

COMMENT AFFRONTER UN OXYMORE ?

*Réflexions sur l' « instance de médiation » de l'art. 115 de la Constitution genevoise,
observations et propositions sur le projet de loi l'instituant (PL 11276)*

(Note en vue de la séance de la Commission législative du 28 février 2014)

Jean A. Mirimanoff¹

Préambule

1. L'OUVERTURE DE LA CONSTITUANTE A LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS (RAD)

1.1. Une double initiative

1.2. Des finalités différentes

1.3. Art.115 Cst : une nécessaire adaptation

1.4. Art. 120 Cst : une nécessaire application de la législation en vigueur (annexe)

1.5. Un oxymore né du hasard, ou de deux erreurs

1.6. Les choix ouverts pour le législateur : entre la clarté et l'oxymore

1.7. Un choix non motivé et réversible

2. LE DEFENSEUR DES DROITS DANS LE PL 11276

2.1. Définition et philosophie : une institution étatique

2.2. Tâches

2.3. Déontologie

3. LE MEDiateUR DANS LE PL 11276

3.1. Définition et philosophie : une institution privée ou étatisée ?

3.2. Tâches

¹ ©Médiateur assermenté, ancien juge au tribunal, membre de l'*IMI Standards Committee* (La Haye) et de la commission de préavis en matière de médiation civile et pénale (Genève), cofondateur de la section suisse du GEMME, et ancien conseiller juridique au CICR, www.mediationgeneve.com. La Fiche d'entretien No 6 du 5 février 2013 (PL 11276 p.51/92) ne reflète pas la principale recommandation faite par l'auteur consistant à ce que le PL établisse clairement le départ entre le volet « défenseur des droits/ombudsman » et le volet « médiateur », ce qui fera l'objet de la présente note.

3.3. Déontologie

4. METHODOLOGIE

4.1. une distinction possible

4.2. une distinction nécessaire

4.3. Une distinction utile pour le citoyen et l'Etat

4.4. Deux hypothèses de travail

5. PROPOSITIONS d'AMENDEMENTS

ANNEXE :

note sur « le non fonctionnement de la médiation en matière civile du 31.12.2013, Le grand Conseil peut-il accepter que sa législation ne soit pas appliquée ? » Document envoyé à la commission des finances du grand Conseil, avec copie aux membres du Bureau

* * *

Préambule

Avec beaucoup d'enthousiasme les législateurs des pays d'Europe ont, depuis quelque deux décennies, individuellement puis au sein des institutions comme le Conseil de l'Europe² et l'Union Européenne³, ouvert progressivement la porte aux membres d'une famille que l'on appelle la justice ou la résolution amiable, consensuelle ou participative (RAD), par opposition à la justice imposée que représentent les procédures étatiques et arbitrales. Parmi les principaux modes amiables on compte les diverses formes de négociation⁴, de médiation⁵, de conciliation⁶ et d'offices (service/bureau) de défenseur des droits ou protecteur du citoyen (en scandinave, puis en anglais et en allemand : *ombudsman*⁷), sans compter des modes hybrides⁸. Ils ont été soit formellement introduits dans les codes de procédure ou des lois spécifiques et parfois élevés au niveau constitutionnel, soit admis

² Le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs résolutions sur la médiation familiale Rec. (Rec. 98) 1, sur la m. en matière pénale Rec. (99) 19, sur les modes alternatifs en matière administrative Rec. (2001) 9, sur la m. en matière civile Rec. (2002) 10, et 3 Lignes Directrices pour en assurer la mise en œuvre CEPEJ (2007) No 13 à 15, www.coe.int

³ L'UE a adopté deux Directives avec leur Règlement, le 21 mai 2008 sur certains aspects (transfrontaliers surtout) de la m. civile et commerciale, et le 13 mai 2013 sur la m. en ligne en matière de protection des consommateurs

⁴ Positionnaliste, raisonnée, collaborative, coopérative, etc.

⁵ Avec 3 approches principales : facilitative, transformative et estimative

⁶ Traditionnelle avec son syllogisme judiciaire, ou la « nouvelle conciliation judiciaire » fondée sur la recherche des intérêts

⁷ En matière administrative : voir F. Bellanger et A. Gavillet, *Le règlement amiable des différends en matière administrative*, FJS No 916 ; A. Overnay, *La médiation en matière administrative*, in : Jean A. Mirimanoff, La

implicitement dans l'ordre juridique libéral, qui n'en a pas limité les pratiques par un *numerus clausus*⁹.

