du droit de propriété.

24 L'article 41 C. se lit de concert avec l'article 43 C. : « Dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originairement ou transférer, par l'expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'État, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général supérieur ». Nous retrouvons là la philosophie politique d'après-guerre, en Italie comme en France. Le contexte politique, juridique et social a bien changé : aujourd'hui, les nationalisations ne sont guère prisées et l'idéologie (corpus de valeurs) dominante est le néolibéralisme hayekien/friedmannien. Ce dernier pose en vérité scientifique que l'État doit être géré comme une entreprise (*New Public management*), que les services publics doivent être réduits autant faire se peut, que la démocratie représentative est un marché politique, que le droit et le politique sont matières ancillaires par rapport à l'Économie. Cette dernière est érigée en nouvelle reine disciplinaire (surtout si elle repose sur des équations, cf. les sciences exactes). L'État pourvoyeur du social et promoteur de l'égalité substantielle recule ; il devient un simple gestionnaire d'une société régulée avant tout par le droit de la concurrence.

25 Au regard de cette mutation, les droits sociaux, le droit à la santé, ou encore le droit à l'instruction semblent connaître un reflux. Nous abordons ici la thématique des *droits à...* Il ne s'agit pas de revenir sur les controverses doctrinales relatives à leur effectivité. Il s'agit plutôt de souligner la novation accomplie par la loi constitutionnelle n° 1 de

2022 : en vertu de l'article 9-3 C. nouveau, il échoit à la République de « protéger l'environnement, la biodiversité et les écosystèmes, également dans l'intérêt des générations futures ». Cet article 9-3 C. est à relier avec l'article 41-2 C. nouveau (l'activité économique ne peut pas se développer en contraste avec la santé et l'environnement) et l'article 41-3 C. nouveau (la loi peut réguler l'activité économique au regard des finalités environnementales). Ces novations normatives ne sont pas de peu ; reste à voir comment le législateur mettra en musique ces dispositions et, surtout, comment le juge constitutionnel opèrera son « *bilanciamento dei valori* ». Aura-t-il l'audace de développer, et ce pendant des années, une politique jurisprudentielle faisant pencher la balance du côté des droits environnementaux, au détriment des acteurs économiques, de la liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété ? Possible ; on en doute à titre personnel.

« **Sistema delle fonti** » et interprétation

26 Le Chapitre IV a trait au « *sistema delle fonti* » (système des sources) ; si une telle formule est peu utilisée en droit français, elle constitue un pilier sémantique et analytique essentiel du droit italien. Il s'agit certes de décrire dans un premier temps la hiérarchie normative au sein de l'État : Constitution, lois constitutionnelles et lois de révision constitutionnelle (distinction entre révision/création et révision/modification du texte), lois, actes ayant force de loi, règlements de l'exécutif, sources *extra ordinem*, sources coutumières. Mais il y a plus que cette volonté descriptive et classificatoire : il y a volonté – quand il est question de « *sistema delle fonti* » – de comprendre l'entier ordonnancement juridique à l'aune de sa pluralité et (donc) sa complexité normative.

27 Cette pluralité-complexité pose la question des antagonismes normatifs au sein du système juridique et celle de leur résolution : « Une vision générale des sources normatives opérant au sein de notre ordre et des critères par le biais desquels une vaste pluralité de sources entre elles hétérogènes se traduit par un système unitaire, est, en fait, un élément indispensable pour la fonctionnalité de tout ordonnancement juridique ». Ce chapitre présente un intérêt pour le

lecteur français dans la mesure où il permet de décrire autrement des notions juridiques connues et réceptionnées en tout État. Il est des différences sémantiques entre la doctrine italienne et la doctrine française qu'il est loisible de relever : ainsi, la doctrine italienne parle de « *fonti-atto* » (sources-acte) pour caractériser les actes juridiques écrits, et de « *fonti-fatto* » (sources-fait) pour caractériser les actes coutumiers issus de la volonté des acteurs (répétition des actions, dimension obligatoire de la règle). Il est une autre formule classificatoire dont les termes ne se trouvent guère en doctrine française : il en va ainsi de la distinction entre « *fonti di produzione* » (« sources de production ») et « *fonti di cognizione* » (« sources de connaissance »). Les « sources de production » renvoient aux « actes ou faits capables de créer une nouvelle forme de comportement ou d'organisation, individualisant l'organe titulaire et la procédure de production de l'acte normatif ». Quant aux « sources de connaissance », elles constituent « les supports documentaires par lesquelles est rendue publique et connaissable l'introduction d'une nouvelle norme sur le fondement des sources de production ». Au sein de ces dernières, les « *fonti sulla normazione* » (ou « *fonti della produzione* ») sont à différencier de la catégorie « *fonti di produzione* » déterminant les matières dans lesquelles les organes compétents peuvent intervenir, la procédure d'édition des normes, l'efficacité des « sources de production ». Une autre distinction taxinomique est courante en Italie : celle entre « *fonti primarie* » et « *fonti secondarie* ». Par « *fonti primarie* », il faut entendre les sources tirant directement leur validité de la Constitution, Source initiale et supérieure : lois, décrets-lois, décrets-législatifs. Quant aux « *fonti secondarie* », elles sont issues des sources primaires et tirent de ces dernières leur validité. Il est ainsi un « nombre fermé de sources primaires » et « un nombre ouvert de sources secondaires ». Parmi les « *fonti primarie* », sont à distinguer celles qui sont étatiques et celles non étatiques ; à côté des sources premières étatiques bien connues (lois, décrets-lois...), on trouve en effet des « *fonti primarie non statali* » (non étatiques) : il faut entendre par cela les lois régionales et celles des Provinces autonomes de Trento et Bolzano, ou encore les normes du droit de l'UE (qui cèdent, pour mémoire, devant les « principes suprêmes »).

- 28 Puisque les actes ayant force de loi ont été mentionnés en amont, arrêtons-nous sur les décrets-législatifs (article 76 C.) et les décrets-lois (article 77 C.) pour évoquer une distinction constitutionnelle inconnue en droit français. Par décrets-législatifs (article 76 C.), il faut entendre délégation de la puissance législative, par le Parlement, au profit du Gouvernement selon des « principes et critères directeurs et seulement pour un temps limité et pour des objets déterminés ». Mutatis mutandis, le procédé fait songer aux ordonnances de l'article 38 C. de la Constitution de 1958. Plus intéressants – mais aussi plus problématiques au regard de la pratique gouvernementale/parlementaire depuis des décennies – sont les décrets-lois (article 77 C.) :

« Le Gouvernement ne peut, sans délégation des Chambres, prendre des décrets ayant valeur de loi ordinaire. Lorsque, dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il doit, le jour même, les présenter pour leur conversion en loi aux Chambres lesquelles, même si elles sont dissoutes, sont expressément convoquées et se réunissent dans un délai de cinq jours suivant la convocation. Les décrets perdent leur efficacité depuis le début, s'ils ne sont pas convertis en loi dans les soixante jours suivant leur publication. Toutefois, les Chambres peuvent régler par une loi les rapports juridiques créés sur la base des décrets non convertis ».

- 29 L'alinéa 2 de cet article 77 C. est au centre des débats politiques et constitutionnels : car l'histoire de la République italienne est l'histoire de la violation quotidienne (opinion personnelle) de la Constitution à raison de l'utilisation quotidienne – donc abusive – des décrets-lois. Les gouvernements adoptent, pour mettre en œuvre leur programme politique, des mesures provisoires ayant force de loi sans qu'existent les « cas extraordinaires de nécessité et d'urgence » requis par l'article 77-2 C. Puis, le Parlement convertit les décrets en lois afin d'éviter qu'ils ne perdent, *ab initio*, leur efficacité ; solidarité politique et sécurité juridique sont continuellement invoquées pour entériner une pratique qui n'a d'autre nom que celle du fait accompli. L'utilisation inconstitutionnelle de l'article 77-2 C. est un moyen de contourner la procédure législative ordinaire, avec le contentement explicite de la principale victime : le Parlement. Que l'on songe aux

« lois de conversion omnibus » dénoncées par certains chefs de l’État à raison de la dimension hautement hétérogène des textes adoptés. Le salut ne peut venir en réalité que de la Cour constitutionnelle ; or, ce salut ne vient pas, nonobstant les décisions de 1996 (n° 360), de 2007 (n° 171), de 2012 (n° 22). Il ne suffit pas de déclarer l’inconstitutionnalité de la pratique de la réitération des décrets-lois non convertis (CC, 1996), de censurer certaines dispositions d’un décret-loi non converti pour absence de « cas extraordinaires de nécessité et d’urgence » (CC, 2007), de déclarer irréguliers des amendements (introduits au moment de l’étape de la conversion en loi) car totalement étrangers à l’objet et à la finalité du texte originel du décret-loi... Sans juge constitutionnel audacieux, point de modification de ces pratiques *contra constitutionem*.

