

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La "médiusprudence", source de droit ?

Nihoul, Marc

*Published in:*

Penser, écrire et interpréter le droit

*Publication date:*

2022

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nihoul, M 2022, La "médiusprudence", source de droit ? Penser, écrire et interpréter le droit en qualité de médiateur. dans *Penser, écrire et interpréter le droit: liber amicorum Xavier Thunis*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, pp. 627-640.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La « médiusprudence », source de droit ? Penser, écrire et interpréter le droit en qualité de médiateur

**Marc NIHOUL**

*Professeur ordinaire à l'UNamur*

*Avocat au barreau du Brabant wallon*

## SECTION 1. – Que ?

1. Le langage et le droit ont toujours intrigué le professeur Xavier Thunis, à travers les disciplines (non seulement juridiques), les langues et les modèles, au point d'avoir offert, à plusieurs générations d'étudiants, un cours intitulé « Droit et langage ». Après tout, le droit ne se résume-t-il pas à « faire des choses avec des mots », pour paraphraser Austin ? Les mots ont une puissance par le droit qui permet de transformer la réalité et changer le monde. À une condition de taille cependant : celle d'en détenir le pouvoir dans un État de droit, singulièrement par la reconnaissance du statut de source du droit définie, au sens formel, comme « un instrument donnant sa force juridique à la règle de droit, reconnu par l'ordre juridique comme pouvant servir de support à une disposition normative obligatoire »<sup>1</sup>.

2. Parmi les sources du droit, il en est certaines relativement méconnues, qu'il est d'ailleurs très difficile de situer, à l'instar de la légisprudence, définie comme l'interprétation du droit par la section de législation du Conseil d'État dans ses avis successifs rendus dans le cadre du contrôle préventif qu'elle exerce lors de l'élaboration des textes

---

<sup>1</sup> I. MATHY et G. SCHULTZ (coord.), *Lexique juridique belge*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 362, n° 1476. La disposition est, quant à elle, définie comme la « subdivision la plus étroite d'un acte juridique administratif, contractuel, juridictionnel ou normatif contenant en elle-même une décision, un engagement ou une règle de droit autonome » (n° 576, p. 144). Au sens matériel, l'influence sur le contenu matériel des règles de droit positif est étendue aux facteurs sociaux, politiques, économiques, idéologiques, philosophiques, etc. Voy. plus généralement et profondément *Les sources du droit revisitées*, Anthemis, 2012, 4 vol.

normatifs<sup>2</sup>. Le premier à avoir mis en valeur cette source juridique abondante qu'est la jurisprudence est probablement le professeur Jan Velaers<sup>3</sup>, à une époque où elle était tenue pour partie secrète<sup>4</sup>, suivi par les auteurs de la chronique de jurisprudence du Conseil d'État dans la *Revue belge de droit constitutionnel* depuis de nombreuses années.

Certes, les avis de la section de législation du Conseil d'État ne sont pas contraignants pour les autorités qui les demandent. Mais le caractère contraignant n'est pas requis pour qu'un acte puisse constituer une source du droit<sup>5</sup>. La meilleure preuve en est déjà la doctrine. Plus largement, « [...] en marge des sources traditionnelles, se propagent des instruments aux noms les plus divers – avis, recommandations, circulaires, communiqués, propositions, etc. – qui n'obligent pas au sens où ils ne donnent pas prise à la sanction étatique. Tous ces phénomènes sont une manifestation de la *soft law*. Ils ont ceci de commun qu'ils désignent des instruments juridiques qui, sans être contraignants, produisent des effets juridiques »<sup>6</sup>. D'origine étatique, l'on parle, parmi les initiés, de « *soft law* péri-législative »<sup>7</sup>.

### 3. Parmi les sources du droit, il en est qui mélangent parfois les genres...

Le droit administratif, par exemple, était à l'origine principalement prétoire, surtout en France, à tel point que « les grands arrêts tiennent lieu, en droit administratif, de code annoté »<sup>8</sup>, mais aussi de « véritable source de la doctrine »<sup>9</sup> construite au départ de ceux-ci. « En pratique, il est difficile d'identifier avec précision qui, des auteurs ou des juges, sont influencés les premiers par une théorie. Les uns comme les autres ne sont pas toujours suffisamment soucieux d'identifier leurs sources. Concrètement,

<sup>2</sup> Le terme n'est pas repris dans le *Lexique juridique belge* (*op. cit.*, 2021). Voy. cependant L. VANCRAVEBECK, « La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État », in *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 2, pp. 269-302. Les conclusions du ministère public y sont parfois apparentées.

<sup>3</sup> J. VELAERS, *Grondwet en de Raad van State. Afdeling wetgeving*, Anvers, Maklu, 1999.

<sup>4</sup> Sauf dans l'hypothèse où le projet aboutissait devant le parlement, par exemple.

<sup>5</sup> Not. St. GERRY-VERNIÈRES, « Les "petites" sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », in *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 4, pp. 587-638.

<sup>6</sup> St. GERRY-VERNIÈRES, « Les "petites" sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », *op. cit.*, p. 589.

<sup>7</sup> I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "sources du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, 2010, 65, n° 39.

