



HAL
open science

La médiation administrative : une priorité à la résolution des conflits entre les particuliers et l'administration publique : perspectives de droit comparé brésilien et français

Fernanda Schuhli Bourges

► To cite this version:

Fernanda Schuhli Bourges. La médiation administrative : une priorité à la résolution des conflits entre les particuliers et l'administration publique : perspectives de droit comparé brésilien et français. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Universidade católica Dom Bosco (Campo Grande, Brésil), 2021. Français. NNT : 2021PA01D049 . tel-03935523

HAL Id: tel-03935523

<https://theses.hal.science/tel-03935523v1>

Submitted on 11 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO
UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE**

FERNANDA SCHUHLI BOURGES

**LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE – UNE PRIORITÉ À LA RÉOLUTION DES
CONFLITS ENTRE LES PARTICULIERS ET L'ADMINISTRATION PUBLIQUE –
PERSPECTIVES DE DROIT COMPARÉ BRÉSILIEN ET FRANÇAIS**

CURITIBA/PARIS

2021

FERNANDA SCHUHLI BOURGES

**LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE – UNE PRIORITÉ À LA RÉOLUTION DES
CONFLITS ENTRE LES PARTICULIERS ET L'ADMINISTRATION PUBLIQUE –
PERSPECTIVES DE DROIT COMPARÉ BRÉSILIEN ET FRANÇAIS**

Thèse présentée comme condition partielle pour l'obtention du diplôme de doctorat en droit de la Pontifícia Universidade Católica do Paraná et du doctorat en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, en vertu d'une convention de cotutelle.

Domaine de concentration : Droit économique et développement, Droit comparé.

Directeurs de thèse : Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, Prof. Dr. David Capitant.

CURITIBA/PARIS

2021

FERNANDA SCHUHLI BOURGES

**LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE – UNE PRIORITÉ À LA RÉOLUTION DES
CONFLITS ENTRE LES PARTICULIERS ET L'ADMINISTRATION PUBLIQUE –
PERSPECTIVES DE DROIT COMPARÉ BRÉSILIEN ET FRANÇAIS**

Thèse présentée comme condition partielle pour l'obtention du diplôme de doctorat en droit de la Pontifícia Universidade Católica do Paraná et du doctorat en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, en vertu d'une convention de cotutelle.

Domaine de concentration : Droit économique et développement, Droit comparé.

MEMBRES DU JURY

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet – Directeur de thèse (PUCPR)

Prof. Dr. David Capitant – Directeur de thèse (Sorbonne)

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem (PUCPR)

Prof. Dr. Pierre Bourdon - Rapporteur (Cergy-Pontoise)

Profa. Dra. Angela Cássia Costaldello - Rapporteur (UFPR)

Curitiba, 10 août 2021.

Je dédie ce travail à mes enfants, Henrique et Laura, et à ma mère, Joyne.

REMERCIEMENTS

Bien qu'il s'agisse d'un travail long, introspectif et solitaire, de nombreuses personnes ont contribué directement et indirectement à ce que je puisse le faire.

Dieu merci, surtout au milieu d'une pandémie cruelle.

Je remercie à ma mère, Joyne, sans son aide et son soutien quotidien avec moi et mes deux jeunes enfants n'auraient pas été possibles. De même, il n'aurait pas été possible sans leur soutien et leur disponibilité de réaliser un doctorat en alternance de six mois à la Sorbonne, de vivre un rêve et de vivre la grande expérience académique, professionnelle et personnelle qu'il a été.

Je suis reconnaissante pour le soutien, l'aide, les encouragements, l'amour et la compréhension de mon mari, Alex, qui s'est toujours occupé avec amour de nos enfants et m'a soutenu à tout moment afin que la thèse puisse être réalisée.

Je remercie à mon père, Fernando, toujours un grand encouragement et exemple de persévérance. À mon beau-père, Roberto, qui a repris mes enfants comme petits-enfants et les a soignés d'innombrables fois pour que je puisse me consacrer à ma thèse. Je remercie les autres membres de la famille et amis pour leur affection, leur soutien et leurs encouragements. En particulier, aux amies Andréia Latreille et Érica Domingues.