- 30 Produire des actes est une chose, les interpréter en est une autre ; aussi les auteurs du manuel s’arrêtent-ils sur « la nature juridique de l’interprétation ». Cette dernière est définie

« comme l’ensemble des activités de connaissance, mais aussi de volonté, que celui qui entend déterminer ce qu’une norme prescrit, l’interprète, formule pour attribuer une signification normative à la formulation linguistique textuelle ».

- 31 On note immédiatement – pour évoquer un antique débat doctrinal – que l’interprétation est ici envisagée à la fois comme acte de volonté et acte de connaissance. Quant à l’objet de l’interprétation, il porte sur les « *disposizioni* », à savoir le texte étudié ; quant à l’activité interprétative elle-même, elle porte sur les « *normes* », à savoir les commandements, les interdictions et, d’une manière plus générale, sur les « *precetti* » exprimés par les dispositions. Opérons une (petite) digression et partons en direction de Gènes pour compléter le propos. Une théorie intéressante, assez peu réceptionnée en France car sans doute trop radicale pour la taxinomie française, est celle de Guastini et de son école : les textes juridiques ne sont pas des normes juridiques mais seulement des sources du droit. Normes juridiques il y a seulement quand l’interprète authentique – le juge, en sa maïeutique contentieuse – a parlé, a fait parler la source. En un sens, un texte juridique est muet tant que la voix herméneutique officielle n’a pas parlé, à savoir tranché. Il est encore loisible de penser au réalisme américain, Holmes (*The path of law*, 1897, Harvard Law

Review) ou Pound (*Law in books and law in action*, 1910, American Law review). Dans cette optique, l'interprétation-connaissance ne trouve plus de place dans le processus herméneutique ; seule vaut l'interprétation-volonté, fille d'un très jurisprudentiel *law is judge made law*. Le constat est connu : « l'activité interprétative finit par posséder une nature intrinsèquement créatrice ». L'interprétation emporte création, la théorie du juge-bouche de la loi relève de ces sympathiques fictions (malheureusement) enseignées, tout comme la (pathétique) historiette du syllogisme judiciaire. Quand est abordée cette question du syllogisme, réputé instrument salvateur pour appliquer le droit au fait et en tirer, par magie, la solution de la cause, vient à l'esprit la formule du logicien de Ionesco dans Rhinocéros : « Le chat est mortel, Socrate est mortel, donc Socrate est un chat. »

- 32 Revenons à nos trois auteurs qui constatent que la dimension créative de l'interprétation – le pouvoir du juge non automate – s'est notamment accrue ces dernières décennies. Ils soulignent combien « le pluralisme » de nos sociétés conduit à la multiplication des options religieuses, morales, sexuelles, culturelles... L'interprétation des valeurs de l'État de droit (constitutionnel pluraliste) ne peut pas être identique à celle du temps de l'État de droit libéral formel (dominé par le principe de légalité, connaissant une société plus homogène). Quand pluralisme et égalité (formelle et surtout substantielle) cheminent de concert, l'interprétation-création du juge devient – cf. le principe de proportionnalité et l'opération de pondération des intérêts en présence – l'alpha et l'oméga du processus herméneutique. Sa tâche est d'ailleurs fort ardue puisqu'il devient l'organe prométhéen du droit, en lieu et place du législateur ; ce dernier était l'entité incarnation de l'État de droit libéral formel, le juge (constitutionnel, CJUE, Cour EDH) est devenu l'entité incarnation de l'État de droit constitutionnel substantiel pluraliste juridictionnel. Le droit de l'UE (tel qu'interprété par la CJUE) et le droit de la Convention EDH (tel qu'interprété par la Cour EDH) n'ont fait que renforcer cette tendance du juge puissance suprême interprétative.

- 33 Interprète suprême des valeurs de la Constitution, la Cour constitutionnelle italienne contrôle la régularité des lois à la Norme fondamentale de 1947. Dans ce cadre, elle recourt au *principe de l'interprétation conforme* : les juges nationaux doivent (autant faire se peut) opérer une interprétation conforme à la Constitution quand

une question de constitutionnalité est soulevée devant eux, tout comme ils doivent (autant faire se peut) opérer une interprétation conforme au droit de l'UE (tel que lu par la CJUE) et au droit conventionnel (tel que lu par la Cour EDH). Quand il cogite sur la régularité d'une loi, le juge constitutionnel national peut réaliser une « interprétation lexicale-grammaticale » ou/et une « interprétation logico-systémique ». La première méthodologie rencontre rapidement des limites naturelles (sauf à l'utiliser comme le faisait par exemple un textualiste comme Scalia au sein de la Cour suprême des États-Unis pour s'opposer à la doctrine de *The Living Constitution*). Quant à la seconde méthodologie, elle est porteuse d'une autonomie conceptuelle et pratique au profit du juge puisqu'elle est accouplée aux principes de proportionnalité et de raisonnableté (*ragionevolezza*).

³⁴ Question : à partir de quel seuil, de quel moment une loi mérite-t-elle d'être censurée à raison de la méconnaissance des principes de proportionnalité et de raisonnableté ? Seul l'oracle jurisprudentiel peut le dire ; encore faut-il qu'il motive ses décisions et c'est bien là – selon nous – la grande différence entre le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle italienne. La Consulta possède un immense mérite – quand bien même il est toujours loisible de critiquer telle ou telle décision : celui de motiver ses choix par le truchement d'un raisonnement juridico-philosophique, juridico-sociologique, juridico-politique. Elle raisonne à partir des valeurs sociétales en expliquant pourquoi – et pour quoi – telle valeur doit prévaloir dans tel contentieux au détriment de telle autre valeur. La Cour constitutionnelle ne prétend pas, comme le Conseil constitutionnel, appliquer mécaniquement l'espèce à la norme, ne prétend pas que le contrôle de constitutionnalité des lois est une opération neutre et a-politique. Comment d'ailleurs le contrôle de la constitutionnalité des lois pourrait-il être seulement juridique et non politique ? Il consiste à contrôler la régularité d'une norme par essence politique – la loi, œuvre du législateur partitocratique – à la Constitution, Pacte politique suprême (déterminant les valeurs de la *polis*) !

³⁵ Reste qu'il demeure au sein de l'ordonnancement juridique italien, constatent les auteurs, des « manifestations de la conception logico-formelle de l'interprétation, à savoir cette conception qui tend à

considérer l'interprétation comme une manifestation de pure connaissance et non de volonté ». Il est fait mention de la « *funzione nomofilattica* » que l'article 65 du décret royal n° 12 de 1941 confère à la Cour de cassation. Il revient à celle-ci – par son ultime lecture des textes – de garantir l'application uniforme de la loi : mieux encore, l'Unité du Droit. Si l'interprétation-Vérité n'existe pas – sauf à adouber la théorie de l'interprétation-connaissance – il faut néanmoins qu'une vérité soit posée par un organe juridictionnel (une cour suprême) afin que le principe de sécurité juridique ne soit pas malmené (ce qui n'empêche évidemment pas que cette vérité *du moment* soit, ultérieurement, abandonnée par l'organe en charge de la « *funzione nomofilattica* » ; cela s'appelle un revirement de jurisprudence...).