<sup>8</sup> Th. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme du droit administratif français*, Paris, LGD], 1987, p. 278.

<sup>9</sup> E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Paris, Berger-Levrault (LGDJ), 1887 (1989), p. VII.

surtout, jurisprudence et doctrine s'interpénètrent jusqu'à devenir inextricables, notamment dans les conclusions du ministère public précédant les arrêts de la Cour de cassation ou les rapports de l'auditorat précédant les arrêts du Conseil d'État, véritable "doctrine jurisprudentielle" »<sup>10</sup>.

Cette expression, « doctrine jurisprudentielle », n'a pas manqué d'interpeller le professeur Xavier Thunis lors de la défense publique de ma thèse de doctorat, le 4 octobre 2000, à l'Université de Namur, au point qu'en qualité de membre du jury, il m'interpella à son tour, y trouvant matière à question.

La magie de cette expression est qu'elle met en lumière l'interpénétration active de deux sources de droit traditionnelles. En fin de compte, n'en va-t-il pas de même avec toutes les sources, lorsqu'elles commencent et finissent de s'influencer l'une l'autre, sans que l'on sache vraiment laquelle est « la source de l'autre », ou laquelle « se jette dans l'autre » ? Sans compter que plus les sources sont nombreuses, moins facilement peut-on les remonter, comme s'il s'agissait d'une source submergée dans un écoulement d'eau, une mare, un lac ou une mer.

Fondamentalement, nous souscrivons à l'approche de notre collègue Isabelle Hachez lorsqu'elle propose de distinguer, face à l'explosion, la disparité et la complexité des sources et dans la foulée de Catherine Thibierge<sup>11</sup>, les sources « du droit » des sources « de droit » selon qu'elles sont formelles ou informelles<sup>12</sup>, à côté des sources matérielles.

4. Il est un acteur de la vie juridique dont l'interprétation du droit qu'il fait quotidiennement n'a, sauf erreur, pas encore acquis officiellement le statut de source de droit en doctrine<sup>13</sup>. Il s'agit du médiateur institutionnel.

Et si l'interprétation proposée par les médiateurs institutionnels dans le cadre de leur fonction constituait une source de droit parmi les autres ?

<sup>10</sup> M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, la Chartre, 2001, n° 9, p. 11, note 4 (invitant à comp. G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz et PFNSP, 1997, p. 35). Traditionnellement, les juges et les auteurs sont, au demeurant, souvent les mêmes personnes cumulant les fonctions.

<sup>11</sup> C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Livres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 532 et s.

<sup>12</sup> I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Limal, Anthemis, 2012, pp. 51 à 100.

<sup>13</sup> Il n'en est pas question, sauf erreur, dans l'ouvrage consacré aux sources du droit revisitées. Quant à la recommandation, elle est définie dans le *Lexique juridique belge* comme la « [r]ésolution d'une organisation ou institution internationale invitant un État à adopter ou à cesser un comportement déterminé, sans être en principe pourvue d'un quelconque effet contraignant à l'égard de cet État » (I. MATHY et G. SCHULTZ [coord.], *Lexique juridique belge*, op. cit., p. 333, n° 1347).

L'on pourrait parler, à cet égard, de « médiusprudence ». Le mot « jurisprudence » (du latin *jus, juris*, droit, autorité, et *prudentia*, savoir, science, connaissance) désignait autrefois la science du droit et des lois. Cette signification est aujourd'hui désuète. Le *Lexique juridique belge* définit la jurisprudence comme l'« [e]nsemble des décisions prises par les juridictions d'un ordre juridique, dans l'ensemble du droit ou dans une branche du droit, et auxquelles cet ordre juridique reconnaît soit le statut de source formelle du droit soit celui de source matérielle ou documentaire »<sup>14</sup>. La « médiusprudence » désignerait dès lors l'ensemble des recommandations faites par les médiateurs institutionnels dans le cadre de leur fonction. En bas latin, le *mediator* est un médiateur, un intercesseur, un entremetteur. Le nom latin *mediator* est formé sur l'adjectif latin *medius*, qui signifie « qui est au milieu, central ».

## SECTION 2. – Qui ?

5. Il pourrait paraître singulier de réserver *a priori* la qualité d'auteur de cette source de droit aux médiateurs institutionnels, à l'exclusion de tout autre médiateur. Il s'agit en réalité d'un choix destiné à délimiter le champ d'investigation de la présente contribution et éviter la dispersion. Les lignes qui suivent montrent cependant que le médiateur institutionnel jouit d'une légitimité démocratique particulière.

Par médiateur institutionnel, que l'on appelle souvent *ombudsman*, nous entendons le médiateur institutionnalisé par la loi pour améliorer la relation entre le citoyen et l'autorité et dont le caractère public ou officiel est lié au statut et aux titres requis pour devenir médiateur. Un médiateur de stature législative, en principe, lui qui est généralement rattaché au parlement pour en garantir l'indépendance et l'impartialité dans le traitement des réclamations concernant le fonctionnement des autorités. L'on songe, en particulier, aux médiateurs fédéraux, au médiateur flamand, au médiateur de la Wallonie et de la Fédération Wallonie-Bruxelles, au médiateur bruxellois, germanophone, européen, aux médiateurs communaux parfois, lorsque cette fonction n'est pas exercée par le médiateur de la Wallonie et de la Fédération Wallonie-Bruxelles (dans ce cas)<sup>15</sup>... sans oublier les médiateurs des entreprises publiques autonomes et les médiateurs sectoriels.

