

# MÉDIATION ET FONCTION MILITAIRE : ESSAI DE SYSTÉMATISATION

par

**Michèle GUILLAUME-HOFNUNG**

*Professeur à l'Université de Strasbourg III*

La médiation intervient-elle dans la régulation du milieu militaire ? Une telle question impose la méthode à suivre. La mention à titre liminaire de la définition sommaire du concept de référence, la médiation, clarifiera la question, et éclairera la réponse ultérieure.

Elle guidera en particulier la sélection menée, dans une première partie pour isoler l'objet de l'étude.

La confrontation, dans une deuxième partie, des échantillons retenus, au concept de référence, approfondi à cette occasion, amènera à préférer le terme *ombudsman* à celui de médiateur militaire.

Il conviendra de conserver tout au long de l'étude un "doute cartésien" à l'égard des qualifications textuelles, et se départir d'une routine terminologique qui serait source d'*incompréhension et d'a priori* : le terme médiateur lorsqu'il est utilisé par les pouvoirs publics français ne correspond pas toujours à une mission de médiation, mais plutôt de conciliation, ce qui aurait dû conduire à appeler conciliateur, l'agent ou l'autorité investis d'une telle mission.

Pour éviter toute équivoque, il convient de souligner la véritable différence de nature entre le phénomène de médiation, surgi spontanément de la base de la société et investissant tous les champs de la vie sociale, en dehors de toute initiative étatique, et ce que les juristes entendent, sur la base de qualifications textuelles postérieures, par "*médiateur*" et "*médiation*". Il y a loin entre la qualification textuelle et la pratique massive et quotidienne de la médiation,

largement citoyenne et non institutionnelle. C'est cette médiation citoyenne qui servira de référence (notamment pour la définition qui va suivre) en raison de son antériorité et de son ampleur, et non la médiation institutionnelle, avatar de la conciliation.

Quant au Médiateur de la République, pour respecter le titre qu'il se donne volontiers d'"*ombudsman à la Française*"<sup>1</sup>, ce que la doctrine admet généralement, il relèvera des développements relatifs à ce terme.

"Globalement la médiation se définit avant tout comme : un mode de construction et de gestion de la vie sociale grâce à l'entremise d'un tiers, neutre, indépendant, sans autre pouvoir que l'autorité que lui reconnaissent les médiés qui l'auront choisi librement"<sup>2</sup>.

Par un effet de mode, les termes médiation et médiateur subissent un engouement qui met à l'épreuve leur rigueur terminologique et qui surtout les réduit à des instruments de résolution non juridictionnel des conflits. Mais même dans ce cadre restreint, qui laisse de côté les trois autres missions de la médiation<sup>3</sup>, la médiation peut se distinguer des modes alternatifs et le médiateur, de l'*ombudsman*.

A s'en tenir au rôle de résolution des conflits que peut assurer la médiation, il faut pour établir l'existence ou l'absence de médiation

1 M. Jacques Pelletier, Médiateur de la République, "Le médiateur, ombudsman à la française", conférence à l'*Institut International d'Administration Publique* du 13 juin 1996.

2 Michèle Guillaume-Hofnung, "La Médiation", *Que-sais-je ?* n°2930, P.U.F. 1995, p. 74.

3 *idem*, p. 71 et s.

en milieu militaire commencer par détecter les institutions ou les systèmes qui seraient susceptibles de la pratiquer :

## I. SÉLECTION ET PRÉSENTATION DES HYPOTHÈSES A DISCUTER

Elle nécessitera plusieurs étapes. L'observation et la classification des institutions et des systèmes de traitement des réclamations émises par les militaires fourniront les éléments de la discussion. La présentation dans un article précédent du Commissaire du Bundestag à la défense, (le W.B.)<sup>4</sup> a déjà amorcé cette étape en permettant de prendre connaissance d'un système très élaboré, si ce n'est transposable, de régulation non seulement des rapports au sein de l'armée, mais entre l'armée et la Nation. La poursuite de l'étude comparée du système de traitement des réclamations au sein de l'armée dans quelques pays va permettre de mesurer l'extrême diversité, voire l'hétérogénéité des systèmes de traitement de ces réclamations, rendant nécessaire une étape de sélection pour éliminer les causes les plus évidentes d'hétérogénéité entre les illustrations présentées. En effet parmi les exemples recueillis certains ne peuvent de toute évidence se rattacher à la médiation. Une fois la sélection opérée il faudra présenter les systèmes retenus en vue d'une confrontation ultérieure au concept de médiation.

### 1.1. Sélection

La plupart des pays offrent aux soldats (terme simplificateur qui ne tient pas compte des différences entre les appelés, les réservistes et les militaires de carrière) de multiples voies de recours, en général non exclusives les unes des autres. On peut globalement affirmer que tous les soldats ont accès au recours hiérarchique, au recours juridictionnel tant civil que pénal, et aussi souvent à des organes consultatifs. A ce dispositif s'ajoute souvent la possibilité de s'adresser à un *ombudsman* (parfois appelé commissaire parlementaire) spécialisé ou non. L'hétérogénéité des missions, des statuts des institutions chargées de traiter les réclamations ainsi que l'hétérogénéité des

procédures de traitement et des résultats ressort de ce rapide tableau. Mais ce constat de radicale hétérogénéité se schématise aisément : d'un côté l'*ombudsman* (ou ses équivalents nationaux) de l'autre le reste. Une telle sélection résulte de la nature des choses, en effet "... le modèle de l'*ombudsman* classique n'a rien à avoir avec les différents organes de traitement des plaintes ... dont le responsable se trouve placé sous l'autorité de l'exécutif"<sup>5</sup>. Cela conduit à procéder à des éliminations pour ne pas travailler sur des systèmes de toute évidence trop éloignés du concept de médiation même sommairement exposé.