- 36 Pour terminer sur la question du « *sistema delle fonti* », on ne peut pas ne pas opérer un lien – en suivant la pensée de Carré de Malberg – entre puissance de la norme et puissance de l'organe. Or, comment ne pas constater – comme le soulignent les auteurs – « un affaiblissement du Parlement au regard de la forme de gouvernement et de la loi parlementaire au regard du système des sources » ? En amont, a été mentionnée l'utilisation *abnorme* de l'article 77-2 C. (décrets-lois) ; il est encore loisible d'évoquer le recours abusif à « la question de confiance pour la loi de conversion [...] la publication tardive des décrets-lois, la non-coïncidence entre les textes approuvés et ceux soumis à l'approbation du chef de l'État, la non-approbation des décrets-lois en Conseil des ministres au mépris du principe de collégialité ministérielle, les maxi-amendements au moment de la conversion... ». Autant d'éléments conduisant la doctrine à évoquer – et regretter – « l'atrophie législative » et la « *fuga della legge* » comme instrument normatif.

Droit supranational, et principalement droit de l'UE

- 37 Les sources supranationales sont étudiées dans le Chapitre V (*Droit international et droit de l'Union européenne*). Sont mises en exergue tout d'abord les relations entre normes nationales et normes internationales, puis entre droit national et droit de l'UE. C'est naturellement sur ce dernier point que le manuel s'arrête longuement

tant le droit de l'UE – *rectius* la jurisprudence de la CJUE – a modifié la conception même du droit (et des droits) au sein des États membres. Nous retrouvons là nombre de développements connus en doctrine française.

- 38 Reste que prévaut le sentiment que la doctrine italienne interniste/publiciste s'intéresse davantage – quand elle publie un manuel, à l'instar de nos trois auteurs – au droit de l'UE et aux contradictions entre ordre interne et ordre UE. C'est la raison pour laquelle le point 6 de ce Chapitre v – intitulé « Les rapports entre sources internes et sources UE et les critères de résolution des antinomies » – est particulièrement intéressant. Tout commence – la chose est connue – par les jurisprudences de la CJCE (puis de la CJUE) posant en postulat, nonobstant le silence des textes, la supériorité inconditionnée du droit communautaire/UE sur le droit national (y compris de nature constitutionnelle). En d'autres termes, la constitution matérielle UE prime sur les constitutions nationales formelles et matérielles ; un État ne saurait exciper de son droit constitutionnel pour s'affranchir de ses obligations communautaires. Aussi la question centrale est-elle celle des relations entre juges constitutionnels UE et juges constitutionnels nationaux ; le manuel envisage l'hypothèse d'un « contraste entre CJUE et Cour constitutionnelle ». Les auteurs analysent – pédagogiquement – les évolutions juridiques en plusieurs phases : le critère chronologique a d'abord prévalu (I), puis a été posé de manière incontestée le principe de la primauté du droit de l'UE (II), s'en est suivie la logique phase de la non-application de la norme interne contraire au droit de l'UE (III), avec cependant la réserve des « controlimiti » (IV). Enfin, une place spécifique est dévolue au « *caso Taricco* » (V).
- 39 Revenons tout d'abord sur la notion de « controlimiti », rapidement évoquée en amont : le droit de l'UE prime sur les normes internes, y compris constitutionnelles, à condition de ne pas porter atteinte aux « principes suprêmes » et aux « droits inviolables » posés par ces derniers. Ceux-ci constituent autant de barrières à la pénétration du droit de l'UE au sein de l'ordonnancement juridique italien. Cela nous amène à envisager plus concrètement l'hypothèse d'une *guerre des juges* donc d'une *guerre des normes* : le juge constitutionnel national affirme la supériorité du droit constitutionnel italien tandis que le juge constitutionnel UE affirme la supériorité du droit

constitutionnel communautaire. Certes, la Cour constitutionnelle pose en 1984 (n° 170) un quasi-postulat : il est hautement improbable que le droit communautaire viole les principes suprêmes et les droits inviolables de l'homme. L'UE n'est-elle une communauté de droit tout comme l'Italie est un État de droit ? Les juges tentent d'éviter les conflits normatifs via la (facile ?) théorie de l'équivalence des protections.

- 40 Des antagonismes peuvent toutefois survenir, à l'instar du « cas Taricco ». Pour la CJUE (décision du 8 septembre 2015), certaines dispositions pénales italiennes sont en contradiction avec le droit de l'UE ; la Cour d'appel de Milan et la Cour de cassation estiment, elles, que les principes posés dans la décision Taricco jurent avec certains principes suprêmes de l'ordonnancement constitutionnel (notamment avec le principe de non-rétroactivité de la loi pénale). Dans son ordonnance n° 24 de 2017, la Cour constitutionnelle opère un renvoi préjudiciel à la CJUE qui confirme dans sa décision du 5 décembre 2017 (Grande section, C-42/17) la jurisprudence Taricco. Il revient enfin à la Cour constitutionnelle de clore ce débat avec la décision n° 115 de 2008 : la prescription des délits ayant le caractère d'une « norme pénale substantielle » en ce qu'elle a une incidence directe sur la sanction, la jurisprudence Taricco ne peut trouver à s'appliquer dans la mesure où elle jure avec le contenu de l'article 25-2 C. Ce dernier mérite la qualité de « principe supérieur de l'ordonnancement constitutionnel » et fait office de « contrelimite ». Nous sommes ainsi en présence d'un élément de « l'identité constitutionnelle des États membres » dont « l'article 6 du TUE impose le respect au droit de l'Union ». Cet épisode montre que la théorie du dialogue des juges est synonyme de profonde vacuité (opinion personnelle).

Le régime parlementaire italien

- 41 Le Chapitre VI est dédié aux organes constitutionnels incarnation de la République parlementaire : le Parlement, le chef de l'État, le Gouvernement. L'Italie est un régime parlementaire répondant aux canons définitionnels classiques : responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, dissolution possible de ce dernier par le chef de l'État. Le manuel met en exergue les spécificités inhérentes au

parlementarisme italien. Tout d'abord, les auteurs s'intéressent à la « loi électorale », expression peu usitée en droit français alors même que le sujet est pourtant fondamental. Les développements de la doctrine italienne sur la loi électorale – *rectius* les lois électorales tant l'Italie est grande consommatrice en la matière – sont abondants puisqu'elle(s) structure(nt) le champ partisan (donc la vie parlementaire). Il est regrettable qu'en France les manuels de droit public ou de droit constitutionnel n'octroient guère de place à un tel thème, au-delà du minimum consenti : le scrutin majoritaire à deux tours est présenté comme une évidence, le scrutin proportionnel est évoqué comme une (dangereuse) figure du passé, une éventuelle réforme est envisagée (avec introduction d'une petite dose de proportionnelle). Tel n'est pas le cas en Italie et la lecture de manuel – qui s'attarde et sur les lois électorales et la jurisprudence prétorienne de la Cour constitutionnelle – ne peut être que salutaire pour le lecteur français.

- 42 La Constitution de 1947 est muette quant à la loi électorale, le constituant ayant préféré conférer au législateur une entière liberté d'action (cf. l'ordre du jour de l'onorevole Giolitti, non contraignant, appelant le futur législateur à adopter une loi électorale proportionnelle pour la Chambre des députés). Si le législateur s'avère libre en sa manifestation normative, une thèse – celle de Carlo Lavagna – n'a pas manqué d'être souvent mentionnée : selon lui, l'obligation de recourir au scrutin proportionnel se déduit d'une « interprétation logico-systémique de la Charte constitutionnelle ». Il se fonde sur la lecture du principe pluraliste et du principe d'égalité de vote (article 48 C.) : l'égalité doit s'entendre comme « égalité d'entrée » (interdiction du vote pluriel par exemple) et comme « égalité de sortie » (quant à la répartition des sièges). Pour qu'il y ait « égalité de sortie », il convient que la loi électorale retenue soit proportionnelle, n'engendrant ainsi pas de distorsion entre voix et sièges, ne conférant pas artificiellement une prime majoritaire de gouvernabilité au parti ou à la coalition arrivé(e) en tête. Une loi électorale majoritaire serait – à lire Lavagna – porteuse d'un intrinsèque vice d'inconstitutionnalité. Intéressante car audacieuse, sa thèse n'a jamais été réceptionnée à proprement parler ; reste qu'elle est, selon nous, révélatrice de la sacralisation en Italie du

système électoral proportionnel et de la méfiance corrélative envers le scrutin majoritaire.