Je remercie au prof. Dr Luiz Alberto Blanchet pour ses conseils dans le développement de cette thèse, ainsi que son soutien et ses encouragements constants.

À prof. Dre Angela Cassia Costaldello pour sa participation et sa contribution au jury de qualification, pour son inspiration, son amitié, ses encouragements et pour avoir aimablement accepté l'invitation à composer le jury de soutenance et l'élaboration du pré-rapport.

Je remercie également à la prof. Dre Adriana Schier pour son amitié, son accueil, sa participation et sa contribution au jury de qualification.

Je remercie au prof. Dr Daniel Wunder Hachem pour ses conférences au cours de doctorat, les événements nationaux et internationaux qui ont grandement contribué aux réflexions et au contenu développé dans la thèse. Ainsi que merci pour l'amitié, le soutien et la faisabilité de la période de recherche en doctorat-sandwich à la Sorbonne. Je remercie également au prof. Dr Emerson Gabardo pour ses encouragements et ses encouragements au doctorat en alternance.

Je remercie au prof. Dr David Capitant pour m'avoir reçu pour des recherches à la Sorbonne pour avoir accepté la direction de thèse en cotutelle, en plus de votre gentillesse et cordialité lors de cette réception.

Je remercie au prof. Dr Pierre Bourdon pour votre gentillesse d'accepter l'invitation à composition du jury de soutenance et pour l'élaboration du pré-rapport.

Je remercie aux professeurs Olivier Renaudie, Schwartz, Pierre Legrand (Paris 1) et Lucie Meyer (Paris 2) de m'avoir permis d'assister à leurs cours en tant qu'auditeur et de m'avoir offert de plus grandes opportunités d'apprentissage et des dialogues très utiles pour la thèse.

Je remercie au professeur et ami Léo Bertrand-Combrade pour ses encouragements, sa disponibilité, son aide et ses éclaircissements sur le droit français.

Je remercie au prof. Dr Juarez Freitas pour son inspiration et ses conversations sur le sujet, ainsi que pour son affection et ses encouragements.

Je remercie au CAPES d'avoir financé une partie des frais de scolarité du doctorat et à PUCPR d'avoir exonéré les frais de scolarité pour la majeure partie de la période, d'avoir reconnu et soutenu le caractère innovant de cette recherche, ce dont je suis très reconnaissant. Je remercie également le programme PDSE-CAPES pour l'octroi d'une bourse pour réaliser un doctorat en alternance de six mois à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

Je remercie le programme de doctorat da PUCPR, ses professeurs et étudiants qui contribuent à un programme d'excellence, le CAPES 6 et l'aide des secrétaires Eva et Nerissa.

Je tiens à remercier le Groupe d'étude sur la médiation et la négociation, GEMNPUCPR, en la personne des professeurs Luciana Drimel Dias et César Franco, pour l'accueil et le fantastique espace d'étude, de pratiques, d'échange d'expériences et de compétitions en médiation et négociation, qui grandement enrichi la recherche et l'assimilation des contenus. Je remercie Bárbara Tiradentes pour son accueil au CEJUSC/Boqueirão, pour son amitié et sa disponibilité à partager ses connaissances sur la médiation. Je remercie également au Marcel Tulio, instructeur et médiateur à TJPR, pour ses réflexions et ses partages d'expériences. Je remercie pour la gentillesse et la disponibilité de la Dre Leila Cuéllar (PGEPR) et de la Dre Claudine Camargo (PGMCuritiba) pour leurs conversations sur la médiation. De plus, je suis reconnaissant pour le soutien de la Dre Elisa Eidt (PGERS) pour m'avoir permis de participer au groupe de travail sur la médiation et l'administration publique de l'OABRS. Je remercie également au IMAB et au Dr Adolfo Braga Neto pour l'opportunité de participer à un groupe de débats et de réflexions sur la médiation et l'administration publique.