Il faut de toute évidence exclure du champ de la discussion les modes juridictionnels de traitement des recours des militaires. Bien que les deux soient des tiers impartiaux, le médiateur n'est jamais confondu avec le juge. Le juge a le pouvoir de trancher, de dire le droit, le médiateur n'a jamais ce pouvoir.

Il est aisé d'exclure aussi le recours hiérarchique, car le supérieur n'est à aucun titre un tiers dépourvu de pouvoir.

A mi-chemin, un certain nombre de systèmes étrangers témoignent d'une recherche d'assouplissement du traitement des réclamations émanant des militaires. C'est le cas du système canadien mis en place par les articles 19-26 et 19-27 de l'ordonnance applicable aux forces canadiennes dans sa rédaction de 1994, qui organise un système de redressement des griefs reposant sur une autorité arbitrale. Il s'agit cependant d'un système hiérarchique aménagé, l'autorité arbitrale étant "*un commandant, une commandant de formation, le Chef d'état-major de la défense ou le ministre de la Défense nationale.*"

Le modèle de l'Inspecteur général utilisé aux États-Unis constitue aussi un système intermédiaire intéressant qui a fait l'objet d'une étude dans un numéro précédant de cette revue, l'Inspecteur général joue "*un rôle du bureau des réclamations*"<sup>6</sup> mais se ramenant néanmoins à un système interne et donc de ce fait inassimilable au médiateur. A

<sup>4</sup> Michèle Guillaume-Hofnung. "Le Commissaire du Bundestag à la défense", *Revue Droit et Défense*, n° 95/3 p. 4-14.

<sup>5</sup> Donald C. Rowat, "Pourquoi un ombudsman parlementaire ?". *Revue française d'administration publique* n°64 p. 569.

<sup>6</sup> John J. Siemietkowski, "Options de recours pour les militaires américains", *Revue Droit et Défense*, n°95/4, p. 41 et s.

ce stade de la sélection il ne reste en première approximation que l'*ombudsman* (ou le commissaire parlementaire) qui puisse être confronté au médiateur et à la médiation.

## 1.2. Présentation

Pour préparer la discussion menée dans la deuxième partie, il faut présenter les modèles de régulation faisant intervenir l'*ombudsman* dans le milieu militaire. On ne peut parler d'*ombudsman* en bloc :

- Le modèle classique de l'*ombudsman* est l'*ombudsman* parlementaire. Ceci devrait conduire à ne pas étudier le commissaire israélien aux plaintes des soldats qui est interne à l'armée. Comme il remplit les autres caractéristiques de l'*ombudsman* et qu'il bénéficie d'une incontestable indépendance par rapport au milieu contrôlé, les études de droit comparé sur l'*ombudsman* ne l'excluent pas, semblable en cela au Médiateur de la République français, il sera donc mentionné dans l'article.

- Si la compétence de l'*ombudsman* général en matière militaire est le cas le plus classique, il existe parfois des *ombudsmans* militaires, (l'armée est le domaine de prédilection des quelques cas de spécialisation de la fonction d'*ombudsman*). Il faudra en tenir compte dans la présentation qui va suivre. Le cas de la France illustrera les systèmes à exclusion du champ de l'étude en raison de l'incompétence de l'*ombudsman* pour examiner les réclamations des militaires en fonctions.

### 1.2.1. Les *ombudsmans* militaires spécialisés

Si comme le soulignait le rapport du Médiateur de la République de 1976 l'armée est "*historiquement, le premier domaine dans lequel la spécialisation de la fonction d'ombudsman ait été expérimentée*", il n'existe aujourd'hui, en dehors du W.B., que peu d'exemples d'*ombudsman* militaire, puisque le premier, le *militieombudsman* suédois, créé en 1915 a disparu en 1967.

1) *Le militieombudsman suédois* : il est important, en vue d'une éventuelle exportation de cette institution de ne pas sous-estimer les réticences qu'a rencontré

son instauration dans la patrie même du modèle. On a trop souvent tendance à prétexter une supposée prédestination institutionnelle nationale pour entretenir le découragement dans les pays qui se déclarent un peu trop rapidement et commodément impropres à ce qui fonctionne si bien ailleurs. Le leader libéral Karl Staaf proposa sa création en 1901 comme une contrepartie indispensable à l'instauration du service militaire national. Il mettait en avant deux justifications. La nécessité d'empêcher le détournement de l'augmentation de budget qu'allait entraîner l'instauration de la conscription, et la protection du citoyen sous les drapeaux. La soumission des autorités militaires à un organe civil suscita de vigoureuses objections, le projet fut soupçonné d'être source d'affaiblissement de l'armée et de contestation systématique, voire plus globalement, d'antimilitarisme.

L'allongement du service militaire, dû à la survenance de la Première guerre mondiale, fut compensé par la création en 1915 de l'*ombudsman* militaire, doté du même statut et des mêmes pouvoirs que son homologue civil<sup>7</sup>. Sa suppression en 1967, ne signifie pas l'échec de la soumission de l'armée au contrôle d'un *ombudsman*. Loin de consacrer une renonciation, elle constitue un réaménagement au profit de l'*ombudsman* civil. La réforme de 1967 remet en cause la spécialisation du contrôle mais non sa nature. Instaurant à contrecœur la collégialité, elle se devait au moins de mettre fin à la dispersion *ratione materiae* de l'institution. D'ailleurs, les comités d'études créés en 1964 et en 1972 pour étudier les conséquences de l'accroissement des recours et proposer les ajustements nécessaires, ont toujours tenté d'éviter la dispersion et la dénaturation de la fonction d'*ombudsman*. Au stade actuel<sup>8</sup> de cette difficile recherche d'équilibre il existe depuis la réforme du 13 novembre 1983 quatre *ombudsmans* dont un *ombudsman* en chef qui décide des orientations générales de l'activité du collège et de la répartition des domaines. On observe une répartition des secteurs d'activités contrôlés, entre les

7 André Legrand, *L'ombudsman scandinave, Études comparées sur le contrôle de l'administration*, LGDJ, Paris, 1970.

8 André Legrand, "L'ombudsman parlementaire suédois 1970-1990", *Revue française d'administration publique* octobre-novembre 1992, p. 575 et s.