- 43 Il est vrai que deux lois servent de repoussoir : la loi Acerbo (1923) au temps de Mussolini et la « legge truffa » (1953) lorsque De Gasperi est président du Conseil. Prévaut – dans l'humus culturel constitutionnel italien – l'idée que le scrutin majoritaire peut faire émerger une ou des majorités à ce point puissantes qu'elles constituent une menace pour la liberté ; il devient alors possible de réviser le pacte social fondamental (la Constitution) en l'absence de consensus partisan. De 1948 à 1993 – période dénommée journalistiquement « I^{re} République » – c'est en se fondant sur une logique proportionnelle que sont répartis les sièges au sein de l'institution parlementaire. Aussi la réforme électorale de 1993 constitue-t-elle un changement de paradigme électoral révolutionnaire. En vertu du Mattarellum (Sartori), $\frac{3}{4}$ des sièges sont répartis au scrutin majoritaire, $\frac{1}{4}$ l'étant au scrutin proportionnel. En dépit de cette majoritarisation du système électoral, l'Italie n'a guère connu la stabilité politique, parlementaire et donc gouvernementale si attendue ; preuve s'il en est qu'un système électoral ne possède pas de vertus déterministes, ne génère pas automatiquement une majorité homogène et cohérente. Tout dépend du découpage des circonscriptions électorales, des accords ou non accords partisans, et naturellement du choix des électeurs.
- 44 Les débats sur l'idoine loi électorale à adopter n'ont jamais cessé en Italie, quand bien même il était fait application du Mattarellum. La proportionnelle étant toujours regardée ontologiquement juste – et salutaire pour les petits partis politiques – une loi nouvelle est adoptée en 2005 (n° 270). Pour être proportionnelle en son essence, cette loi comporte néanmoins une forte composante majoritaire ; un seuil de barrage est en outre institué, ainsi qu'une prime majoritaire pour le ou les partis arrivés en tête. De plus, est retenu un « mécanisme des listes bloquées » ayant suscité nombre de critiques en doctrine. Saisie, la Cour constitutionnelle se prononce dans la décision n° 1 de 2014 : tant la prime majoritaire que le principe des « listes bloquées » sont déclarés inconstitutionnels. Constatant une « altération du circuit démocratique défini par la Constitution, basé sur le principe fondamental de l'égalité du vote (art. 48 Cost.) », le juge censure : la loi produit « une compression illimitée de la

représentation de l'assemblée parlementaire incompatible avec les principes constitutionnels selon lesquels les assemblées parlementaires sont les sièges exclusifs de “la représentation politique nationale (art. 67 Cost.)” ». La Cour entend protéger « l'entièvre architecture de l'ordonnancement constitutionnel » de toute distorsion disproportionnée du principe de représentation et du principe d'égalité de vote.

45 À la suite de cette déclaration d'inconstitutionnalité, une loi nouvelle – la loi n° 52 de 2015 – est adoptée par le Parlement ; elle est à son tour censurée par la décision n° 35 de 2017. Si le juge ne retient pas contraire à la Constitution la prime majoritaire de 40 % au premier tour, il censure les dispositions relatives au ballotage, celles relatives à l'attribution de la prime majoritaire au second tour, et enfin celles permettant au chef de liste de choisir de manière discrétionnaire son collège électoral. Une autre loi électorale (n° 165 de 2017) est votée, instituant un mode de scrutin mixte : 37 % des sièges est pourvu, avec la méthode majoritaire, dans le cadre de collèges uninominaux... 61 % des sièges est pourvu avec la méthode proportionnelle dans le cadre de collèges plurinominaux... les ultimes 2 % concernent le vote des Italiens de l'étranger. La législation électorale a été modifiée en 2020 (loi n° 177) afin de prendre en compte la réduction du nombre de parlementaires (loi constitutionnelle n° 1 de 2020). Les vicissitudes électorales italiennes décrites par les auteurs du manuel ne sont pas – on le constate – de peu. Prévaut le sentiment que l'Italie peine à trouver sa loi électorale tant les intérêts partitocratiques sont inconciliables et mouvants.

46 Indépendamment du mode de scrutin relatif à la désignation des représentants du peuple, il est une spécificité du parlementarisme italien qu'on ne saurait éluder : le bicamérisme est égalitaire. Ce choix des constituants est le fruit d'un

« compromis entre ceux favorables à un parlement monocaméral et ceux favorables à une seconde chambre fortement différenciée par rapport à la première, soit en ce qu'elle serait l'expression des intérêts territoriaux, soit des intérêts corporatistes ».

47 Ce bicamérisme paritaire vaut tant pour la production législative que pour la mise en jeu de la responsabilité du gouvernement ; quant

aux deux assemblées, elles peuvent faire l'objet d'une dissolution. Si le bicaméralisme paritaire en matière d'édiction de la loi peut être défendu (cf. la qualité de la loi réputée supérieure, ce qui reste à prouver...), cette défense devient plus ardue quand il est question de la mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement. Il ne s'agit pas tant de souligner que cette configuration constitutionnelle représente désormais un *unicum* (car l'Italie peut tout à fait ne pas se conformer aux canons posés dans les autres régimes parlementaires européens) que de constater un truisme : le bicaméralisme égalitaire aggrave l'instabilité gouvernementale puisque le Gouvernement doit poser la question devant les deux Chambres et peut être censuré par le Sénat ou/et la Chambre.

- 48 Les options évoquées en doctrine – et dans le champ politique – depuis des décennies sont connues : monocaméralisme, bicaméralisme différencié (avec un Sénat représentant enfin et réellement les régions ?). Puisque l'expression monocaméralisme a été mentionnée, évoquons brièvement ce que la doctrine dénomme « monocaméralisme de fait ». Par « monocaméralisme de fait », on entend une utilisation stratégique – par les partis politiques – des dispositions réglementaires et constitutionnelles relatives à la temporalité discursive et à la question de confiance. L'objectif : que les débats sur un texte de loi se limitent – *de fait* – à ceux tenus au sein de la première chambre saisie. La seconde assemblée n'a alors guère le temps de glosé et post-glosé sur le texte étudié eu égard au temps (très limité) qui lui est dévolu en raison des contraintes temporelles imposées. Les délibérations au sein de la chambre saisie en second lieu consistent, *mutatis mutandis*, à ratifier l'œuvre de celle devant laquelle le texte a été initialement déposé. L'utilisation stratégique des dispositions constitutionnelles/réglementaires est regardée par la doctrine majoritaire comme une pratique *contra constitutionem* voire *extra constitutionem*.
- 49 Procédons plus en avant sur la spécificité du système constitutionnel italien au regard de l'un de ses organes constitutionnels : le président de la République. À lire la Constitution, le président de la République italienne possède des compétences classiques pour un chef d'État dont tous les actes doivent être contresignés. Il incarne l'unité nationale (article 87-1 C.) et prend la figure de l'arbitre *super partes* situé au-delà des contingences partisanes. Selon une sémantique

toute italienne, « son rôle se situe au-delà des antagonismes entre majorité et opposition, mais également en dehors du circuit de confiance, et donc de l'*indirizzo politico* qui relie majorité parlementaire et Gouvernement ». Par « *indirizzo politico* », on entend le décisionnisme politique des organes constitutionnels en charge de vouloir pour la nation. Le chef de l'État est réputé extérieur à toute expression partitocratique, précisément parce qu'il est cet organe *super partes* symbole de l'unité nationale.