<sup>14</sup> I. MATHY et G. SCHULTZ (coord.), *Lexique juridique belge*, op. cit., n° 954, pp. 233 et 234.

<sup>15</sup> Pour rappel, l'Accord de coopération du 3 février 2011 entre la Communauté française et la Région wallonne portant création d'un service de médiation commun à la

6. La question mériterait d'être creusée, par ailleurs, de savoir si d'autres médiateurs peuvent également être pris en compte en qualité d'auteurs de la médiusprudence en ce qui concerne l'interprétation juridique. L'entreprise est trop ambitieuse dans le cadre d'un hommage, car la médiation est tentaculaire : civile et commerciale, de dettes, pénale, scolaire, hospitalière, ou encore dite de consommation (pour les consommateurs)...

7. Eu égard à notre sujet, le médiateur institutionnel est singulièrement encadré par la légalité à laquelle il ne peut déroger au risque de rompre l'égalité des citoyens dans leurs relations avec les autorités. L'équité est recommandée, mais dans le respect de la légalité et de la loi interprétée, car il « n'y a pas de "principe d'équité" de droit administratif »<sup>16</sup>. C'est dans cette mesure que l'exercice de la fonction de médiateur est en principe source de droit : lorsque le médiateur interprète le droit comme tout autre acteur, sans prétendre s'en dispenser au titre de l'équité.

Le médiateur est par ailleurs un acteur de taille puisqu'il figure traditionnellement parmi les modes de contrôle de l'action administrative et de la légalité de celle-ci. Son assise constitutionnelle fait actuellement défaut, mais elle gagnerait à dépasser le stade de la proposition<sup>17</sup> pour devenir réalité. Une telle assise est souhaitable et souhaitée<sup>18</sup>.

---

Communauté française et à la Région wallonne, prévoit la possibilité pour le médiateur d'exercer sa fonction à l'égard des autorités des pouvoirs subordonnés ayant conclu avec son institution une convention afin de bénéficier de ses services. Voy. plus concrètement « La médiation communale à la recherche du modèle idéal », *Le Soir*, 1<sup>er</sup> février 2020.

<sup>16</sup> C.E., 12 octobre 2005, n° 150.130.

<sup>17</sup> Par exemple, Proposition de révision du titre II par l'insertion d'un article 24<sup>ter</sup> relatif à la publicité et à la motivation des actes de l'administration et au médiateur de J. DARAS *et crts*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 10/24t-477/1 ; Proposition de révision de l'article 28 de la Constitution de A. DU BUS DE WARNAFFE, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2061/1 visant à garantir le droit à la médiation et Proposition de révision de l'article 57 de la Constitution du même député, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2062/1 soulignant la magistrature d'influence du médiateur au sujet des dysfonctionnements structurels ou législatifs ayant sa place « parmi les grandes institutions de droit (Hauts Collèges, Conseil d'État, Cour des comptes, etc.) » ; Proposition de révision de l'article 28 de la Constitution de DALLEMAGNE et THISSEN, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2001-2002, n° 2 972/1 ; Proposition de révision de l'article 28 de la Constitution de THISSEN *et crts*, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2003, n° 3-121/1.

<sup>18</sup> Voy. sp. Rh. BOUSTA, « Les enjeux de la constitutionnalisation des Ombudsmän » et J. SAUTOIS, « La consolidation constitutionnelle ; modalités et enjeux de la constitutionnalisation du médiateur », in *Un médiateur fédéral consolidé pour le 21<sup>e</sup> siècle : des réformes nécessaires ?*, Limal, Anthemis, 2011, resp. pp. 27-48 et 49-71 ; M. NIHOUL, « La force de la recommandation d'un médiateur en justice », in D. RENDERS et M. BERTRAND (dir.), *Le citoyen et l'administration face au juge et au médiateur institutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 165.

## SECTION 3. – Quoi ?

8. Le médiateur institutionnel se distingue de ses confrères dans la mesure où, au-delà de ses pouvoirs d'enquête, il émet des avis et des recommandations et publie un rapport de ses activités au moins une fois par an. Ces différents actes constituent autant de sources d'interprétation du droit à travers lesquelles le médiateur institutionnel peut être force de proposition, d'argumentation, d'influence et de conviction, à condition bien entendu de s'en saisir<sup>19</sup>.

9. Le propos peut étonner dès lors qu'il est de notoriété publique qu'en principe le médiateur ne décide pas<sup>20</sup>. Dans ce sens, les actes qu'il pose ne sont pas vraiment juridiques au sens d'une manifestation de volonté émise en vue de produire un ou plusieurs effets juridiques<sup>21</sup>. Il s'agit d'actes unilatéraux mais non réellement juridiques.

Certes, des voix s'élèvent et militent en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir de contrainte susceptible de remédier au constat de recommandations non suivies d'effets, mais dans l'état actuel du droit, ce n'est pas le cas.