Je suis reconnaissant pour l'inspiration, l'amitié et les encouragements de la prof. Dre Vivian Lima Valle.

Je remercie pour l'amitié et le partenariat de mon amie Ana Viana, d'entraide à Paris et dans les chemins de cotutelle, ainsi que mon amie Natália Prigol, que je remercie également pour sa gentillesse. Je suis également reconnaissant à mon amie Giulia Andrade pour son affection et sa compagnie dans plusieurs moments académiques importants. Je remercie également mon ami Lucas Reis pour sa compagnie et son entraide à Paris.

Je remercie à mon amie Mariane Lubke pour toute son affection et son partenariat, une grande compagne et confidente dans ce cheminement du doctorat et de la vie.

Aussi au ami Luciano Elias Reis pour son inspiration, son amitié, ses encouragements et son soutien comme toujours.

Je remercie aux mes amis Ana Carolina et Rafael Guedes de Castro et Andréa Abrahão pour leur amitié, leurs encouragements et leur compagnie dans leurs cheminements académiques, professionnels et de vie. Tout comme je suis reconnaissant pour les encouragements et l'affection de Heiga Engel.

Je remercie le cours de droit de la FESPPR d'avoir compris les ajustements nécessaires, ainsi que mon ami et professeur de droit administratif Bruno Gofman.

Je suis reconnaissant pour l'affection, l'aide et le soutien apportés par le couple Ana et Nelson Mussi à Paris.

Je remercie la compagnie, l'amitié et le soutien de mes amis Alexandre Gonçalves et Fernanda Bragança, brésiliens que j'ai eu la chance de rencontrer à la Sorbonne lors de mon journée en France.

Je remercie Verlaine Maturana pour le supporte au début du doctorat, pour l'amitié et encouragement.

Je remercie à les professeurs de français Márcia Cipriani Gomes et Vanessa Freitas. J'éprouve gratitude pour l'aide de Vanessa avec la rédaction de la version française de la thèse.

Je tiens à remercier l'amitié et la camaraderie des collègues doctorants de la promotion 2017, représentés par : Andressa, Natália, Steeve, Daniela, Gilberto, Claudine, Dirce, Edson et Tássia. Aux autres collègues de NUPED tels que : Arlei, Eduardo, Cynthia, Lucas Saikali, Fábio Santos, Barbara, William et Clayton. Et de PPGD en tant que : Miriam Olivia et Camila Marques.

Je suis gratte à l'aide de Eloisa Dias Gonçalves avec les orientations de soutenance à Sorbonne.

Je suis également reconnaissant pour le soutien et les encouragements des collègues et amis du Comité de gestion publique de l'OABPR, représentés par : Francisco Zardo, Laerzio Chiesorin Júnior, Viviane Duarte, Eduardo Tesseroli, Pablo Souza, Renata Zelinski et TioSSI Júnior.

« Aussi tout développement vraiment humain doit-il comporter le développement conjoint des
autonomies individuelles, des participations communautaires et de la conscience d'appartenir
à l'espèce humaine. »

Edgar Morin, *Les sept savoirs nécessaires*.