50 Cependant, on ne peut que constater une chose à la lumière de la pratique politico-constitutionnelle (selon nous) : le chef de l'État italien semble être le plus puissant des régimes parlementaires dits classiques (la V^e République est certes en son fondement un régime parlementaire mais...). Alors même que tous ses actes doivent être contresignés, alors même qu'il est irresponsable, il existe des « actes substantiellement présidentiels » (la nomination de sénateurs à vie et de juges constitutionnels par exemple). Il y a plus : la pratique politique – méritant sans doute la qualification de coutume – estime qu'il est le titulaire effectif du droit de dissolution. Le chef de l'État assume ainsi une fonction essentielle de régulation du jeu parlementaire par son pouvoir de dissoudre les chambres ou de ne pas dissoudre (attribution négative toute aussi importante). On constate encore que nombre de projets de loi sont réécrits sur le bureau du Quirinale (cf. notamment l'époque du Roi Giorgio, Napolitano) à la suite d'une admonestation du chef de l'État, que celui peut (parfois) réaliser des *esternazioni* emplies de propos politiques ou donner naissance à des gouvernements dits présidentiels (réputés techniques mais cela ne veut rien dire). Il existe ainsi – nous semble-t-il – un hiatus entre les attributions formelles du président de la République et l'utilisation substantielle de ces dernières.

51 La thèse de l'ontologique neutralité présidentielle – thèse du IV^e pouvoir situé en dehors (*al di fuori*) des luttes partisanes – permet de tout justifier. Néanmoins, sa réception peut parfois susciter quelque perplexité : il suffit de songer à la décision de la Cour constitutionnelle n° 200 de 2006. Le juge estime que le droit de grâce est substantiellement présidentiel et formellement gouvernemental ; l'argument central est que le recours à la grâce ne vaut qu'à l'aune de considérations humanitaires et non politiques. Or, seul le IVème pouvoir (neutre, *al di fuori*) est à même d'officier au

regard de cette équation. Malheureusement, depuis la Présidence Napolitano, le droit de grâce a été, à plusieurs reprises, utilisé à des fins politiques, en dehors de toute considération humanitaire. Aussi les auteurs du manuel appellent-ils à « une plus rationnelle pratique interprétative » regardant, comme jadis, la grâce comme un « acte complexe » (mixte, duumvirale) nécessitant le seing présidentiel et le contreseing ministériel. N'est-ce pas cela, après tout, la division et l'équilibre des pouvoirs au sein de l'Exécutif ?

- 52 Pour en terminer avec le rôle du chef de l'État, nous pensons depuis longtemps (opinion personnelle) que l'Italie a inventé un système politique qui est à ce point un *unicum* qu'il mérite d'être dénommé *semi-présidentialisme aléatoire*. Cette hypothèse taxinomique ne rencontre aucun écho au sein de la doctrine italienne (et n'est pas partagée par les auteurs du manuel).

Le régionalisme italien

- 53 La Constitution italienne de 1947 pose, en son article 5 C., le principe autonomiste :

« La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales ; réalise dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative ; adapte les principes et les méthodes de sa législation aux exigences de l'autonomie et de la décentralisation ».

- 54 Nous retrouvons le classique (et complexe) mouvement dialectique entre la nécessaire *unité/indivisibilité* et l'indispensable *autonomie* ; tout dépend du degré d'autonomie que le centre est prêt à accorder aux périphéries...

- 55 Avec le principe autonomiste, l'État est autrement appréhendé : nous sommes ici en présence de « l'État-communauté » entendu comme « ordre juridique pluraliste, tant sur le plan social que sur le plan territorial ». La forme de l'État n'est pas analysée en Italie à l'aune d'une lecture verticale voyant l'État accorder, concéder, octroyer certaines compétences à certaines entités *infra-étatiques*. Cette dernière expression – très française en sa sémantique – est d'ailleurs impropre au regard des canons italiens ; les collectivités territoriales

n'ont pas vocation à être qualifiées d'infra-étatiques, à savoir recevoir une qualification-qualité dont l'origine serait étatique. En vertu du principe autonomiste, « les personnes et les communautés sont appelées à participer au cadre démocratique, en suivant l'objectif de « transformation » commandé à la République (article 3-2 C.) ». Avec le principe autonomiste, c'est une autre théorie de l'État qui surgit : l'État n'est pas seulement l'entité titulaire de la *suprema postestas*, répandant sa puissance normative et coercitive sur tous ses sujets et sur son entier territoire. Aussi,

« Le système des autonomies territoriales s'avère-t-il un élément essentiel [...], contribuant à définir la dimension communautaire de la République sous deux aspects : celui de la structuration même des entités territoriales entendues comme communautés politico-représentatives, porteuses de leurs propres intérêts et s'administrant ; celui de la contribution directe de ces entités à la formation de la République comme entité composite ».

56 On voit combien la théorie de l'État ainsi développée a peu de choses à voir avec celle systématisée dans la littérature française. Il est d'ailleurs des expressions qui ne font pas partie de notre humus culturel et encore moins de notre verbe juridique : État-communauté, dimension communautaire de la République, République-entité composite... Nous avons ici un vocabulaire susceptible de faire frémir nombre d'acteurs politiques français et une partie de la doctrine tant il est regardé comme attentatoire à l'unité et l'indivisibilité de la République parisienne. La crainte de la fragmentation du corps étatique – donc du corps social – fait ressurgir l'hydre d'un girondisme (réputé étrangement destructeur) combattu par d'éternels jacobins.

57 Retour à l'Italie. L'article 114-1 C. est particulièrement révélateur (cela a déjà été dit en amont) de la relation État/collectivités : « La République se compose des Communes, des Provinces, des Villes Métropolitaines, des Régions et de l'État ». L'État n'est qu'un des éléments de la République qui s'entend, d'abord, comme entité composite porteuse de plusieurs unités dont aucune ne peut prétendre à la supériorité naturelle. Comme le soulignent les auteurs du manuel, « la Constitution pose une égale dignité institutionnelle » entre les composantes de la République, chacune participant au

« dessein républicain [...] sans qu'il soit possible d'oublier l'existence des autres en ce qu'elles sont les anneaux incontournables d'une même chaîne ». Autonomisme, pluralisme, solidarité, subsidiarité sont réputés cheminer harmonieusement de concert. La philosophie juridique italienne en la matière repose sur une idée forte : il existe « un noyau origininaire d'autonomie ».

- 58 Les « statuti » sont précisément les normes-incarnation de cette autonomie originelle, donnant « l'impression que l'on se trouve vraiment en présence d'une petite "constitution régionale" ». Si la formule est pertinente, elle possède des limites posées par la Cour constitutionnelle, gardienne de l'unité territoriale : un statut régional n'est pas une constitution, une assemblée régionale n'est pas un parlement, un élu régional n'est pas un député. Il est des sémantiques à ce point porteuses de sens constitutionnel qu'il est des limites à ne pas franchir, selon le juge constitutionnel ; le régionalisme pétri d'autonomisme ne signifie pas fédéralisme... Reste que les statuts régionaux représentent une norme à ce point spécifique au sein de l'ordonnancement constitutionnel que la doctrine n'a pas manqué de s'interroger sur leur nature : ne méritent-ils pas la qualité de « *fonti para-primarie* » ou « *para-législatives* » puisqu'ils régulent les champs matériels ne relevant pas du législateur étatique ? Une telle position peut être défendue en ayant à l'esprit notamment le « *principio di equiordinazione* » tiré de l'article 114-1 C. : puisque toutes les entités sont placées sur un pied d'égalité, l'unité du système italien repose non pas sur une logique hiérarchique (pro étatique) mais sur une logique de coordination (entre entités).
- 59 L'autonomie régionale italienne ne signifie pas attributions identiques pour l'ensemble des Régions. Il est une « asymétrie de la spécialité » répondant à l'histoire, aux caractéristiques de tel ou tel territoire ; il suffit de songer aux cinq régions à statut spécial, les trois du Nord (Trentin-Haut-Adige, Frioul-Vénétie-Julienne, Vallée d'Aoste) et les deux du Sud (Sicile, Sardaigne). Les trois Régions du Nord possèdent notamment une « spécificité ethnico-linguistique » ; les deux Régions du Sud sont des îles que l'histoire n'a pas épargnées d'un point de vue économique et social. La révision constitutionnelle de 2001 a confirmé le régime différencié des régions à statut spécial tout en nuancant la césure – originellement profonde – qui permettait de les distinguer des régions à statut ordinaire. Plus récemment, le