*ombudsmans*, mais pas une spécialisation marginalisant un secteur particulier ; en effet l'*ombudsman* qui reçoit compétence en matière militaire exerce en même temps sa surveillance sur d'autres secteurs de l'activité publique. Sous cette réserve, l'*ombudsman* plus précisément chargé du secteur militaire détient les pouvoirs généraux de sa fonction, lui permettant de faire respecter les droits fondamentaux des citoyens sous les drapeaux, de recevoir les réclamations des militaires, d'inspecter sur place, d'enquêter de recommander des solutions et de proposer des réformes.

2) *L'ombudsman militaire norvégien* : il s'inscrit dans une tradition de participation, illustrée par le système de l'homme de confiance et des comités de soldats généralisé en 1912. Dans ce système, tout corps de plus de 35 hommes comporte un comité d'"hommes de confiance" composé du chef de corps et de délégués élus par les soldats pour les représenter auprès du commandement. Mais cet organe consultatif, chargé de donner des avis sur tous les sujets concernant les hommes du rang, n'ayant aucunement le pouvoir de résoudre les difficultés les plus importantes, l'instauration, en 1952, d'un *ombudsman* militaire central représentatif de l'ensemble des comités de soldats acheva cette évolution très caractéristique du climat institutionnel norvégien. L'*ombudsman* pour la défense est désigné selon un système soigneusement dosé d'élection collégiale. En effet le Parlement élit pour quatre ans "la Commission de l'*ombudsman*" dont le président, qu'il désigne aussi, porte le titre d'*ombudsman* pour la défense. Investi d'une mission générale de protection des droits fondamentaux du citoyen sous les drapeaux, il détient un pouvoir d'enquête sur place, de recommandation, de proposition de réformes. Il ne dispose ni de pouvoir d'injonction, ni d'un pouvoir de déclenchement de poursuites à l'encontre des autorités. Comme tous ses homologues, il s'appuie sur l'opinion publique au moyen de son rapport annuel. Mais, et cela caractérise le système norvégien, il trouve dans les comités d'hommes de confiance des unités un relais privilégié de son action. Les militaires de carrière ou les appelés, peuvent le saisir directement sans passer par un supérieur. Ils doivent cependant avoir épuisé les autres voies de recours, à moins qu'il n'en existe pas. L'*ombudsman* pour la

défense peut aussi se saisir de lui-même, éclairé par les informations recueillies lors de ses visites inopinées dans les casernes ou lors de la tournée d'inspection effectuée pendant près d'un mois avec la Commission au complet. Diverses autorités, le Parlement, le gouvernement, ou les responsables civils et militaires de la défense peuvent solliciter son avis.

L'*ombudsman* pour la défense statue seul le plus souvent, mais il délibère avec le reste de la Commission de l'*ombudsman* des questions de principe ou d'intérêt général.

3) *L'ombudsman militaire australien* : il constitue un cas particulier qui pourrait à la limite figurer dans les développements consacrés aux systèmes dans lesquels l'*ombudsman* civil de droit commun a compétence en matière militaire. Il figurera pourtant dans la catégorie des *ombudsmans* militaires pour tenir compte de ses particularités historiques. En Australie, des *ombudsmans* existaient dans les États membres mais pas à l'échelon fédéral. En 1975, pour expérimenter l'institution fédérale il parut judicieux de choisir un domaine de compétence exclusive de la Fédération, et le domaine militaire sembla tout désigné. Mais si, historiquement et empiriquement, l'*ombudsman* militaire australien a précédé son homologue civil, la consécration juridique a inversé les rôles. Plus tard par un amendement à la loi sur l'*ombudsman* civil, ce dernier est aussi devenu *ombudsman* militaire. L'*ombudsman* consacre un rapport annuel à son activité en matière militaire, ce rapport se présente comme une rubrique de son rapport général.

Deux institutions encore peuvent figurer sous la rubrique *ombudsman* militaire (quoiqu'avec beaucoup de précautions pour la première) : il s'agit de l'*ombudsman* militaire israélien et du W.B..

4) *L'ombudsman militaire israélien (ou Commissaire aux plaintes des soldats)* : le contexte international particulièrement tendu que doit affronter l'État d'Israël a justifié une grande liberté dans l'adaptation du modèle scandinave au domaine militaire. Dans la délicate recherche d'équilibre entre la liberté du soldat citoyen et les impératifs de la discipline militaire, priorité a été donnée à ces derniers ce qui a permis son

instauration en 1972 à l'unanimité. Son mode de désignation manifeste une grande prudence lui assurant la confiance de l'armée. Il s'agit d'un ancien militaire de carrière, désigné par le ministre de la Défense et non par le Parlement, mais les avis préalables du ministre de la Justice, des commissions parlementaires de la défense et des affaires étrangères, font contrepoids pour lui assurer une certaine autonomie par rapport à l'appareil militaire dont il est par ailleurs si proche. Il a une mission fondamentale de protection des droits de l'homme, assurant au soldat citoyen un traitement juste, conforme à un régime démocratique.