RÉSUMÉ

Les premiers éléments de cette recherche font référence à la judiciarisation intense contre les pouvoirs publics, aux éventuels effets pervers et à la possibilité, pour l'Administration, d'utiliser des méthodes consensuelles de résolution des conflits, auxquelles il est toutefois peu fait recours. En vue de la consécration de l'État de droit démocratique, il apparaît qu'afin de valoriser l'être humain et la réalisation de ses droits et du droit à une bonne administration publique, l'Administration publique doit revoir sa façon d'agir, en se montrant plus ouverte au dialogue, au consensus et en réduisant les actes impositifs unilatéraux, ainsi que par l'ajout de décisions issues de la participation et de la collaboration de la communauté. Ce mouvement d'ouverture, d'horizontalisation des relations entre l'Administration et les particuliers et la tendance à la contractualisation administrative, sont identifiés dans le contexte français, où la « citoyenneté administrative » a été reconnue, et la participation des particuliers a connu une augmentation, ce qui s'est accompagné de conceptions renouvelées et démocratiques de la compréhension de l'intérêt public - dans lequel s'insère la médiation administrative. Au Brésil, le mouvement en faveur de la médiation en guise de solution de conflit peut être considéré à partir de la Résolution n° 125/2010 du CNJ et, en ce qui concerne la portée administrative, sa recommandation est devenue expresse avec le CPC/2015 et la Loi de médiation. Dans la pratique, cependant, au Brésil la médiation administrative n'est pas encore une réalité. Par conséquent, le problème qui se pose est celui consistant à savoir si, dans le système juridique brésilien, l'administration publique a le devoir d'accorder la priorité aux processus de résolution amiable, tels que la médiation, pour résoudre et prévenir les conflits avec les individus. L'hypothèse est affirmative, à savoir qu'il faut privilégier les solutions consensuelles dans la résolution des conflits, puisqu'il s'agit là d'un devoir rattaché à la fonction administrative dans un État de droit démocratique. Néanmoins, cette étude a pour objectif général de présenter la médiation, à partir de ses caractéristiques et de la rationalité dialogique et consensuelle de son processus, comme un nouvel instrument de la fonction administrative démocratique, en tant que moyen d'améliorer la relation entre les individus et l'Administration et la réalisation des intérêts publics. Pour corroborer cette hypothèse et atteindre notre objectif, nous utilisons la méthode hypothétique déductive, en utilisant des références bibliographiques nationales et étrangères, celles-ci principalement françaises, de données statistiques et de comparaison horizontale concernant la médiation administrative au Brésil et en France, avec un focus culturaliste. La comparaison permet d'identifier, en France, dans un réseau de soutien formé par le Conseil de l'Europe, la mise en œuvre de la médiation administrative, qui bénéficie d'une grande implication et de l'incitation du Conseil d'État français, à partir d'une attention renouvelée envers l'intérêt public et de la pertinence de la médiation dans le développement de la « citoyenneté administrative », outre les préoccupations relatives à la durée raisonnable du processus, à la décongestion et à la réduction des coûts. De la sorte, si l'on prend en considération les particularités des deux pays examinés, il apparaît que beaucoup des raisons qui ont conduit au développement de la médiation en France sont également présentes au Brésil. Ainsi, on plaide pour l'utilisation de la médiation administrative en tant que nouvel instrument de la fonction administrative, prioritaire pour la résolution et la prévention des conflits et, afin de la rendre effective, on élimine les possibles obstacles, on analyse certains défis et on élabore des propositions pour le contexte brésilien.

Mots clés : Administration publique. Médiation administrative. Dialogue. Consensus. Résolutions amiables de conflits. État de droit démocratique. Droit comparé français. Intérêt général. Bonne administration publique.