*De lege lata*, la recommandation du médiateur institutionnel n'a guère comme telle de force contraignante ou obligatoire et encore moins exécutoire, que ce soit en législation, en doctrine ou en jurisprudence. Seule une force probante particulière peut être reconnue aux constatations faites par le médiateur dans l'exercice de sa fonction, ce qui n'inclut toutefois nullement son appréciation de la légalité de l'acte ou du comportement de l'autorité médiée à l'origine de la médiation.

Le droit comparé ne plaide guère en faveur non plus d'une force obligatoire, *de lege ferenda*, et à notre estime, donner force juridique obligatoire à la recommandation n'est pas souhaitable dans le contexte institutionnel actuel. Une telle initiative aurait vraisemblablement pour effet de

<sup>19</sup> Pour l'heure, les recommandations portent davantage sur l'organisation ou le fonctionnement des autorités que sur l'interprétation du droit qu'elles retiennent.

<sup>20</sup> M. NIHOUL, « La force de la recommandation d'un médiateur en justice », *op. cit.*, pp. 127-167. *Adde* Proposition de révision du titre II par l'insertion d'un article 24<sup>ter</sup> relatif à la publicité et à la motivation des actes de l'administration et au médiateur de J. DARAS *et crts*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 10/24t-477/1, p. 2 : « ne pouvant user d'un pouvoir de décision propre » (mais donc indirect) ; Proposition de révision de l'article 28 de la Constitution de A. DU BUS DE WARNAFFE, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2062/1, p. 3 : « Il recommande mais ne décide pas » (tout en parlant de « son efficacité décisionnelle »).

<sup>21</sup> I. MATHY et G. SCHULTZ (coord.), *Lexique juridique belge*, *op. cit.*, p. 28, n° 44.

dénaturer la fonction de médiation telle qu'elle est conçue aujourd'hui, en conférant au médiateur une posture incompatible avec celle-ci, et à augmenter encore le déficit de confiance parfois constaté dans la population à l'égard des administrations. Le cas échéant, la recommandation mériterait d'ailleurs de « changer de nom » pour coller avec la réalité ou ne pas trop s'écarter du sens usuel du mot.

10. C'est que la force de la recommandation n'est pas une simple modalité d'intervention du médiateur institutionnel sans portée sur la nature véritable du rôle que celui-ci est appelé à jouer. Il s'agit d'une modalité déterminante, consubstantielle avec la fonction de médiation, et ce n'est pas parce que la recommandation est dépourvue de force obligatoire intrinsèque qu'elle ne vaut pas tripette.

La force du médiateur n'est pas non plus conditionnée par celle de sa recommandation. Ses pouvoirs d'investigation sont ceux d'un juge et font de lui l'intercédant armé<sup>22</sup> du citoyen : ses décisions ont sur ce point force obligatoire<sup>23</sup>. Son pouvoir est aussi fait de communication, à laquelle les responsables politiques ne sont pas les moins sensibles : il est une sorte de lanceur d'alerte institutionnalisé. Sa force est encore faite de persuasion et d'imagination faisant de lui une force de proposition. Sa force est avant tout inhérente à lui-même : l'autorité qu'il acquiert par la pertinence concrète de ses propos, le réseau de ses relations et sa capacité à entrer en relation avec les acteurs. Sa véritable force se mesure au suivi de ses recommandations, en réalité, sans oublier que, le cas échéant, la qualité de l'action administrative s'en trouve également renforcée. C'est en cela que la médiation pourtant institutionnelle est « un type informel de protection juridique »<sup>24</sup>. Le rôle du médiateur est de « rompre le cycle

<sup>22</sup> À l'instar de l'huissier qui est le bras armé de l'avocat, mais avec davantage d'indépendance encore.

<sup>23</sup> Voy. G. KUCSKO-STADLMAYER (ed.), *European Ombudsman-Institutions. A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea*, Springer Wien New York, 2008, pp. 39 à 44.

<sup>24</sup> Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 1284-2, p. 2 : « Si l'on estime parfois que saisir le juge est une manière formelle de recourir à la protection de la justice, on peut considérer que la médiation est un type informel de protection juridique ». *Adde* un membre p. 3 : « un médiateur a une fonction charnière, puisqu'il est l'interlocuteur, en même temps, du citoyen, de l'Administration et du pouvoir législatif. Vis-à-vis du citoyen, il remplit un rôle de protection. Au Québec, le médiateur s'appelle d'ailleurs le "protecteur du citoyen", le délégué du pouvoir législatif, et non du pouvoir exécutif. Enfin, il entretient des contacts étroits avec les services publics. La spécificité du médiateur tient aussi à la nature de sa fonction. Il n'est pas un juge, mais un intermédiaire ». *Adde* p. 12 : « le médiateur a principalement une autorité morale. Il n'est ni un juge ni une autorité administrative » (le ministre comparant l'influence du médiateur à celle de la Cour des comptes).



commandement-obéissance », résume-t-on parfois en doctrine<sup>25</sup>. Ce n'est pas pour le reproduire ailleurs... en sens unique vis-à-vis de l'autorité, laquelle, avec le recul, porte bien son nom...