Il exerce son mandat de 5 ans renouvelable avec moins de possibilités que ses homologues scandinaves. Les militaires de carrière ne peuvent s'adresser à lui, il ne peut agir d'office. Les soldats (appelés ou réservistes en période d'activité, ainsi que leurs ayants droit) peuvent lui adresser directement leurs réclamations individuelles à condition d'avoir épuisé les recours hiérarchiques, et de ne viser que des faits intervenus pendant le service actif datant de moins d'un an ou formulés moins de 180 jours après la libération du contestataire. Dans ce cadre le Commissaire dispose de pouvoirs d'investigation étendus. Il s'informe auprès de l'état-major concerné, et au besoin auprès du militaire mis en cause, ainsi qu'à son supérieur. Si les explications recueillies ne suffisent pas il met en oeuvre ses pouvoirs d'investigation, tels que l'envoi pour enquête approfondie d'un de ses collaborateurs, la citation de témoins, la communication de tous documents. Il pourra sur la base des informations recueillies faire des recommandations transmises par la voie hiérarchique et bénéficiant d'un réel impact juridique grâce à un dispositif reposant sur un officier supérieur de l'état-major chargé spécialement de contrôler en permanence les suites données à ces recommandations et d'en rendre compte dans un délai de 2 mois. Seul le chef d'état major peut passer outre aux recommandations du Commissaire à condition de se justifier devant le ministre de la défense et le Parlement. Le Commissaire peut aussi suggérer des réformes.

Enfin, le W.B. allemand étudié précédemment mérite de figurer dans la rubrique des *ombudsmans* spécialisés en matière militaire. L'application au W. B. des

critères exigeants suggérés par D. C. Rowat pour préserver la cohésion du terme *ombudsman* conduit à le qualifier incontestablement d'*ombudsman* (militaire). Pour cet auteur il convient de : "...limiter l'emploi de ce terme aux organes qui répondent aux trois critères suivants : l'*ombudsman* procède à une investigation sur des réclamations dirigées contre l'administration, qu'il reçoit directement des particuliers ; il n'a pas lui-même le pouvoir de faire appliquer ses recommandations, mais seulement le droit de les rendre publiques ; enfin, il est indépendant du pouvoir exécutif et rend compte de son activité devant le Parlement..."<sup>9</sup>.

### 1.2.2. La possibilité de saisir l'*ombudsman* de droit commun

La possibilité pour les militaires de recourir à l'*ombudsman* civil dépend, bien entendu, de l'existence de ce dernier dans le système juridique du pays considéré. Par exemple si l'ordonnance de 1994 applicable aux forces canadiennes consacre une longue évolution dotant les militaires d'un système de recours tout à fait classique, le recours à l'*ombudsman* reste impossible, même si l'instauration d'un *ombudsman* à l'échelon fédéral semble imminente<sup>10</sup>.

Mais, il se peut aussi, et c'est le sens de cette rubrique, que le statut de l'*ombudsman* de droit commun ne prévoit pas ou exclue son intervention en matière militaire.

1) *La compétence de l'ombudsman de droit commun à l'égard de l'armée* : les développements relatifs à ce système seront nécessairement brefs à peine de se transformer en un vaste tableau sur l'*ombudsman*, car c'est le cas le plus fréquent. On a vu le glissement de compétence intervenu en Suède au profit de l'*ombudsman* civil en 1967. En Finlande l'*ombudsman* consacre une part importante de son activité<sup>11</sup> à inspecter les unités militaires (il possède de larges facilités pour y procéder), ou à enquêter soit de sa propre initiative, soit pour traiter une réclamation.

9 Donald C. Rowat, art. précité p. 569.

10 Donald C. Rowat, "Time for a Federal ombudsman", *Canadien Parliamentary Review*, Winter 1995/96 (vol. 8 n°4), p. 22 et s.

11 Jacob Soderman, "Les missions de l'ombudsman finlandais", *Revue française d'administration politique* n°64, p. 585-590.

Depuis une loi de 1933, le Chancelier de justice lui transmet systématiquement les réclamations des soldats.

En Espagne : l'article 56-2 de la Loi organique 13/1991 du 20 décembre 1991 sur le service militaire prévoit expressément : "*Tout militaire appelé pourra à titre individuel, s'adresser au Défenseur du Peuple quand il estimera qu'il a été porté atteinte à ses droits durant le service militaire*". De plus, rien n'exclut la compétence du Défenseur du peuple à l'égard des militaires de carrière.

En Pologne, l'*ombudsman* instauré par une loi du 15 juillet 1987 et consacré par la Constitution de 1989, a reçu compétence en matière militaire en 1991. Il a pour cela ajouté à son organisation une section de l'armée qui inspecte régulièrement les casernes, les prisons militaires et reçoit les requêtes de sa compétence.

Au Venezuela, le "*Fiscal*" général de la République, créé par la Constitution du 23 janvier 1961, considéré comme un *ombudsman*, a adopté une organisation sectorialisée. La sous-section des droits de l'homme, a reçu compétence pour connaître des abus commis par les militaires dans l'exercice de leurs fonctions.

2) *Les cas d'incompétence de l'ombudsman* : deux pays importants retiendront l'attention, la France et la Grande-Bretagne.

Le système français de traitement des "*problèmes*" des militaires est très hétérogène et mériterait à lui seul une étude qui dépasse la dimension de l'article. Il fait intervenir, le recours hiérarchique, l'inspection générale, le Conseil supérieur de la fonction militaire, qui ne connaît pas des problèmes individuels, de même que le Conseil permanent du service militaire, le ministre et enfin les juridictions administratives<sup>12</sup>. Pour être complexe, il n'en n'est pas moins incomplet en l'absence de recours au Médiateur de la République. L'article 8 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 exclut "*Les différends qui peuvent s'élever*

*entre les administrations (...) et leurs agents*" sauf, depuis la rédaction de 1976, après la cessation de fonction de ces derniers. Les Médiateurs successifs l'ont interprété comme ne leur permettant même pas de connaître des réclamations des appelés.