Cet élan n'a pas toujours été accompagné de la réflexion nécessaire, la motivation des législateurs reposant parfois plus sur l'urgence à venir en aide à la justice étatique, surchargée ou inadaptée, que sur le dessein d'offrir une palette de résolutions recommandées pour leur qualités intrinsèques et bien ajustées à leurs objectifs.

Il s'en est suivi une lente progression¹⁰ des modes qui n'étaient pas connus ou oubliés, comme la médiation¹¹, avec une grande méconnaissance sur le plan des concepts au sein tant du public que des praticiens, entraînant à son tour méfiance ou rejet de la part des acteurs concernés, grand public compris. **Cette confusion s'est manifestée jusqu'au sein des législations nationales, en particulier entre trois modes : la conciliation, la médiation et les offices du défenseur des droits. Or ces incertitudes sont néfastes pour les citoyens et les entreprises, parce qu'elles compliquent, grippent ou pervertissent le fonctionnement même de ces modes**¹².

Ainsi des erreurs apparaissent ici ou là, avec des corrections plus ou moins rapides dans le temps. La France, par exemple, a renoncé à nommer « médiateur » de la République ce que les pays scandinaves, anglophones et germanophones appellent *ombudsman*¹³. C'est ce genre de problématique qu'il convient d'aborder ici, et – si possible – de résoudre dans la clarté.

Dans cette note seront passés en survol la genèse des résolutions amiables dans notre constitution (aux art. 115 et 120) (I), le volet « défenseur des droits » tel qu'il apparaît dans le projet de loi d'adaptation (PL11276) (II), le volet strictement « médiateur » tel qu'il se cache dans ce texte (III), pour imaginer la méthodologie propre à apporter la clarté (IV), en formulant quelques propositions concrètes allant dans ce sens, en guise de conclusions (V). Les présentes lignes ne concernent donc pas l'art. 120 Cst GE, qui avait déjà fait l'objet d'une note distincte, en annexe.

1. L'OUVERTURE DE LA CONSTITUANTE A LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS

1.1. Une double initiative

La Constituante a innové dans de nombreux domaines, et en particulier en

Médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du 3^e millénaire, Helbing, Bâle, 2011, et en matière civile : S. Vigneron-Maggio-Aprile, *Le règlement amiable des différends en matière civile et commerciale*, FJS No 918

⁸ Voir note 7

⁹ Le CPC, par exemple, ne traite pas du tiers facilitateur/ombudsman, qui existe en matière civile dans le domaine bancaire, des assurances, des voyagistes, etc., voir note 7 S. Vigneron-Maggio-Aprile

¹⁰ La médiation en matière civile a été introduite dans le CPC français en 1995, et aujourd'hui encore probablement moins de 3 % du contentieux en matière familiale, civile et commerciale lui est référé ; voir notre note en annexe pour Genève

¹¹ Voir Jean A. Mirimanoff, *L'universalité de la médiation*, in : Actes de la Conférence Franco-Russe sur la médiation, Moscou, septembre 2010, in www.gemme.eu et www.mediationgeneve.com

¹² Voir note 21

¹³ Voir PL 11276, p.11/92, ad art. 4 par.2

introduisant deux articles sur la résolution amiable des différends. L'un, l'actuel art. 115, provenait de sa propre initiative, et retenait initialement le terme d'*ombudsman*, tandis que l'autre, l'actuel art. 120, est issu d'une initiative du GEMME-Suisse soutenue par le Groupe de Contact pour la Résolution Amiable des Différends (GC RAD GE)¹⁴, dont le texte initial a été simplifié¹⁵.

1.2. Des finalités différentes

Service du défenseur des droits (*ombudsman*) et processus de médiation, ces deux modes ont des objectifs, des caractéristiques, des approches, des outils et – *last but not least* – des règles de déontologie propres. Ceci d'ailleurs d'une manière générale, également en matière civile¹⁶.