Gouvernement Meloni a activé, avec la loi *Calderoli*, l'article 116-3 C. (le régionalisme différencié) pour permettre à certaines Régions, du Nord mais pas seulement, d'aller plus loin dans la spécialité et la différence. Plus de compétences, plus d'autonomie, plus de liberté pouvant signifier également plus d'inégalités territoriales, certaines Régions (notamment du Sud) ont manifesté une hostilité radicale envers une telle novation. Les Régions les plus pauvres craignent – avec raison nous semble-t-il – un recul de la solidarité horizontale, à leur détriment. Certes, l'État possède une compétence législative exclusive pour déterminer les niveaux essentiels des prestations (les fameux et controversés LEP) relatifs aux droits civils et politiques devant être garantis sur l'entier territoire. Par LEP, il faut entendre les dépenses indispensables pour que les citoyens puissent jouir, quelle que soit leur Région, des prestations sociales fondamentales. Tout l'enjeu est alors de déterminer à quel niveau l'État intervient pour que les mécanismes de péréquation jouent leur partition de manière idoine au regard de la logique de solidarité. La loi *Calderoli* est partiellement censurée par la Cour constitutionnelle dans sa décision n° 84 de 2024 (notamment en ce qu'elle porte atteinte aux droits de la région de Sardaigne, région à statut spécial).

- 60 Au quotidien, l'histoire du régionalisme italien est celle d'une relation dialectique, complémentaire et conflictuelle entre État et régions. Les régions possèdent le pouvoir législatif de droit commun ; l'État possède un pouvoir législatif d'attribution ; il existe des compétences concurrentes. Il revient au juge constitutionnel de déterminer si la loi étatique empiète de manière indue sur la sphère de compétence des régions, ou si ces dernières empiètent de manière indue sur la sphère de compétence de l'État. La politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle nous semble, depuis nombre d'années, soucieuse d'encadrer ce qu'elle regarde comme des débordements normatifs régionaux. Le juge s'appuie sur nombre de formules génériques légitimant l'interventionnisme étatique : « détermination des niveaux essentiels des prestations relatives aux droits civils et politiques devant être garantis sur tout le territoire, protection de la concurrence, protection de l'environnement, protection des biens culturels... ». Le régionalisme constitutionnel est – en ses bornes – avant tout un régionalisme jurisprudentiel.

- 61 La notion de « matière transversale » permet à l'État de faire montre d'interventionnisme, ce qui emporte réduction corrélative de l'autonomie régionale. Grâce à cette transversalité, l'État régional tend à être plus étatique que régional... au point que les auteurs du manuel voient dans la marge de manœuvre ainsi octroyée à l'État une forme « d'autoqualification ». L'État décide (ou non) de son interventionnisme normatif en se fondant sur une lecture ductile des dispositions constitutionnelles ; le recours à la notion de matières transversales permet alors à l'État de définir lui-même le cadre de son agir, en procédant à une extension notable de sa puissance législative. La « technique de l'*autoqualificazione* » permet de voir ressurgir la figure du « *Stato-centrico* » en raison des « tendances centralisatrices de la jurisprudence constitutionnelle ». Alors que les Régions possèdent en principe une compétence résiduelle – cf. les matières non expressément réservées à la compétence de l'État – (article 117-4 C.) – il appert que la jurisprudence de la Cour ne leur est guère favorable. En une formule ironique, les auteurs du manuel écrivent : s'il est une chose résiduelle, il s'agit de « l'invocabilité même de la compétence résiduelle... »

L'administration publique

- 62 Ainsi qu'évoqué dans les premières lignes de cette recension, le manuel entend jeter un regard élargi sur la chose publique ; aussi un Chapitre VIII est-il dédié à l'administration publique. Au-delà de quelques développements relevant de la science administrative, c'est le principe de légalité qui est mis en exergue par les auteurs. Avec l'expression parlante de « retombées systémiques de la légalité », il est souligné que la loi est « la source de l'organisation et de l'action de l'administration, en toutes ses articulations institutionnelles et en toutes ses formes ». Il s'ensuit que l'administration peut agir seulement dans le cadre prescrit par la loi. Nous avons là des principes bien connus en tout régime politico-constitutionnel régi par le principe de légalité.

- 63 Ce qui est intéressant – à la lecture du manuel, et c'est cela même qui fait la beauté et la supériorité du comparatisme (nous n'avons pas dit des comparatistes) – est la taxinomie sémantique autre qui ne peut qu'intéresser le lecteur français. En vertu du « *principio di legalità in*

senso formale », la loi – et seulement la loi – octroie un certain nombre d’attributions à une autorité administrative ; en vertu du « *principio di legalità in senso sostenziale* », l’exercice des compétences est encadré ; en vertu du « *principio di nominatività* », les dispositions émanant de l’administration doivent avoir pour finalité la satisfaction d’un intérêt public ; en vertu du « *principio di tipicità* », ces dispositions doivent posséder un contenu et produire des effets normativement prévus par la loi.

- 64 S’agissant du contrôle du juge administratif sur les actes de l’administration, il présente nombre de caractéristiques communes avec le système juridictionnel français (histoire oblige). Parmi les quelques différences notables entre système français et système italien, évoquons « le recours extraordinaire au Chef de l’État » qui, en sa formulation même, ne peut qu’étonner le lecteur. En réalité, ce n’est pas le chef de l’État qui tranche le conflit entre un citoyen et l’administration mais le Conseil d’État ; revient seulement au président de la République d’entériner la décision du Conseil d’État par l’édiction d’un décret. Le recours extraordinaire au chef de l’État constitue un moyen alternatif de résolution d’un litige, sans que soit saisi un tribunal administratif régional (TAR). Le Conseil d’État intervient comme « organe consultatif en matière juridique et administrative » (article 100 C.) ; le ministre compétent *ratione materiae* est contraint de suivre la position exprimée par le Conseil d’État (cf. la loi n° 69 de 2009). Le recours extraordinaire au chef de l’État n’est pas ouvert contre tous les actes administratifs mais seulement contre ceux ayant un caractère définitif ; il est exclu en certaines matières (par ex. le domaine électoral ou les marchés publics) ; il est impossible de recourir à cette voie s’il s’agit de contester une condamnation. Nous avons – avec ce recours extraordinaire au chef de l’État – un modèle de justice retenue ; jadis, ce recours était adressé au Roi – avant même la naissance de l’État italien – au sein du Royaume de Piémont et de Sardaigne. L’avis était alors rendu par le Conseil du Roi puis par le Conseil d’État. La Cour constitutionnelle s’est prononcée sur ce recours, notamment dans sa décision n° 73 de 2014, traçant quelques linéaments. Ce recours « a perdu sa connotation purement administrative, constate le juge, et possède désormais la qualité de recours juridictionnel, avec des caractéristiques structurelles et fonctionnelles en partie assimilables

à celles qui sont typiques du procès administratif ». « (E)n partie assimilable » : nous sommes ainsi en présence d'un recours de nature mixte – à mi-chemin entre une activité administrative et une activité juridictionnelle – mais avec prévalence de cette dernière afin de garantir les droits des administrés. Porteur d'une âme duale, le recours extraordinaire au chef de l'État tend à pencher vers une logique juridictionnelle, sans pour autant être entièrement assimilable à celle-ci.

La justice ordinaire et administrative

65 Se voulant louablement exhaustif, ce manuel embrasse également la justice ordinaire et administrative en son Chapitre ix. À des fins pédagogiques, est expliquée au lecteur l'organisation juridictionnelle du pays. Nous voudrions insister sur un point, plus précisément sur un organe constitutionnel tant il occupe une place centrale en Italie et tant il est au centre de nombre de polémiques : le CSM (Conseil supérieur de la magistrature). La place dévolue au CSM italien – tant au regard du droit, de la politique, de l'auto-organisation des magistrats – est sans commune mesure avec celle dévolue au CSM français. Les auteurs du manuel ne manquent d'ailleurs pas de souligner que se pencher sur le CSM est une opération « assez délicate » et « d'actualité récurrente ».