11. En même temps, il est indispensable de donner au médiateur institutionnel les moyens de jouer son rôle d'influenceur. La force obligatoire peut, dans ce cadre, contribuer à garantir l'effectivité de ses pouvoirs d'investigation mais aussi, pourquoi pas, contraindre les autorités impliquées à jouer pleinement le rôle de la médiation et surtout à davantage encore tenir compte des recommandations qui leur sont adressées. Force doit revenir à la médiation sur ces deux plans. Ni plus ni moins. C'est dans cet esprit que plusieurs propositions ont été faites ou rappelées, allant de la plus grande implication de l'autorité de tutelle éventuelle à la décision implicite d'approbation, en l'absence de réponse, voire de prise en compte de la recommandation, en passant par la suspension d'effet provisoire de l'acte litigieux (le cas échéant), la publicité sur les réseaux sociaux, le paiement d'une indemnité ou la possibilité pour le médiateur institutionnel de saisir un juge à la faveur du citoyen...

12. En réalité, le médiateur institutionnel est loin d'être le seul à s'exprimer sans contrainte et sans pouvoir de contrainte. La section de législation du Conseil d'État aussi, pour prendre un exemple significatif déjà cité à l'entame et touchant à une fonction de contrôle et de recommandation. En pratique, ses avis ne sont pas toujours suivis par les autorités auxquelles ils sont destinés, ni partagés par la section du contentieux et surtout par les juges judiciaire ou constitutionnel. C'est que le droit et la légalité sont loin d'être une science exacte et ces avis comme les recommandations éclairent généralement ceux-ci par leur pertinence et leur expérience. À un moment donné, cependant, il faut bien que quelqu'un tranche. Dans une société démocratique, ce rôle revient en principe au juge. Ajouter une couche décisionnelle à la lasagne contentieuse administrative rendrait le plat trop complexe et trop copieux. Cela aurait pour effet d'accentuer encore la trinité juridictionnelle et juridique qui résulte de la coexistence en Belgique d'un pouvoir judiciaire, d'un Conseil d'État et d'une Cour constitutionnelle dont les jurisprudences ne s'accordent déjà pas toujours sur des points pourtant fondamentaux, et pas seulement en ce qui concerne l'identification des principes généraux du droit administratif contraignants<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Fr. DELPÉRÉE, « Administration et médiation », *A.P.T.*, 1982, *op. cit.*, p. 220.

<sup>26</sup> Conclusion reprise de M. NIHOUL, « La force de la recommandation d'un médiateur en justice », *op. cit.*, pp. 165-167.

## SECTION 4. – Où et comment ?

13. S'il est exact que toutes les sources du droit ne sont pas contraignantes, ni d'ailleurs nécessairement assorties de sanction, les recommandations du médiateur souffrent, comme la plupart des « petites sources du droit », de « précarité »<sup>27</sup> et il faut bien reconnaître que la doctrine n'est pas toujours encline à reconnaître à leur juste valeur les sources non contraignantes du droit, les qualifiant de fausses sources, quasi-sources, pseudo-sources, sources subalternes, quasi-droit... droit modeste, droit faible... (pour reprendre la recension de St. Gerry-Vernières)<sup>28</sup>.

En réalité, il n'y a pas de petite source du ou de droit. Il n'y a que des sources du et de droit de plus ou moins grande qualité. Et l'une des qualités des sources est de citer celles qui l'ont influencée et de reconnaître la valeur d'un raisonnement pour lui-même et non seulement pour l'auteur de celui-ci.

14. En pratique, c'est loin d'être toujours le cas.

L'on en veut pour exemple un arrêt *Kominou et autres c. Commission* du 25 octobre 2007 dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne observe que « les conclusions du Médiateur en tant que telles ne lient pas le juge communautaire. Elles ne peuvent constituer qu'un simple indice de la violation, par l'institution concernée, du principe de bonne administration. En effet, la procédure devant le Médiateur, lequel n'a pas le pouvoir de prendre des décisions contraignantes, est une voie alternative extrajudiciaire pour les citoyens de l'Union à celle du recours devant le juge communautaire, qui répond à des critères spécifiques et n'a pas nécessairement le même objectif que celui d'un recours en justice »<sup>29</sup>. Ainsi, le constat par

<sup>27</sup> St. GERRY-VERNIÈRES, « Les "petites" sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », *op. cit.*, p. 587.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 594.

<sup>29</sup> C.J.C.E., arrêt du 28 octobre 2007, *Kominou et autres c. Commission*, C-167/06P, inédit, EU:C:2007:633, pt 44. Voy. K. DEWACHTER, « Arrêt "Kominou c. Commission" – Le médiateur européen et la Cour de justice – un rôle différent, un contrôle différent », *J.D.E.*, 2008-4, n° 148, pp. 112-114, sp. p. 114 où l'auteur évoque « un arrêt qui n'attache pas d'effet juridique aux conclusions du médiateur » : « [...] les décisions du médiateur européen, et plus largement de tout médiateur institutionnel, ne sont pas en tant que telles à considérer comme décisives par le juge. [...] les conclusions et décisions d'un médiateur ne sont, dans la plupart des cas, pas contraignantes [...] ».

le médiateur d'une mauvaise administration dans le chef d'une institution communautaire ne peut être assimilé comme tel à une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit européen protégeant les particuliers<sup>30</sup>.