En matière administrative, dans les relations entre administration et administrés, le médiateur et le défenseur des droits (ou protecteur du citoyen¹⁷) ont des missions dont les finalités sont à la fois complémentaires et différentes. **Les appeler du même nom serait une source constante de confusion et de *qui pro quo***, déjà dans ces débats.

Ces deux aspects sont bien mis en lumière par le Professeur François Bellanger :

« La médiation fait intervenir dans le différend entre les parties un tiers, le médiateur, qui facilite la communication entre celles-ci. Le médiateur est en principe une personne extérieure à l'administration ou au système judiciaire et ne peut intervenir que lorsque toutes les parties y consentent, ce qui implique que sa mission cesse à partir du moment où l'une des parties renonce à la médiation. De plus, son rôle se limitant à amener les parties à trouver une solution au litige, il doit rester neutre et ne peut conseiller les parties sur le fond ou disposer d'un pouvoir de décision... »

L'ombudsman est un surveillant de l'administration, intervenant sur demande de l'administré ou de son propre mouvement. Il exerce, en plus de son rôle de surveillance, la mission générale de faciliter le dialogue entre l'administration et l'administré.»¹⁸

La Constituante a donc agi de manière judicieuse en traitant de manière séparée ces deux situations, celle du défenseur des droits à l'art.115 Cst, dont le titre initial avant l'AP employait le terme « *ombudsman* ».

Et celle de la médiation à l'art. 120 dont la teneur est :

« L'Etat encourage la médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaire des litiges. »

1.3. L'art. 115 Cst : une nécessaire adaptation

L'art.115 Cst demande incontestablement une législation d'adaptation, puisque jusqu'à présent les tâches d'un défenseur des droits n'avaient pas été prévues et fixées de manière générale pour

¹⁴ Le GC RAD GE était représenté par Me Ch. Imhoos et l'auteur de ces lignes

¹⁵ Voir Jean A. Mirimanoff (éd.), *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, Helbing, Bâle, 2011, p.32 et note 77

¹⁶ Voir note 7, S. Vigneron

¹⁷ Au féminin « Défenseure » (comme professeure) et « Protecteure » (comme procureure)

¹⁸ Voir note 7, F. Bellanger *et al.*

l'ensemble du canton. Il sied de rendre hommage au travail de grande qualité, complet et accompli en un temps record par le DSE, le PL 11276 donnant de riches informations en droit et en pratique comparés. Les aspects ayant trait au défenseur des droits dans le PL s'en inspirent largement et n'appellent que peu d'observations.

En revanche la question de savoir pourquoi les tâches du médiateur ont fusionné avec celles du défenseur des droits ne reçoit pas le commencement d'une explication, si ce n'est que « *les travaux de la Constituante apportent peu d'éléments quant à la concrétisation de cette disposition* »¹⁹. C'est un peu court. L'étude du professeur Bellanger²⁰ relève qu'en Suisse dans deux cantons, Bâle-Campagne et de Zurich, les ombudsmans n'ont pas de compétence de médiation, alors que c'est le cas dans les cantons de Vaud et à Zoug. **Pourquoi avoir choisi un modèle plutôt qu'un autre, sans avoir procédé préalablement à une nécessaire pesée des intérêts? Choix sans examen des incompatibilités entre les deux rôles et sans mesures pour les régler dans la loi, et non après-coup**²¹. C'est la seule faiblesse du PL 11276, mais elle n'est pas sans importance pour le bon fonctionnement de cette institution. Il appartiendra donc à la Commission législative de s'y pencher, et de trouver des solutions que l'on peut déjà pressentir et esquisser sans entraîner de grand retard dans l'adoption du texte.

1.4. L'art. 120 Cst : une nécessaire application de la loi en vigueur

A l'opposé, la législation en vigueur dans notre canton en ce qui concerne la médiation en matière civile et – dans une moindre mesure en matière pénale – existe déjà. Elle a été développée depuis l'instauration de la médiation pénale en 2001 et de la médiation civile en 2004. Depuis lors, le législateur genevois a eu encore l'occasion de peaufiner son travail avec la commission « Justice 2011 », qui a contribué à doter notre canton d'une législation des plus développées de Suisse. Le seul problème est qu'elle n'est pas appliquée, et ceci de manière délibérée. Ce problème, qui n'est pas (encore) à l'ordre du jour de la commission législative, a été soumis à la bienveillante attention de la commission des finances et du Bureau du grand Conseil, saisis d'une note figurant en annexe.