66 Il convient de partir de l'article 104 C. en vertu duquel « La magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir ». Le même article précise que

« Le Conseil supérieur de la magistrature est présidé par le Président de la République. Le premier président et le procureur général de la Cour de cassation en font partie de droit. Les autres membres sont élus, pour deux tiers, par tous les magistrats ordinaires parmi les membres des différentes catégories, et pour un tiers, par le Parlement réuni en séance conjointe parmi les professeurs titulaires des facultés de droit et les avocats comptant quinze ans d'exercice de leur activité professionnelle ».

- 67 Quant au vice-président, il doit être choisi parmi les membres désignés par le Parlement (dits « *membri laici* »), à distinguer des « *membri togati* » (juges professionnels). Il s'agit là d'une césure importante – « *laici/togati* » – sur laquelle il conviendra de revenir tant elle occupe une place centrale dans le débat juridique/politique italien. Le constituant de 1947 – en instituant ainsi « un organe à composition mixte » – poursuit un double objectif : donner aux magistrats un corps au nom d'une autonomie constitutionnellement reconnue... éviter que ce corps ne devienne (dangereusement) « *autoreferenziale* » et ne forge un (critiquable) « *autogoverno* ». Comment ne pas observer que l'article 104 C. qualifie la magistrature « d'ordre » et non pas de « pouvoir » (ce qui n'est pas sans faire songer au Titre VIII – *De l'autorité judiciaire* – de la Constitution de 1958) ?
- 68 L'autonomie du corps des magistrats – des magistrats regroupés en corps – a toujours, quel que soit le pays, été autant consacrée qu'encadrée tant cet *ordre/autorité* inquiète en sa prétention à s'ériger en *pouvoir*. Si la place du CSM au sein des institutions italiennes fait l'objet de débats si intenses, et de tensions si abruptes, c'est à raison de la « politisation » dont l'entité serait l'incarnation. Il est vrai que le système des « courants » – le CSM étant traversé par des fractures idéologiques clairement identifiées – a beaucoup fait pour ternir son image. Ce « phénomène de politisation » s'entrevoit dans la composition même du CSM, partagé entre membres « *togati* » et « *non togati* ». La pratique des nominations « *in quota* » – en vertu de laquelle les partis politiques se répartissent les fonctions institutionnelles – ne peut que miner la crédibilité de l'institution judiciaire, réputée incarnation du tiers arbitre impartial. Il n'empêche : les invectives récurrentes des acteurs politiques envers les magistrats affaiblissent *in fine* la légitimité même de la justice organique et donc elle de l'État de droit lui-même.

La justice constitutionnelle

- 69 Le manuel s'achève par un Chapitre x dédié à la justice constitutionnelle. Après quelques pages relatives à la naissance du modèle américain puis du modèle autrichien, le propos se porte sur la Cour constitutionnelle italienne. Quant à la désignation des quinze

membres de la Cour, elle repose sur une trilogie organique : 1/3 est désigné par le chef de l'État, 1/3 par le Parlement réuni en session commune, 1/3 par les magistratures suprêmes (ordinaire et administrative). Le pouvoir de nomination du chef de l'État est regardé comme « un acte formellement et substantiellement présidentiel », et ce nonobstant l'obligation de contreseing ministériel. Réputé organe neutre et *super partes*, le chef de l'État jouit d'une latitude d'action absolue quant aux personnes par lui choisies. Le Parlement élit quant à lui ses cinq juges avec une majorité renforcée (2/3 lors des trois premières votations, 3/5 à partir de la quatrième). Quant à la désignation des juges par les cours suprêmes, elle prend cette configuration : deux (Cour de cassation), un (Conseil d'État), un (Cour des comptes).

70 L'espoir du constituant de 1947 est que surviennent des accords entre opposition et majorité, et que les choix effectués ne soient pas seulement le fruit de la volonté de cette dernière. Jusque dans les années 90, les formations politiques réussissent globalement à s'entendre : DC, PCI, PSI ainsi que « les partis laïcs mineurs (PRI, PSDI, PLI) » désignent des juges constitutionnels en fonction de leur puissance électorale respective. Telle était la vertu (ou le vice) du consociativisme de la I^{re} République. Avec la disparition des partis historiques (cf. *Mani pulite*), le changement de loi électorale, la recomposition du champ partitocratique, la *discesa in campo* de Berlusconi, il est devenu beaucoup plus ardu d'atteindre les majorités requises. Au point que la Cour constitutionnelle ne comprend parfois pas quinze membres en son sein, à raison de l'impossibilité (heureusement provisoire) de trouver un accord entre formations politiques au sein du Parlement.

71 La description schématique du système juridictionnel italien n'a pas pour finalité d'affirmer qu'il est ontologiquement supérieur au système français. Notons tout de même deux caractéristiques venant immédiatement à l'esprit : le seul organe monocéphale désignant cinq juges est le chef de l'État, réputé se situer hors le champ (*al di fuori*) partitocratique... les deux entités autres sont des organes collégiaux. Si l'on ajoute à cela que « Les juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats, même en retraite, des juridictions supérieures, ordinaires et administratives, les professeurs titulaires des facultés de droit et les avocats comptant vingt ans d'exercice de

leur activité professionnelle » (article 135 C.), la différence avec le système français apparaît bâante. On sait que dans notre pays les trois organes de nomination sont monocéphales, assument des fonctions partisanes (nonobstant le postulat de neutralité inhérent au magistère de président d'assemblée parlementaire), et peuvent désigner toute personne (puisque la Constitution est muette quant aux compétences juridiques requises). S'agissant de la désignation du président de la Consulta, elle revient aux juges eux-mêmes ; nous sommes loin du césarisme français. La remarque vaut *a fortiori* une fois précisée que les juges italiens élisent le plus ancien (dans la fonction) d'entre eux/d'entre elles (M. Cartabia devient en 2019 la première femme à accéder à la présidence de la Consulta). Comme le soulignent les auteurs du manuel, « La ratio d'une telle pratique est de rendre le mandat présidentiel le plus bref possible afin de nuancer l'empreinte « personnelle » de chaque président dans la direction des travaux de la Cour constitutionnelle ». Cette quête du gouvernement modéré au sein de la Cour ne peut être que louée ; on oublie souvent en France que le pouvoir le plus important du président est de diriger les travaux de l'organe, notamment de désigner les rapporteurs (et ce pendant neuf ans)... Un président demeurant en fonction pendant presque une décennie peut être tenté d'abuser de la légitimité fonctionnelle qui est sienne (sans même parler du vote décisif qu'il possède en cas de parité).

⁷² Quant au contrôle de la constitutionnalité des lois, il prend une forme duale classique qu'il n'y a guère lieu d'expliciter en détail (« *giudizio in via incidentale* » : question de constitutionnalité posée par un juge *a quo* dans le cadre d'un contentieux, contrôle *in concreto*... « *giudizio in via principale* » : contrôle abstrait des lois étatiques et régionales indépendamment de tout contentieux). Arrêtons-nous plutôt sur quelques points. Le principe de l'interprétation conforme tout d'abord (dans le cadre du « *giudizio in via incidentale* ») : selon une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, il revient au juge *a quo* d'opérer – avant toute saisine, et autant faire ce peut – une interprétation de la loi conforme à la Constitution. Le raisonnement herméneutique idoine est le suivant : une disposition législative doit être déclarée inconstitutionnelle « seulement quand il n'est pas possible de déduire, à partir des instruments normaux de l'interprétation juridique, une norme conforme aux dispositions

constitutionnelles ». Comme le soulignent les auteurs, ce principe de l'interprétation conforme est empreint d'une saine logique herméneutique, d'autant qu'il évite des saisines par trop nombreuses de la Consulta. Toutefois, poussé à son acmé, ce même principe comporte un danger : « pousser les juges à interpréter la loi en allant au-delà des canons herméneutiques normaux ». Une lecture radicale du principe de l'interprétation conforme « s'avèrerait incompatible avec le système de justice constitutionnelle centralisé prévu par la Constitution ». Comment ne pas songer à la formule de Calamandrei ? Les juges ordinaires sont les portiers du procès constitutionnel ; l'issue de ce dernier dépend de la propension du portier à ouvrir – ou non – la porte...