Cette jurisprudence confirmait en réalité un précédent<sup>31</sup> et a elle-même été confirmée récemment en des termes identiques et au titre de jurisprudence constante dans un arrêt *Stamatopoulos c. ENISA*<sup>32</sup> du Tribunal du 8 mai 2019<sup>33</sup>.

15. Certes, la recommandation ne confère aucun brevet de légalité<sup>34</sup> à l'acte administratif qui suivrait la recommandation du médiateur<sup>35</sup> (et encore moins un permis de violer la loi par une recommandation *contra legem* fondée sur l'équité, dont l'effet s'apparenterait à une « purge

<sup>30</sup> K. DEWACHTER, « Arrêt "Komninou c. Commission" – Le médiateur européen et la Cour de justice – un rôle différent, un contrôle différent », *op. cit.*, p. 114.

<sup>31</sup> C.J.U.E., arrêt du 11 avril 2006, *Angeletti c. Commission*, T-394/03, EU:T:2006:111, pt 157 : « Si ces conclusions du Médiateur ne lient pas le juge communautaire en tant que telles, elles constituent un indice de la violation par la Commission du principe de respect du délai raisonnable du fait de la durée de cette première période de la procédure administrative ».

<sup>32</sup> Agence de l'Union européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information.

<sup>33</sup> C.J.U.E., arrêt du 8 mai 2019, *Stamatopoulos c. ENISA*, T-99/18, inédit, EU:T:2019:305, pt 33 concernant la recommandation de fournir à temps des précisions utiles aux candidats écartés dans le cadre d'une procédure de recrutement.

<sup>34</sup> Quoi de plus normal lorsqu'on sait qu'un avis rendu par la section de législation du Conseil d'État (composée de conseillers, c'est-à-dire de magistrats) ne confère pas non plus un brevet de légalité (ni un verdict d'illégalité) au texte qui lui a été soumis. Voy. par exemple C.E., 19 novembre 2002, *sa Zambon*, n° 112.599 : « [...] si l'avis donné par la Section de législation est de nature à contribuer à une meilleure rédaction des textes et à prévenir des illégalités, cet avis ne peut être considéré comme une garantie absolue de la légalité de l'acte juridique qui sera finalement adopté ; [...] l'avis donné ne lie pas plus son destinataire que le juge ; qu'ainsi, il n'appartenait pas à la partie adverse d'interpréter l'absence de réserve de la Section de législation sur la validité de l'avis considéré comme un brevet de légalité de celui-ci, la dispensant de rechercher, par elle-même, s'il n'était pas invalidé par l'arrêt d'annulation ». Le rôle du médiateur n'est pas non plus éloigné de celui de la Cour des comptes de ce point de vue, laquelle pratique un contrôle budgétaire externe et dont les décisions ne sont pas non plus liantes (rapp. P.-Y. MONETTE, « Du contrôle de la légalité au contrôle de l'équité : une analyse du contrôle exercé par l'ombudsman parlementaire sur l'action de l'administration », *C.D.P.K.*, 2001-1, pp. 3-30 ; Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 1284-2, p. 12). Au demeurant, un arrêt de suspension rendu par le Conseil d'État sans aborder la question de sa compétence ne confère pas non plus un brevet de légalité pour la suite de la procédure au titre du principe de confiance, lequel concerne l'intervention de l'administration active et non celle d'une juridiction à l'instar des principes d'égalité et de non-discrimination (C.E. [ass. gén.], 6 février 2001, *Missorten*, n° 93.104).

<sup>35</sup> D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *Rev. Dr. ULB*, 2008/37, n° 61, p. 274 et n° 44, p. 262.

d'illégalité »<sup>36</sup>) à peine de violer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel garantit le droit à l'intervention d'un tribunal indépendant et impartial pour juger de toute contestation sur des droits et obligations de caractère civil ainsi que de toute accusation pénale, car le juge amputerait son propre pouvoir d'appréciation.

Est-ce toutefois une raison pour qualifier la recommandation du médiateur institutionnel de « simple indice » d'illégalité ou de légalité, selon le cas, de l'acte administratif, pour reprendre les termes utilisés par la Cour ? À notre sens, il ne s'agit pas d'un simple indice parmi d'autres, mais bien d'un indice de taille dans la mesure où il est institutionnalisé et offre de sérieuses garanties d'indépendance et de qualité. Joint à d'autres indices ou circonstances, il pourrait faire la différence, y compris sous l'angle de la violation suffisamment caractérisée. En outre, comme tout avis émis dans le cadre d'une procédure administrative, il contraint *a minima* l'autorité – ensuite le juge – à motiver sa décision en tenant compte directement de son contenu. Il est regrettable que la Cour ne le souligne pas davantage, point seulement pour valoriser la fonction du médiateur, mais aussi et surtout pour tenir compte du caractère légal, public et officiel de son intervention, lequel impose, à notre estime, un tel devoir de motivation.