ABSTRACT

The initial elements of this research refer to the intense judicialization towards public power, the possible adverse effects, and the possibility of utilization of consensual methods to conflicts resolutions – ADR – alternative dispute resolution – by Administration, still underused. As the Democratic State of Law is established, with the human being and his rights achievement valorization and the right to a good public administration, it is noted that the Public Administration needs to review its way of acting, with plus opening, dialogue, consensus, and reducing the amount of unilateral and authoritative acts with the increase of collectivity participative and collaborative decisions. This movement of opening, the plus horizontal relationships with Administration and the privates are identified in the French context, where has been recognized the "administrative citizenship", the growth of private participation, with renewed and democratic agreements about the public interest comprehension – where localizes the administrative mediation. In Brazil, the movement towards mediation as a mechanism of conflict resolution may be considered with Resolution n. 125/2010 by CNJ and, related to the administrative field, the recommendation became straight with the CPC/2015 and with the mediation law. In practical terms, however, administrative mediation in Brazil is not a reality. Considering this, the problem to face refers to verify if based on the Brazilian law system the Public Administration ought to prioritize the consensus-based process, like mediation, to solve and prevent conflicts with privates. The hypothesis is affirmative, it must be given priority the consensual solutions to resolve the conflicts, this is a duty connected to the administrative function of a Democratic State of Law. Besides, the study has the general objective to present the mediation, considering its characteristics and its dialogical consensual rationality, as a new instrument to the democratic administrative function, as a way to promote the relationship between the privates and the Administration and the realization of public interests. To corroborate the hypothesis and achieve the objective it uses the hypothetic-deductive method with national and foreign bibliographies, principally French ones, statistics data, and a horizontal comparison about administrative mediation in Brazil and France, with a cultural approach. With the comparison it is verified in France, in a net of support composed by the Council of Europe, the implementation of administrative mediation, with expressive involvement and encouragement by the French Council of State, based on a renewed emphasis on public interest and the relevance of mediation to the development of "administrative citizenship", in addition to the concerning with the reasonable time of the process, to reduce the accumulation and the costs. Thereby, respected the peculiarities, it turns out that many causes that have been promoting the development of mediation in France are identified in Brazil, thus, it is defended the use of administrative mediation as a new instrument to the administrative function, a priority to conflicts resolution and prevention and, with the propose to effective it, are taken apart possible obstacles, analyzed some challenges and presented some proposes.

Keywords: Public Administration. Administrative mediation. Dialogue. Consensus. Self-composed solutions. ADR. Democratic Estate of Law. Comparative French law. Public interest. Good public Administration.

RESUMO

Os elementos iniciais desta pesquisa se referem à intensa judicialização contra o poder público, os possíveis efeitos adversos decorrentes e a possibilidade de a Administração utilizar métodos consensuais para a resolução de conflitos, porém, pouco utilizados. Em vista à consagração do Estado Democrático de Direito, com a valorização do ser humano e a realização dos seus direitos e o direito à boa administração pública, constata-se que a Administração Pública necessita rever o seu modo de atuação, com maior abertura, diálogo, consenso e redução dos atos unilaterais impositivos e o acréscimo de decisões provenientes da participação e da colaboração da coletividade. Este movimento de abertura, horizontalização das relações entre a Administração e os particulares e a tendência à contratualização administrativa é identificado no contexto francês, onde vem se reconhecendo a “cidadania administrativa”, o aumento da participação dos particulares, com entendimentos renovados e democráticos sobre a compreensão do interesse público – onde se insere a mediação administrativa. No Brasil, o movimento em favor da mediação como solução de conflitos pode ser considerado a partir da Resolução n. 125/2010 do CNJ e, no tocante ao âmbito administrativo, sua recomendação tornou-se expressa com o CPC/2015 e com a Lei de mediação. Na prática, contudo, a mediação administrativa no Brasil ainda não é realidade. Em vista disto, o problema enfrentado se refere a averiguar se a partir do ordenamento jurídico brasileiro a Administração Pública possui o dever de priorizar os processos autocompositivos, como a mediação, à solução e à prevenção de conflitos com os particulares. A hipótese é afirmativa, devem ser priorizadas as soluções consensuais na resolução de conflitos, vez que este é um dever atrelado à função administrativa em um Estado Democrático de Direito. Ainda, o estudo possui como objetivo geral apresentar a mediação, a partir das suas características e da racionalidade dialógica e consensual do seu processo, como um novo instrumento da função administrativa democrática, como modo de aprimorar a relação entre os particulares e a Administração, e a realização dos interesses públicos. Para corroborar a hipótese e atingir o objetivo, utiliza-se o método hipotético dedutivo, com o uso bibliografias nacionais e estrangeiras, estas notadamente francesas, dados estatísticos, e comparação horizontal sobre a mediação administrativa no Brasil e na França, com enfoque culturalista. A partir da comparação, identifica-se na França, em uma rede de apoio formada pelo Conselho da Europa, a implementação da mediação administrativa, com grande envolvimento e incentivo pelo Conselho de Estado francês, a partir de um enfoque renovado acerca do interesse público e da relevância da mediação no desenvolvimento da “cidadania administrativa”, além de preocupações com a razoável duração do processo, descongestionamento e redução de custos. Desse modo, guardadas as peculiaridades, depreende-se que muitos dos motivos que propiciaram o desenvolvimento da mediação na França também estão presentes no Brasil. Assim, argumenta-se pela utilização da mediação administrativa como um novo instrumento da função administrativa, prioritário à resolução e à prevenção de conflitos e, no intuito de efetivá-la, são afastados possíveis óbices, analisados alguns desafios e elaboradas algumas propostas para o contexto brasileiro.