Pour cette raison une proposition de loi "*tendant à l'institution d'un médiateur militaire*" fut déposée en 1977 par M. Longequeue<sup>13</sup>, ainsi que des membres du Parti socialiste et des Radicaux de gauche devant l'Assemblée Nationale. Le rapport Honnet<sup>14</sup>, au nom de la commission de la Défense nationale, hostile à un médiateur spécifiquement militaire, préconisait en s'appuyant sur le Médiateur de l'époque, M. Paquet "*d'élargir la compétence du "médiateur de droit commun", afin de lui permettre de veiller au respect des droits moraux et matériels des personnels militaires*".

Au Royaume-Uni, les dispositions statutaires relatives aux membres de l'armée de Terre (1955), de l'armée de l'Air (1955) et de la Marine (1957), établissent un système de recours comparable en beaucoup de points au système français. Comme en France, les militaires ne peuvent s'adresser à l'*ombudsman* institué en 1967 avec le titre de Commissaire parlementaire pour l'administration. L'alinéa 3 du paragraphe 10 (a) de la loi de 1967 exclut sa compétence en matière de nomination, de traitement, de mutation, de discipline, de cotisation de retraite et tout autre problème individuel concernant tout membre des forces armées de la Couronne. Un rapport officiel d'avril 1995, destiné au ministre de la défense "*Managing People in Tomorrow's Armed Forces*" proposait de mettre fin à cette incompétence. L'actuel Commissaire parlementaire, Sir William Reid a fait part de ses réticences. Il craignait que cette nouvelle compétence ne crée un déséquilibre au détriment du personnel civil de la Couronne à l'égard duquel il resterait incompétent faute de réforme équivalente de l'article 10 (b). Les militaires britanniques peuvent cependant s'adresser à une Commission pour l'égalité raciale qui exerce ses attributions en lien étroit avec le

<sup>12</sup> Selon la formule désormais célèbre du Professeur Roland Drago dans la préface de la thèse précitée d'André Legrand : "*En France, le meilleur ombudsman, c'est le Conseil d'État*".

<sup>13</sup> J.O.A.N. Doc., rapport n°2938

<sup>14</sup> J.O.A.N. Doc., rapport n° 3365

Commissaire parlementaire, ce qui crée indirectement une brèche dans l'incompétence de ce dernier. L'*ombudsman*, ainsi sélectionné et ainsi décrit, pratique-t-il la médiation en milieu militaire ?

## II. L'INADÉQUATION DU TERME "MÉDIATION MILITAIRE"

Dans une période d'incertitude terminologique on a parfois indifféremment utilisé les termes médiateur et *ombudsman*. Depuis, les recherches ont mis en évidence les inconvénients de l'utilisation indifférenciée du terme *ombudsman* pour qualifier des institutions aussi différentes que l'*ombudsman* parlementaire, modèle d'origine, et que "l'*ombudsman* exécutif". On en est au même stade pour la médiation et le terme médiateur. En témoigne la traduction malencontreuse de l'appellation Commissaire du Bundestag à la défense par l'expression "le médiateur militaire allemand" dans un mémoire par ailleurs de bonne qualité<sup>15</sup>. En témoigne encore le terme de médiateur militaire utilisé dans la proposition de loi de 1978 tendant à l'instauration d'un *ombudsman* militaire en France, analysée plus haut. Les inconvénients de l'utilisation à tous propos du terme médiateur équivalent ceux qui ont affecté le terme *ombudsman*, à savoir une dilution de l'institution et à terme de son efficacité, donc de sa raison d'être. Il y a convergence entre l'amertume exprimée par un des meilleurs spécialistes de l'*ombudsman* et l'inquiétude des observateurs de la médiation face à l'insouciance théorique et à la désinvolture terminologique qui les affectent<sup>16</sup>.

Il y a donc un double enjeu à vouloir qualifier correctement le système non juridictionnel et non hiérarchique de régulation des différends entre les militaires et l'armée, sélectionné dans la première

partie comme étant le plus proche de ce qu'intuitivement on appelle médiation : en se demandant si l'*ombudsman* est un médiateur, et s'il assume une mission de médiation, on contribue à un éclaircissement réciproque des termes *ombudsman* et médiation. Dans la suite des développements le terme *ombudsman* désignera aussi bien l'*ombudsman* militaire que l'*ombudsman* de droit commun investi d'une compétence en matière militaire.

Chaque élément de la définition globale de la médiation, présentée en introduction fournit un critère précis permettant de qualifier une pratique de médiation. L'originalité de la médiation repose sur l'existence d'un tiers dépourvu de pouvoir (le médiateur), sur sa finalité et sur un processus caractéristique.

La taille de l'article ne permettra que la proposition de pistes et de tendances, telles l'ébauche des obstacles à l'utilisation du terme médiation pour qualifier le mode d'intervention de l'*ombudsman* et l'évocation en conclusion d'un cadre idéologique commun.