16. Il est à cet égard indéniable que le médiateur institutionnel exerce un contrôle de légalité – en plus d'un contrôle d'équité et préalablement à celui-ci – en manière telle que lorsqu'il situe sa recommandation sur le terrain de la légalité ou de l'opportunité, son avis – de même que son interprétation du droit – doit compter au titre de la fonction publique qu'il exerce<sup>37</sup>, au moins autant que la doctrine et la jurisprudence. Le médiateur, aussi, dit le droit.

<sup>36</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux », *C.D.P.K.*, 2001/4, pp. 364-366. À défaut de cet « effet de purge », l'auteur observe que le médiateur invoquant l'équité ne serait qu'un inopportun « tentateur d'illégalité aux gesticulations parfaitement inefficaces » (p. 365). Rapp. B. CAMBIER, F. HANS et D.-H. NGUYEN, « Actualités du contrôle de l'administration par le médiateur institutionnel », in *Actualités du contentieux administratif*, C.U.P., vol. 197, Limal, Anthemis, 2020, nos 58-67, pp. 87-93 ; E. SLAUTSKY, « Recommandations en équité et séparation des pouvoirs : hérésie ou harmonie ? » et M. NIHOUL, « À propos de la recommandation en équité *contra legem* », in *Un médiateur fédéral consolidé pour le 21<sup>e</sup> siècle : des réformes nécessaires ?*, *op. cit.*, resp. pp. 153-179 et pp. 185-190 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Pour une pluralité de médiateurs en droit public », *op. cit.*, p. 262.

<sup>37</sup> Rem. à cet égard, Proposition de décret instituant la fonction de médiateur pour la Communauté germanophone (exposé des motifs), *Doc.*, Parl. germ., sess. ord. 2008-2009, n° 163/1, p. 6 : « Un ombudsman a quasi des tâches de souveraineté / des fonctions de puissance publique. Ce ne sont certes pas des tâches de souveraineté / des fonctions de puissance publique, mais elles en sont très, très proches » (traduction libre).

Une telle reconnaissance du rôle public du médiateur – véritable « point d'accroche avec l'ordre juridique »<sup>38</sup> – est d'autant plus importante que l'art du droit consiste précisément dans l'émergence de règles justes fondées sur les autres disciplines et qu'à travers l'interprétation du droit des règles équitables peuvent voir le jour. Le médiateur est par nature l'acteur principal de cette méthode d'interprétation du droit : « l'interprétation équitable », dans le respect de la légalité. Surtout dans le contexte juridique actuel qui commande de plus en plus de concilier les principes et les règles plutôt que de simplement les interpréter<sup>39</sup>.

Le brevet de légalité ou d'autorité légale dénié par la Cour de justice à la recommandation fait écho à la distinction traditionnelle, voire à l'opposition<sup>40</sup>, qui est faite entre les fonctions de juger et de médier. Le juge décide et ordonne. Pas le médiateur. Et alors ? Cela n'empêche nullement le médiateur d'avoir quelquefois raison avant le juge, parfois même en lieu et place du juge, ce que la doctrine pourrait fort bien observer... L'exercice du pouvoir de décision ne donne pas toujours raison à son auteur, si ce n'est au sens figuré. Décision n'est pas toujours raison, pour le dire encore autrement.

17. Il reste alors à identifier plus concrètement la source de droit que constitue la médiusprudence. Elle ne vise pas seulement les recommandations générales faites par le médiateur dans les rapports qu'il publie ou encore les avis ou propositions de modification des textes de loi. Les recommandations particulières, à l'occasion de réclamations individuelles, même si elles ne sont pas publiques<sup>41</sup>, sont susceptibles d'influencer le

<sup>38</sup> I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa », *op. cit.*, p. 88 : dépourvue de force obligatoire, la recommandation émane d'une autorité habilitée à dire le droit, à l'instar de la recommandation en droit européen.

<sup>39</sup> Pour un exemple récent : [https://www.linkedin.com/posts/federale-ombudsman-mediateur-federal\\_sara-a-re%C3%A7u-une-amende-car-elle-na-pas-voulu-activity-6912746404108984320-L1\\_R?utm\\_source=linkedin\\_share&utm\\_medium=member\\_desktop\\_web](https://www.linkedin.com/posts/federale-ombudsman-mediateur-federal_sara-a-re%C3%A7u-une-amende-car-elle-na-pas-voulu-activity-6912746404108984320-L1_R?utm_source=linkedin_share&utm_medium=member_desktop_web). Un service public ne devrait pas demander des informations qu'il possède déjà. Il doit lui-même veiller à ce que les informations circulent en interne, mais il doit respecter le RGPD si des données personnelles ont été transmises (droit à la limitation des traitements) et les principes de cumul et d'indépendance des polices spéciales en cas de conflits entre elles.

<sup>40</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, « L'équité et la Constitution. À propos de l'avis du Conseil d'État du 20 décembre 2000 sur une proposition de loi modifiant l'article 14 de la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux », *op. cit.*, p. 361.

<sup>41</sup> Elles peuvent le devenir, par exemple lorsque l'autorité n'apporte pas une réponse satisfaisante dans un délai déterminé (art. 15, § 6, accord de coopération entre la Communauté française et la Région wallonne du 3 février 2011 portant création d'un service de médiation commun à la Communauté française et à la Région wallonne), avec un droit de réponse, bien entendu.

juge au moment de trancher une contestation. Elles sont aussi susceptibles d'alimenter les recommandations générales dans le cadre de la même fonction. Elles sont donc aussi source de droit.