En revanche, notre législateur n'avait pas eu à se pencher jusqu'à présent sur un projet de médiation en matière administrative, l'idée ayant soulevé une levée de boucliers au sein du tribunal administratif à l'époque. Il était donc nécessaire et judicieux de la part du DSE d'avoir repris le flambeau avec le PL 11276 et l'on ne peut que s'en féliciter, tout en regrettant son approche un peu timide et gauche et la limite artificiellement posée à l'art. 10 al 5 par rapport au droit comparé. On aura donc compris que ce n'est pas l'introduction de la médiation administrative dans le projet qui fait problème pour l'auteur de ces lignes, mais la manière – fusionnelle et restreinte- dont elle a été réalisée.

¹⁹ Voir note 13

²⁰ Voir note 7

²¹ Confrontés à semblable situation, les médiateurs du Conseil de l'Europe se sont pragmatiquement répartis entre eux les tâches d'ombudsman à l'un et de médiateur à l'autre, pour éviter d'être confrontés à des dilemmes d'ordre déontologique (neutralité, confidentialité et indépendance) ; information aimablement communiquée par Mme Béatrice Brenneur, médiatrice au Conseil de l'Europe. Avec une seule personne, comment faire ?

1.5. Un oxymore né du hasard, ou de deux erreurs

Un oxymore est une alliance de mots dont le sens est opposé ou « *une figure de style qui vise à rapprocher deux termes que leur sens devraient éloigner, dans une formule en apparence contradictoire* »²². Une « **instance de médiation** » représente sans doute le premier oxymore à avoir été introduit dans le monde juridique. Selon le « Littré²³ » une instance est le

« *Nom qu'on donne à tout procès où il y a demande et défense. L'instance était pendante à tel tribunal. Former une instance* ».

Le procès se termine, chacun le sait, par un jugement. Or la médiation se distingue du procès de multiple manière²⁴. Pour l'essentiel en ce qu'elle ne donne pas lieu à un jugement, et ne procède pas à la démarche du juge ou de l'arbitre : le syllogisme judiciaire. **Le médiateur se voue, par la gestion de la communication et de la négociation, à la recherche des intérêts profonds des parties.** L'introduction - fort regrettable - d'un oxymore au niveau constitutionnel est issue de deux erreurs. La première fut d'avoir choisi le terme d' « *ombudsman* », qui est contesté dans une partie du monde francophone, soucieuse de préserver la pureté de la langue française. La seconde consista à se rabattre sur le terme de « médiation », probablement faute de connaître l'existence des termes adoptés dans les pays francophones partageant ce même souci, en particulier en France (*Médiateur de la République* a été remplacé par *Défenseur des droits*²⁵) et au Québec (qui préfère le mot *Protecteur du Citoyen*²⁶).

1.6. Les choix ouverts au législateur : entre la clarté et l'oxymore

Le législateur, dans un Etat de droit, est censé s'efforcer de rédiger les lois dans la clarté, afin que dans leur application elles posent le moins de problèmes possibles. Ainsi la terminologie erronée ne lie pas – à notre avis – le législateur ; ce qui compte c'est de respecter l'esprit qui a animé les travaux de l'Assemblée constituante. Aussi préconiserons-nous de **remplacer dans le titre et dans le texte du PL l'oxymore « instance de médiation » par les termes « défenseur-e des droits » (ou office de protection du citoyen) et celui de médiateur ou médiation par « défenseur-e des droits » (ou protecteur-e du citoyen) , qui sont synonymes et tous deux linguistiquement corrects**, et de réserver celui de médiateur au tiers qui en exerce la médiation.

1.7. Autres objections à un choix non motivé et réversible

Autre difficulté : sous le terme inexact de médiation, le PL a, en sus, doté le/la défenseur-e des droits de la compétence de médiation, comme dans le canton de Vaud.