### 2.1. L'*ombudsman* est-il le tiers indispensable pour qu'il y ait médiation ?

L'*ombudsman* est-il un tiers par rapport au militaire qui a fait une réclamation et l'armée qui en est l'objet ? C'est une question prioritaire car l'existence du tiers dépourvu de pouvoir est une caractéristique fondamentale de la médiation, qui la distingue en particulier de la négociation ou de la conciliation, qui peuvent faire l'économie d'un tiers, alors qu'il n'y a jamais de médiation directe, l'étymologie interdit de se passer d'un intermédiaire. La présence du tiers, dépourvu de pouvoir, condition fondamentale de l'existence de la médiation en fournit donc un des indices les plus fiables. Mais ce tiers doit répondre à toute une série d'exigences qui n'ont d'autre objet que d'en faire un véritable tiers, et non pas un trompe-l'oeil. A s'en tenir à une analyse superficielle, on serait tenté de penser que l'*ombudsman* présente les caractéristiques requises. Pourtant, à la réflexion, s'il est incontestablement indépendant des parties en conflit, le requérant et l'armée, il n'est pas un vrai tiers par rapport à cette dernière :

15 J. M. Le Franc, *Le médiateur militaire allemand*, IEP de Strasbourg, 1978.

16 Donald C. Rowat estime que "le parti pris, consistant à faire ressortir les similitudes au lieu de souligner les différences fondamentales entre l'"executive ombudsman" et l'*ombudsman* parlementaire, a contribué à la dilution de la notion d'*ombudsman* et probablement au déclin - surprenant - de l'institution aux États-Unis dans les années soixante-dix..." pour s'en tenir à un exemple (*op. cit.*, p. 569) : Michèle Guillaume-Hofnung (*op. cit.*, p. 4 et p. 116).

- son incontestable indépendance : à première vue le statut de l'*ombudsman*, qu'il soit militaire ou de droit commun lui assure l'indépendance, puisqu'il échappe au pouvoir hiérarchique et bénéficie de garanties solides. Son indépendance résulte de nombreuses précautions :

. du rang éminent de la norme qui l'institue (loi ou constitution) ;

. de son mode de désignation qui échappe à l'armée (avec une nuance signalée pour l'*ombudsman* militaire israélien) ;

. des éléments de son statut relatifs à la durée, au renouvellement éventuel de son mandat, au système d'immunité et d'incompatibilité qui entoure sa fonction et le place hors d'atteinte de l'armée ;

. des conditions matérielles de son fonctionnement qu'il s'agisse de son financement, de sa gestion, ou de ses collaborateurs ;

. l'impossibilité pour l'armée de contrôler son activité ou de lui donner des instructions.

- sa qualité de tiers fait cependant défaut : si indépendant qu'il soit par rapport à l'armée, l'*ombudsman* n'est pas un tiers par rapport à elle. Bien sûr il ne se rattache pas organiquement à l'armée, il se présente en général comme un commissaire parlementaire, on le considère généralement comme un prolongement du pouvoir législatif. Or le parlement, comme l'armée, appartient à la même personne juridique, l'État. Cela vaut aussi pour l'*ombudsman* suédois qui bien qu'ayant développé une réelle indépendance à l'égard du parlement lui-même, pour se mettre plus directement au service du citoyen, ne fait pas moins partie de l'État<sup>17</sup>.

Ceci n'affecte en rien l'autonomie de l'*ombudsman* mais lui interdit en toute rigueur terminologique de passer pour un tiers. Est-ce d'ailleurs étonnant ? Un intercesseur n'est pas nécessairement un tiers, au contraire, en général son efficacité dépend de sa bonne intégration à l'institution

ou dans le milieu dont on attend une concession. Mais un intercesseur n'est pas un médiateur.

De plus, l'*ombudsman* est-il aussi dépourvu de pouvoir que doit l'être le médiateur ? Bien sûr il ne peut prendre de décision s'imposant à l'armée, il ne peut annuler ses décisions, ni se substituer à l'autorité militaire visée par la réclamation, mais il dispose d'un large pouvoir d'enquête, d'inspection, de convocation et le pouvoir de rendre publiques ses recommandations. S'il ne dispose pas de pouvoirs de contrainte classiques, l'*ombudsman* dispose d'un arsenal non négligeable à l'égard de l'armée, présenté dans l'article relatif au W. B. et dans la première partie ci-dessus.

## 2.2. L'*ombudsman* a-t-il une mission de médiation ?

### 2.2.1. L'*ombudsman* est en général investi d'une double mission

Une mission de conciliation, et une mission de contrôle (de l'administration en général ou de l'armée s'il s'agit d'un *ombudsman* spécialisé), doublée souvent d'une mission de défense des Droits de l'Homme. Sa sphère d'intervention se limite aux rapports entre les auteurs de réclamations et la Puissance publique, alors que le champ d'intervention de la médiation s'étend potentiellement à tous les rapports sociaux.

a) *La mission de conciliation* : c'est une mission de traitement des conflits, des réclamations qui débouche sur un compromis atteint grâce aux bons offices de l'*ombudsman*. Le Médiateur de la République se présente fort justement comme une "institution de conciliation"<sup>18</sup>.

b) *La mission de contrôle de l'exécutif (ici de l'armée) et de défense du citoyen*. Il s'agit selon le Professeur Rowat d'une des trois caractéristiques fondamentales du modèle. L'*ombudsman* a pour mission de contrôler les activités administratives. Il le fait pour le compte du parlement dont il est le bras, un commissaire selon la formule utilisée pour le W. B..

<sup>17</sup> André Legrand, art précité, p. 577.

<sup>18</sup> Michèle Guillaume-Hofnung, *op. cit.*, p. 89 et s.