73 Quant aux décisions de la Cour, la typologie réalisée par les auteurs du manuel montre la richesse constructivisme du juge italien. Les doctrines herméneutiques posées par ce dernier sont à ce point diverses qu'elles méritent des développements impossibles à réaliser ici même. Que l'on songe : aux « décisions additives *di regola* », à la théorie des « rimes obligées » (cf. l'apport majeur de V. Crisafulli), à la relecture de cette dernière théorie via les « solutions constitutionnellement appropriées », aux « décisions additives de principe », aux « décisions substitutives », aux « décisions interprétatives de rejet », aux « décisions interprétatives d'acceptation », à la « doctrine du droit vivant », aux « décisions de constitutionnalité provisoire », aux « décisions d'inconstitutionnalité différée », aux « décisions d'inconstitutionnalité constatée mais non déclarée ». Quand bien même il est loisible de ne pas adhérer à tel ou tel raisonnement du juge, force est de constater que les décisions de la Consulta sont (en général) soigneusement motivées. Le lecteur français – songeant aux décisions du Conseil constitutionnel – peut éprouver un sentiment de honte herméneutique : dans un monde juridique/juridictionnel idéal, les décisions de la rue Montpensier devraient être censurées pour défaut de motivation, pour carence structurelle. N'est-ce pas l'articulation des éléments justificatifs qui fondent la légitimité même d'un juge et de son œuvre ?

74 Venons-en maintenant à des conflits normatifs inconnus en France. Tout d'abord « le conflit d'attributions entre pouvoirs de l'État » (article 134 C.). Comme le soulignent les auteurs du manuel, il s'agit là d'une attribution que nombre de constitutions refusent de conférer à

un juge ; grande est la crainte de le voir englué dans des conflits à haut degré de « politicità ». Il a fallu que la Cour détermine la notion même de *pouvoir d'État* : Parlement (chaque assemblée en tant qu'organe collectif, le parlementaire en tant qu'élu individualisé, une commission d'enquête à finalité externe à savoir extraparlementaire) ... Pouvoir exécutif (le Gouvernement, le Ministre de la justice visé spécifiquement dans le texte constitutionnel, les ministres destinataires d'une motion de censure individuelle) ... Pouvoir juridictionnel en tant que « pouvoir diffus » (magistrats du siège et ministère public). Ajoutons que certains pouvoirs de l'État peuvent saisir le juge – à raison de leurs attributions constitutionnelles spécifiques – alors qu'ils sont réputés ne pas appartenir « aux trois pouvoirs traditionnels » : il s'agit de la Cour constitutionnelle elle-même, du CSM, de tout Comité promoteur d'un référendum... et du chef de l'État. Ce dernier n'est pas inclus – au regard de la taxinomie – au sein du pouvoir exécutif en ce qu'il est regardé comme « un organe de garantie de l'ordonnancement constitutionnel ». Il s'agit de l'application de la théorie du IV^e pouvoir : le chef de l'État n'appartient pas, au regard de la mission de garantie qui lui échoit, au regard de la neutralité/impartialité qui est sienne, à la sphère exécutive en charge, elle, de « *l'indirizzo politico* » (décisionnisme politique). Les conflits entre pouvoirs de l'État les plus fréquents sont ceux relatifs à un conflit intraparlementaire (un élu versus son assemblée) ou ceux voyant s'affronter l'institution judiciaire et l'institution parlementaire (demande de levée d'immunité parlementaire). Autres conflits d'attributions, par définition inconnus en France : le conflit entre État et régions, ainsi que le conflit entre régions. Il ne s'agit pas ici d'apprécier la régularité d'un acte législatif étatique ou régional (cf. le contrôle de constitutionnalité « *in via principale* »). Il s'agit pour le juge constitutionnel de se prononcer sur un acte administratif ou judiciaire empiétant, de manière indue, sur la sphère de compétences de l'entité concernée.

75

Terminons par le mécanisme référendaire tant il existe, là encore, une différence majeure entre la Constitution française (le RIP...) et la Constitution italienne. L'article 75 C. – le référendaire négatif d'initiative populaire – a, un temps, joué un rôle central dans la vie et les droits des italiens. Que l'on songe aux référendums sur le divorce, l'avortement, les lois Reale et Cossiga (années de plomb), les lois

électorales (faisant chuter la « I^{re} République »), le financement des partis politiques, la responsabilité des juges et le déroulement de leur carrière, le nucléaire, la PMA, le « légitime empêchement pour les plus hautes charges de l’État » (époque berlusconienne...).

76 Les thèmes ne sont pas, on le voit, de peu. Pour autant, il ne faut pas penser que le référendum est la réponse à la présumée crise de la démocratie (crise en réalité pérenne : la césure gouvernants/gouvernés est insoluble puisque le souverain-peuple a volontairement abdiqué, l’égalité formelle ne génère jamais une égalité matérielle). S’il peut changer le destin d’une nation, le référendum demeure un instrument de l’exceptionnalité et non de la quotidienneté. C’est la raison pour laquelle nombre de commentaires sur les vertus magiques du référendum relèvent de l’irénisme constitutionnel et politique ; les auteurs du manuel ne chutent évidemment pas dans un tel et si facile travers.

77 Abrogatif, le référendum de l’article 75 C. connaît des limites posées par la Constitution : « Le référendum n’est pas admis pour des lois fiscales et budgétaires, d’amnistie et de remise de peine, d’autorisation de ratifier des traités internationaux ». La Cour a développé une riche jurisprudence : point de référendum en matière de lois constitutionnelles et de révision constitutionnelle (cf. l’article 138 C.), de lois dotées d’une « force passive » et donc insusceptibles d’être modifiées par une loi même référendaire (Accords du Latran), de « lois à contenu constitutionnellement obligatoire », des « lois constitutionnellement nécessaires ». Quant au « quesito » – la question ayant vocation à être posée – il ne doit pas contenir « une pluralité de demandes hétérogènes dépourvues d’une matrice rationnellement unitaire ». À défaut d’unité et de cohérence du « quesito », est malmené « le principe démocratique, au mépris de la liberté de vote » ; cela emporte violation des articles 1 et 48 C. (CC, n° 16 de 1978). Reste que la Cour accepte le principe des référendums manipulatifs, à savoir ceux « ne demandant pas l’abrogation totale d’une loi mais seulement l’abrogation d’une partie de la loi, de telle manière que la norme finale [...] soit dotée d’un sens logico-juridique et soit auto applicable ». Cette idée que la loi ayant subi une coupe normative demeure applicable vaut *a fortiori* pour une catégorie de lois – les lois électoralas – puisqu’elles ont pour

finalité la désignation des élus de la nation et sont indispensables à la continuité des pouvoirs constitutionnels et de l'État.

- 78 L'ouvrage réalisé par nos collègues – les Professeurs Cardone (Université de Florence), Cortese (Université de Trento), Deffenu (Université de Cagliari) – mérite lecture. Par son amplitude disciplinaire et matérielle, il permet d'embrasser les principales notions du droit public italien. À raison de la clarté des éléments exposés et des analyses menées, on ne peut que conseiller à tout publiciste voulant appréhender le droit italien de s'y référer. Le comparatiste y trouvera matière à réflexion pour cogiter sur deux États – la France et l'Italie – et leur culture juridique, si proche et si différente.

AUTHOR

Franck Laffaille

Professeur de droit public à la Faculté de droit de Villetaneuse (IDPS, Université Sorbonne-Paris-Nord
IDREF : <https://www.idref.fr/078152380>
ISNI : <http://www.isni.org/000000043806232>
BNF : <https://data.bnf.fr/fr/14554504>