²² Wikipedia, l'Encyclopédie libre, précise encore que l'oxymore exprime ce qui est inconcevable, il rend compte de l'absurde

²³ Dictionnaire de la langue française, volume 3, page 3250,

²⁴ Voir *op. cit.* note 15, p. 65

²⁵ Fiche 16, PL 11276, p. 67/92

²⁶ Fiche 14, PL 11276, p.63/92

A notre avis le choix d'avoir fusionné les deux rôles n'est pas heureux. Il n'est pas motivé, on l'a vu. Au sein de l'Organisation de la Francophonie les deux institutions ont été reconnues²⁷. Pourquoi ne pas en suivre l'exemple ?

Qui plus est, il y a d'autres raisons encore qui militent en faveur de la distinction entre les deux fonctions :

a) d'efficacité

Le volume des charges du médiateur administratif, selon l'art. 1 Buts, lettres a et b, embrasserait « *les différends entre l'administration et les administrés* » avant la saisine du tribunal administratif, selon l'art. 10 al 5. On peut tenter par recoupement une estimation du volume de travail. Selon le compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2012, ch.2.8, p.45, le tribunal administratif de première instance gère 3391 dossiers. Si l'on prévoit que seulement 5 % de ce contentieux peut représenter potentiellement les dossiers « médiables », la charge annuelle serait de 169 dossiers au moins, ou 14,25 par mois²⁸. Une charge lourde qui s'ajouterait à celles découlant de l'art. 1 lettres c à f, probablement **ingérable pour une seule personne**. Comme la compétence selon l'art. 10 al. 5 se situe *en amont du contentieux du TAPI*, cela signifierait en pratique un nombre encore plus grand de dossiers.

b) de coût

Au vu de ce qui précède il y aurait lieu alors de prévoir un deuxième poste à l'art. 4, ce qui n'est pas souhaitable en raison des conséquences financières qui en résulteraient dans le contexte de la contrainte budgétaire de l'Etat.

c) de philosophie politique

La question de l'étatisation de la fonction de médiateur en matière administrative est aussi implicitement posée par le PL 11276. Il appartient au législateur d'en décider. Il serait toutefois paradoxal d'avoir en matière pénale des médiateurs indépendants inscrits au tableau officiel, et en matière administrative un médiateur fonctionnaire. Pourquoi ? Le recours à des médiateurs indépendants représenterait, de surcroît, une économie pour l'Etat.

d) de déontologie

Plusieurs principes de la médiation sont mis à mal, voir écartés par le PL :

--Le **principe de neutralité** est incompatible avec l'art.8 al 5 prévoyant que le médiateur « *conseille les personnes* » et l'al 6 prévoyant que le médiateur « *émet des avis et des recommandations* », ou encore procède à des enquêtes selon l'art. 10. Toutes ces tâches sont bien celles d'un défenseur des droits (ombudsman), non d'un médiateur.

²⁷ Fiche 17, PL 11276, p.69/92

²⁸ Soit une semaine par mois, si l'on compte une demi-journée par dossier, ce qui paraît juste suffisant

-Le **principe de confidentialité** n'est pas compatible avec l'art. 13, qui le contredit manifestement

-Le **principe d'indépendance** est discutable, puisque le médiateur étatique serait rémunéré par l'Etat, proche de l'administration, alors que l'indépendant l'est par toutes les parties.

e) d'opportunité vis-à-vis du public

La médiation rencontrant de nombreuses difficultés tenant à sa méconnaissance du public et des acteurs du contentieux, la fusion des rôles proposée par le PL 11276 ne ferait que contribuer à la confusion. Cela serait d'autant plus regrettable qu'à ce jour l'Etat n'a encore presque rien entrepris pour informer le public sur la médiation, comme l'y invitent depuis sept ans déjà les Lignes Directrices du Conseil de l'Europe²⁹.

L'ensemble de ces raisons militent, encore une fois, **pour introduire dans la loi le partage des tâches entre une section consacrée à l'office du défenseur des droits (ou à l'office du protecteur du citoyen), et une autre consacrée au médiateur en matière administrative, ou dans une loi distincte sur la médiation pénale administrative.**

La première reprendrait le PL rattaché au système de l'Etat (selon les art. 4 ss), soit presque tout le texte actuel qui concerne le défenseur des droits (sauf les art.1 lettres a et b, 8 al 5,13 al 2 qui évoquent des tâches de la compétence de la médiation), la seconde traiterait de la médiation en matière administrative, avec des médiateurs indépendants, assermentés selon le modèle en vigueur en matière civile et pénale.