### 2.2.2. La conciliation n'est pas la médiation<sup>19</sup>

Pour les juristes la conciliation est un mode de règlement des différends grâce auquel les parties en présence s'entendent directement pour mettre fin à leur litige, au besoin avec l'aide d'un tiers (conciliateur)<sup>20</sup>. En plus du caractère facultatif du tiers que confirment d'autres auteurs<sup>21</sup>, la conciliation se distingue de la médiation en ce qu'elle a pour objet de mettre fin à un conflit par le compromis. La médiation a un objet beaucoup plus vaste, qui ne se réduit pas au conflit, elle a essentiellement une mission de communication, d'établissement ou de rétablissement du lien social. Si pour cela il faut régler un conflit, la médiation s'y emploiera, mais ce n'est pas sa mission unique. On oublie fréquemment quand on assimile la médiation à un simple mode alternatif de règlement des litiges, à une justice alternative (une "justice douce") qu'il existe "quatre sortes de médiation, les deux premières étant destinées à faire naître ou renaître un lien, les deux autres étant destinées à parer à un conflit.". C'est ainsi que J. F. Six distingue la médiation créatrice qui a pour but de susciter entre des personnes ou des groupes des liens nouveaux, la médiation rénovatrice qui réactive les liens distendus, la médiation préventive pour éviter l'éclatement d'un conflit et enfin la médiation curative pour aider les partenaires au conflit (les médiés) à en trouver la solution<sup>22</sup>.

Ainsi, même quand le médiateur accepte une mission de résolution des conflits, il aura le souci de garantir la solidité de la solution trouvée par les médiés en vérifiant la qualité du lien social issu de la médiation afin de

19 M. Guillaume-Hofnung, "Conciliation et médiation" *répertoire de procédure civile*, Dalloz Sirey (à paraître) ; *La médiation et les modes alternatifs de règlement des conflits*, numéro spécial de L'AJDA *les modes alternatifs de règlement des conflits* (à paraître).

20 J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *La justice et ses institutions*, éd. Dalloz, 1991, n°34.

21 V., par ex., la définition de M.L. Rassat, *Institutions judiciaires*, P.U.F 1993 p. 294. La conciliation est "un accord direct des parties pour mettre fin à leur litige. Elle peut être réalisée par les deux parties à un litige se réunissant entre elles sans la présence d'une tierce personne. Le plus souvent la conciliation se pratique avec l'aide d'un tiers nommé le conciliateur dont le seul rôle est de les faire se rencontrer".

22 J.F. Six, *Le Temps des médiateurs*, Le Seuil 1990, p. 164 et s. et M. Guillaume-Hofnung, *op. cit.*, p. 72 et s.

limiter les risques de résurgence au moindre prétexte.

### 2.2.3. La mission de contrôle n'est pas une mission de médiation

Ceci pour deux raisons au moins, parce que le contrôle inmanquablement place le contrôleur dans une situation d'autorité incompatible avec l'absence de pouvoir qui caractérise le médiateur, mais aussi parce que la mission de contrôle exercée par l'*ombudsman* se situe dans un contexte particulier de défense de l'individu face au pouvoir de l'administration, ici de l'armée, incompatible avec un rôle de tiers.

**Autorité** : l'autorité de l'*ombudsman* résulte à la fois de son institutionnalisation et du contenu de son statut.

L'*ombudsman* repose sur une légitimité institutionnelle. L'*ombudsman* suédois constitue même une pièce importante de l'équilibre entre les pouvoirs mis en place par la constitution de 1809, ce qui a engendré la théorie de la nature constitutionnelle de son contrôle sur le pouvoir exécutif. De plus, si l'autorité de l'*ombudsman* s'exerce de manière subtile elle n'en n'est pas moins réelle. Face à cette institution très personnalisée (quand l'*ombudsman* ajoute son prestige personnel à une tradition nationale de respect pour sa mission), l'armée se sent nécessairement portée à la conciliation.

A l'inverse, lors des centaines de médiations menées quotidiennement, dans le cadre naturel de la médiation, celui d'une pratique spontanée surgie de la base, le médiateur n'a d'autre autorité que celle que lui reconnaissent les parties à la médiation. Il est un particulier, contractuellement chargé par d'autres particuliers de les aider à trouver leur solution, en préservant leur autonomie et en stimulant leur créativité sociale. La médiation de droit commun, respecte le droit mais se passe de toute institutionnalisation.

**Défense** : on aura compris de ce qui précède que la définition de la médiation, reposant en grande partie sur le tiers, les exigences relatives à ce dernier sont plus rigoureuses que dans la définition d'autres termes. Là où l'on qualifierait assez volontiers un troisième intervenant de tiers,

on doit se montrer vigilant quand il s'agit d'un éventuel médiateur. Tout troisième n'est pas un tiers. Le tiers ne peut défendre personne sinon il n'est plus un tiers, il agit pour. L'étymologie du terme *ombudsman* incite à la prudence. Celui qui parle pour, efface celui à la place de qui il parle. Souvent, il en va de même pour celui qui défend. L'intitulé de *défenseur du peuple* attribué à l'*ombudsman* espagnol influence nécessairement la conception de sa mission et oriente l'attente des citoyens. Or quand on connaît l'importance du rôle personnel des médiateurs dans le processus de médiation une attente de protection serait de nature à fausser le déroulement de la médiation.

De plus l'exercice d'une mission de défense des droits de l'homme renforce la position de contrôleur de l'*ombudsman*. Les créations récentes d'*ombudsman* (en Espagne, en Pologne) vont dans ce sens ainsi que les réformes relatives aux *ombudsmans* traditionnels.

### 2.3. L'*ombudsman* suit-il le processus caractéristique de la médiation ?

L'*ombudsman* diffère radicalement des organes classiques de traitement des plaintes intégrés soit dans le pouvoir judiciaire soit dans le pouvoir exécutif. Mais si informel que soit son mode d'intervention, il s'apparente plus à une procédure qu'au processus caractéristique de la médiation.