En pratique, toutefois, ce sont généralement les rapports et les recommandations générales (parfois les recommandations spécifiques qui portent toutefois plus volontiers sur le fonctionnement des autorités) qui recevront la publicité nécessaire pour mettre en valeur la source de droit<sup>42</sup>.

18. Peut-être le médiateur n'a-t-il pas encore mesuré la « force créatrice du droit »<sup>43</sup> qui est la sienne, c'est-à-dire l'influence et la portée que l'interprétation qu'il propose du droit peut avoir en et sur le droit positif, y compris à travers les réseaux sociaux. Ce n'est pas faute pourtant d'être actif et de susciter, participer ou suivre le travail scientifique en matière administrative dès que l'occasion se présente. La force du médiateur, c'est l'État de droit et les institutions démocratiques qui l'animent, et la force de l'État de droit c'est aussi le médiateur, dans une certaine mesure. La force de la recommandation, c'est celle du médiateur et la force du médiateur, c'est la recommandation.

Peut-être aussi les éditeurs des bases de données juridiques ne contribuent-ils pas encore suffisamment au référencement et donc à la diffusion de l'interprétation équitable du droit.

Peut-être encore le juriste en général n'a-t-il pas encore suffisamment acquis le réflexe de consulter la médiusprudence.

Comme les petites rivières font les grands fleuves, les petites sources font aussi le droit et « [l]a théorie des sources doit [...] rendre compte des "petites" sources, fussent-elles perturbatrices de l'ordre naturel des sources. [...] On les dit dépourvues de force contraignante mais elles ont vocation à produire des effets juridiques ; on les croit descriptives alors qu'elles sont des outils de direction des conduites humaines. Sous tous ces aspects, elles participent de la fabrique du droit.

Mais si elles sont des sources, elles s'intègrent malaisément dans les catégories existantes : elles ne sont ni la loi, ni la jurisprudence, ni la coutume, ni la doctrine. Elles possèdent certains traits que n'ont pas les

<sup>42</sup> Voy. par exemple <https://www.le-mediateur.be/categorie/rapports-annuels.html>. Il est évident que l'internet et les réseaux sociaux contribuent à révéler les sources du droit et à en augmenter la pression en quelque sorte. Voy. déjà M. NIHOUL, « Le Conseil d'État favorise l'accès à sa jurisprudence et au guide légistique par son site internet », *C.D.P.K.*, 2008, pp. 303 à 305 ; M. NIHOUL, « La vie de la jurisprudence constitutionnelle après les mots (réflexions finales sous forme de synthèse) », in *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle révélée*, *C.D.P.K.*, 2010, n° spécial, pp. 409 à 415.

<sup>43</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGD], 1955.

sources traditionnelles. Expression d'un droit réactif, les autorités qui les prennent, déliées de contraintes formelles, les édictent lorsque le besoin s'en fait ressentir et même lorsqu'il est manifesté par l'utilisateur du droit. Expression d'un droit d'en bas, elles s'occupent du détail et ensèrent l'activité humaine dans des marges de plus en plus restreintes »<sup>44</sup>.

Les recommandations du médiateur font parfois figure de « droit recommandé ou proposé » en amont du *hard law*, voire en aval lorsqu'elles sont émises dans le cadre de l'application à un ou plusieurs cas concret(s).

19. Assurément, une assise constitutionnelle conforterait le médiateur institutionnel dans le statut de créateur de droit et serait de nature à crédibiliser la source<sup>45</sup>, certes petite voire secondaire, mais publique et officielle et donc plus consistante ou *hard* que le droit plus mou.

« L'accroche constitutionnelle », cependant, ne fait pas la source à elle seule. Il est donc essentiel que tous les acteurs se mobilisent pour reconnaître<sup>46</sup> dans les actes du médiateur une source de droit à part entière et la valoriser autant que possible, chacun à son niveau et dans son domaine d'intervention, par respect aussi pour l'immense travail de qualité fourni par chaque médiateur institutionnel au quotidien. Ce n'est ni trop embrasser ni mal étreindre<sup>47</sup>.

20. Il peut alors être conclu sous forme d'incantation.

Au droit médiateur !

Au droit du médiateur !

Et longue vie à la médiusprudence !

<sup>44</sup> St. GERRY-VERNIÈRES, « Les "petites" sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », *op. cit.*, p. 596.

<sup>45</sup> Rappr. Proposition de révision de l'article 28 de la Constitution de A. DU BUS DE WARNATTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2062/1, p. 3 : « Il recommande mais ne décide pas. Or son efficacité décisionnelle ne dépend pas uniquement du charisme des médiateurs et de leur capacité de persuasion mais aussi de sa crédibilité institutionnelle tant à l'égard des autres institutions qu'à l'égard des citoyens et des autorités administratives ».

<sup>46</sup> Rappr. Ph. GÉRARD, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », in *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 4, pp. 19 à 49. La reconnaissance de la source de droit est résolument plurielle.

<sup>47</sup> I. HACHEZ, « La *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », in *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 4, pp. 539 à 586.