2. LE/LA DEFENSEUR-E DES DROITS DANS LE PL 112276

2.1. Définition et philosophie

Le système défini par le projet n'appelle pas de remarques particulières, et se situe – sous réserve du nom et de certaines fonctions – dans le cadre traditionnel des offices de défenseur-e des droits (*ombudsman*) que l'on connaît en Europe. Relevons un point original : sa saisine pourrait-être faite – semble-t-il à l'art. 9 - aussi par l'administration (?). Le caractère étatique de la fonction est général en Europe en matière administrative, et le mode d'élection proposé ici assure une indépendance suffisante au défenseur des droits³⁰.

2.2. Tâches

Le *but* poursuivi est celui d'assurer une surveillance de l'administration, en particulier de maintenir, de rétablir ou de développer de bonnes relations entre l'administration et les administrés. Le titre de l'art. 1 pourrait être alors *Tâches* ou *fonction*.

Or le texte actuel dote le/ la défenseur-e des droits des tâches qui ne sont pas les siennes, mais de la compétence de la médiation. Celles des art. 1 lettres a et b, 8 ch.5 et 13 al 2. Il est inopportun de les maintenir pour les raisons développées plus haut (efficacité, coût, déontologie, etc.).

²⁹ CEPEJ Lignes Directrices (2007) No 13, 14 et 15

³⁰ Le système appliqué au médiateur poserait problème sur le plan de son *indépendance interne*

2.3. Déontologie

Il incombera au Conseil d'Etat de l'inclure dans un règlement des règles applicables aux défenseurs des droits, étant rappelé que les principes ne sont **pas les mêmes que celles des médiateurs (en particulier pour la neutralité, l'indépendance et la confidentialité)**.

3. LE MEDiateUR (caché) DANS LE PL 11276

3.1. Définition et philosophie

En droit comparé il existe bel et bien des activités « classiques » de médiateur en matière administrative distinctes de celles du défenseur des droits, activités qui permettent en particulier à l'administration et à l'administré de recourir à la médiation lorsque l'ordre public et la loi n'y font pas obstacle et dans les cas qui s'y prêtent. Et de prévoir que le juge administratif puisse la recommander, comme son collègue pénal ou civil ; ainsi l'art. 10 al 5 qui se justifie pleinement pour le/ la défenseur-e des droits ne l'est plus pour le médiateur administratif.

La question de son statut – privé ou fonctionnarisé – a déjà été examiné plus haut.

3.2. Tâches

Le médiateur en matière administrative est aussi un gestionnaire de la communication et de la négociation, et par sa maïeutique il tentera de faire émerger ou découvrir aux parties leurs intérêts.

3.3. Déontologie

Les principes fondamentaux de la médiation³¹ s'appliquent aussi dans ce cas. Il serait adéquat dans le texte qui serait complété de s'inspirer de ce qui a été décidé en matière civile et pénale à ce sujet³² étant rappelé aussi que c'est la commission législative de l'époque qui avait invité les auteurs du PL sur la médiation civile à présenter un système de surveillance de la profession.

4. METHODOLOGIE

4.1. Une distinction possible

La distinction s'opère par et pour la clarté sur le plan des concepts et de la terminologie, comme proposé. La clarté aisément rétablie, il s'ensuit tout naturellement qu'en traitant en 2 sections (ou lois) distinctes de la situation du/ de la défenseur-e des droits et du médiateur en matière administrative, les difficultés actuelles provenant du mélange des genres auront disparu.

4.2. Une distinction nécessaire

On a vu plus haut que sans cette distinction des difficultés de toutes sortes ne manqueraient pas de se produire, en particulier sur le plan de la déontologie et de la pratique (neutralité, indépendance et

³¹ Humanité, impartialité (multipartialité), liberté, responsabilité, indépendance, neutralité, absence de pouvoir (humilité) et confidentialité (autrefois : non préjudice) ; voir note 15, *op. cit.* p.13 à 23

³² Par exemple prévoir la mise en œuvre (voir art.71 A aLPC), la suspension de la procédure, l'homologation, etc. ; voir aussi *op.cit.* note 7

confidentialité). Or cette dernière est la clef principale pour établir la confiance, laquelle engendre les confidences. L'expérience enseigne que sans confidentialité les parties craignent de se livrer, raison pour laquelle le « principe de non préjudice » avait été imaginé il y a plus de deux siècles déjà.