#### 2.3.1. Une procédure très informelle

Le caractère "*souple, informel, rapide, adaptable, personnalisé*"<sup>23</sup> fait la supériorité de ce mode de régulation des rapports entre l'administré et l'exécutif (ici l'armée). L'*ombudsman* privilégie la persuasion, le dialogue. Comme le médiateur il favorise une communication de type pédagogique. Il contribue au développement du dialogue civique. En Allemagne cette préoccupation constitue, on l'a vu le socle idéologique sur lequel repose la mission du W.B..

Mais si l'*ombudsman* s'affranchit des procédures contentieuses classiques et se réfère plus à l'équité qu'au droit strict, son

titre à agir reste de nature institutionnelle, et il doit suivre un minimum de procédure : son intervention repose sur des textes qui la délimitent et mais qui, aussi, lui imposent d'agir. Si la requête entre dans sa compétence, il ne peut se dérober.

Les textes qui l'institutionnalisent prévoient quand même quelques règles procédurales. Ainsi, en France, les plaignants ne peuvent saisir directement le Médiateur de la République, il doivent demander à un parlementaire de transmettre leur requête. La saisine et le fonctionnement du défenseur du peuple espagnol obéissent à une procédure complexe<sup>24</sup>. La tendance générale reste quand même la souplesse, un nombre grandissant d'*ombudsman* règle les problèmes en téléphonant à l'administration concernée, la hiérarchie militaire en l'occurrence, ce qui évite d'ouvrir un dossier écrit. Le développement des délégués du Médiateur de la République, saisis sans aucun formalisme permet de contourner l'obligation de passer par un parlementaire.

Pour autant, souplesse ne signifie pas médiation. La médiation n'obéit pas à une procédure, mais sa souplesse juridique ne l'empêche pas de suivre un processus très exigeant. Ce processus essentiellement ternaire requiert à un moment donné la mise en présence des parties et du médiateur. Or l'*ombudsman* n'a pas l'habitude de réunir en sa présence l'administration et l'auteur de la réclamation. Au mieux, il mène des dialogues séparés et successifs, mais le plus souvent il ne dialoguera qu'avec l'administration, la hiérarchie militaire, la "*communication*" avec le requérant se limitant à la lecture de la lettre de saisine auquel s'ajoutera peut-être une demande d'informations ou de pièces complémentaires, cela généralement par écrit. Le rapport reste assez impersonnel et relativement stéréotypé. Le demandeur reste limité à un rôle de déclencheur, alors que dans le processus de médiation il est un des pôles agissant de la maïeutique qui ne peut s'opérer sans sa constante participation.

23 M. Le Clainche, "L'*ombudsman* cet inconnu", *Revue française d'administration publique*, n° 64, p. 565.

24 A. Gil-Robles, "Le Défenseur du peuple espagnol et la justice", revue précitée, p. 665.

### 2.3.2. Un processus

L'observation de la pratique commune et quotidienne de la médiation permet de dégager les grandes lignes du processus de médiation à commencer par son déclenchement.

On ne peut parler de saisine mais de déclenchement pour qualifier la première étape de la médiation. Le processus commence par la rencontre de la demande des parties en conflit et de l'acceptation du médiateur. La possibilité pour ce dernier de refuser une médiation constitue une caractéristique intéressante qui le distingue des modes institutionnels de résolution des conflits. Elle impose au médiateur une étape préliminaire décisive, au cours de laquelle il doit faire preuve de discernement en évaluant la demande réelle des parties qui vont peut-être tenter de faire de lui un arbitre, en évaluant aussi sa propre capacité à être médiateur dans le type de conflit en question. Il ne s'agit pas seulement de jauger une compétence technique mais encore de s'interroger sur sa capacité personnelle à rester vraiment tiers, ni juge, ni partie, ni avocat. En un mot il doit apprécier sa capacité de distanciation. S'il risque d'être en faveur de l'une des parties, il y a là contre-indication radicale à son intervention. Le médiateur fera part aux médiés de son acceptation et vérifiera leur compréhension du rôle de chacun. Il vérifiera surtout que les parties ont conscience de devoir jouer le rôle actif dans la recherche de la solution.

Une fois le principe de la médiation accepté en connaissance de cause, le médiateur doit élaborer sa stratégie au cas par cas. Il s'interroge par exemple sur l'opportunité de voir les parties, dans un premier temps, plutôt ensemble ou plutôt séparément, et s'il opte pour cette dernière solution, déterminer dans quel ordre et le moment opportun pour les mettre enfin en présence. Pour conduire sa stratégie il doit déceler les causes du conflit, non seulement les causes officielles, explicites, mais les causes profondes parfois enfouies, ce qui requiert de grandes qualités d'écoute et de travail sur les mots utilisés, de distanciation et de discernement<sup>25</sup>. L'identification du conflit central éclaire le

médiateur sur le terrain de la possible entente dont il va dès lors favoriser l'émergence.

Chaque médiation est unique et incompatible avec toute procédure prédéterminée.

Il faut donc déduire de ce qui précède que ni le Commissaire du Bundestag à la défense objet d'un précédent article, ni ses homologues *ombudsmans* ne pratiquent la médiation. Cette conclusion n'enlève rien à leur utilité fondamentale, et aura peut-être contribué à une clarification souhaitable tant pour une meilleure définition de l'*ombudsman* que pour une meilleure prise de conscience de la nécessité de traiter la médiation avec une grande rigueur terminologique et théorique.

L'urgence théorique et terminologique ont conduit à insister sur la distance qui sépare l'*ombudsman* et la médiation. Il ne faudrait pas que le souci de clarification entraîne par une simplification extrême à masquer le lien profond que les deux entretiennent avec une conception élaborée de la démocratie. Les deux véhiculent, par des méthodes différentes, des valeurs communes au premier rang desquelles figure une éthique de la communication.

M. G.-H.

<sup>25</sup> Michèle Guillaume-Hofnung, *op. cit.*, p. 89 et s.