4.3. Une distinction utile pour les citoyen-ne-s et pour l'Etat

La médiation administrative tarde à être introduite dans notre canton, pourtant l'un des plus avancé en Suisse en matière de résolution amiable des différends **sur le plan législatif**. L'adoption du PL 11276 présente une bonne opportunité pour combler notre retard. Le sujet étant « à cheval » sur les art. 115 et 120, il est de la compétence du législateur d'en compléter l'initiative du DSE en cassant la barrière de l'art. 10 al 5 du projet actuel.

Pourquoi encore légiférer en matière de médiation administrative? Parce que l'inclusion de la médiation administrative dans l'ordre juridique de notre canton - qui s'inscrit dans la prolongation de l'art 33 b Cst fédérale sur le plan national - permettra avant tout à nos concitoyen-ne-s et à nos entreprises de disposer d'un moyen plus rapide, plus efficace (sur mesure) et moins coûteux que la procédure administrative, **chaque fois que l'ordre public et la loi n'y feront pas obstacle et que la nature du litige s'y prête**. Le mode d'enclenchement – fondé sur le caractère volontaire du processus de médiation – sera l'initiative des parties ou du tribunal, et la mise en œuvre du processus dépendra bien entendu de l'acceptation de toutes les parties, administration comprise.

La loi permettra aux citoyens et aux entreprises de réduire leur coût de procédure, et représentera aussi une source d'économie pour les finances de l'Etat. Dans la mesure bien sûr où cette nouveauté ne subirait pas le même sort que la médiation judiciaire en matière civile : être enterrée...

4.4. Deux hypothèses de travail

Le choix qui se pose pour la Commission législative est le suivant :

- garder dans la loi les deux modes : office du défenseur des droits et médiation en matière administrative en les réaménageant en deux sections séparées (la première pouvant reprendre la quasi totalité du texte actuel, voir dessous),
- renoncer à inclure dans la loi la partie « médiation » ou – ce qui reviendrait probablement au même-
- renvoyer cet aspect à plus tard, avec une loi distincte sur la médiation en matière judiciaire.

La décision en appartient au législateur, la première variante emportant notre préférence.

5. PROPOSITIONS D'AMENDEMENTS

Il sied de rendre hommage au travail - dans son ensemble de grande qualité - accompli dans un temps record par le DSE, le texte du PL 11276 pouvant être maintenu dans sa quasi-totalité, car il s'inspire largement des acquis du droit et de la pratique des Etats avancés en matière de résolution amiable des différends. Les aspects concernant les tâches essentielles du/ de la défenseur-e des droits y sont bien définis. Cependant trois aspects du texte posent des problèmes non négligeables mais qui peuvent facilement être résolus :

1^e proposition :

Abolir l'oxymore. Remplacer dans le titre et le texte de la loi les termes « instance de médiation » et « médiation » par :

- service du/ de la défenseur – e des droits, ou
- office du/ de la protecteur-e du citoyen.

2^e proposition :

Maintenir dans le PL l'ensemble des tâches spécifiques du/ de la défenseur-e des droits et en retirer celles sont de la compétence de la médiation (au sens exact du terme) soit :

- l'art. 1 lettres a et b
- l'art.8 al 5
- l'art.13 al 2.

3^e proposition :

Maintenir et développer (en s'inspirant de l' aLPC sur la médiation civile et de ses renvois à la LOJ mais en l'adaptant au contexte administratif) les mécanismes de la médiation en matière administrative, mais sans la limite actuelle de l'art. 10 al 5 :

- soit dans une deuxième section de la loi (dont le titre serait *médiation en matière administrative*),
- soit dans une loi séparée, avec les risques inhérents à cette opération.

En substance, le rôle du / de la défenseur-e des droits resterait dans la sphère publique, comme proposé, tandis que celui de la médiation en matière administrative serait attribué à la sphère privée, comme en matière pénale et civile, avec les mêmes garanties sur le plan de la déontologie, des conditions d'inscription et de maintien au tableau officiel, et des sanctions.

* * * * *