Palavras-chave: Administração Pública. Mediação administrativa. Diálogo. Consenso. Soluções autocompositivas. Estado Democrático de Direito. Direito comparado francês. Interesse público. Boa administração pública.

LISTE D'ABREVIATIONS

- AGU – Cabinet Générale de l'Union – Advocacia Geral da União (BR)
Art. – article
- CADE – Conseil Administratif de Défense Économique (BR)
- CEDH – Cour Européenne des Droits de l'homme (UE)
- CEJUSC – Centre Judiciaire pour la résolution des conflits et citoyenneté (BR)
- CEPEJ – Commission Européenne pour l'efficacité de la justice – Conseil de l'Europe
- CJA – Code de Justice Administrative (FR)
- CNJ – Conseil National de Justice (BR)
- CPC – Code de Procédure Civil (BR)
- CRFB – Constitution de la République Fédérative du Brésil (BR)
- CRPA – Code des relations entre le public et l'Administration (FR)
- CVM – Commission des Valeurs Mobilières (BR)
- DCRA – Direitos dos Cidadãos em suas Relações com a Administração (FR)
- Dec. – Décret
- IBGE – Institute Brésilien de Géographie et Statistiques (BR)
- LINDB – Loi d'introduction aux normes du Droit brésilien (BR)
- MARC – Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (BR/FR)
- MARD – Modes Amiables de Règlement des Différends (BR/FR)
- MARL – Modes Alternatifs de Règlement des Litiges (BR/FR)
- MPO – Médiation préalable obligatoire (FR)
- OAB – Ordre des Avocates du Brésil (BR)
- RAPO – Recours administratif préalable obligatoire (FR)
- Res. – Résolution
- TJPR – Tribunal de Justice de l'État du Paraná (BR)
- UE – Union Européenne

SOMMAIRE

1 INTRODUCTION	14
2 L'ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE : DE NOUVEAUX HORIZONS AUX RELATIONS ENTRE LES PEUPLES ET L'ÉTAT	22
2.1 FONCTION ADMINISTRATIVE DÉMOCRATIQUE.....	31
2.1.1 Le droit à une bonne administration : participation dans un espace administratif de dialogue.....	40
2.1.2 Vers l'horizontalisation des relations entre le public et l'Administration en France	46
2.2 LA CONSTRUCTION D'UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE DIALOGIQUE.....	54
2.2.1 Perspectives dialogiques-démocratiques pour l'intérêt général.....	59
2.2.2 La contractualisation en tant qu'instrument de l'administration publique dialogique-démocratique.....	74
3 LA COMPOSITION ADMINISTRATIVE AMIABLE COMME MODE PRIORITAIRE ET PRÉVENTIF DE RÉOLUTION DES LITIGES ENTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES PARTICULIERS	86
3.1 L'ABSENCE DE COMPOSITION ADMINISTRATIVE, LA JUDICIARISATION EXCESSIVE CONTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES PREJUDICES POSSIBLES A L'INTERET GENERAL	92
3.2 LE SYSTEME JURIDIQUE BRESILIEN ET LA PRIORITE A LA SOLUTION CONSENSUELLE DES CONFLITS ADMINISTRATIFS AVEC LES PARTICULIERS .	113
3.3 LA MEDIATION COMME MECANISME REGLEMENTANT A L'AMIABLE LA RESOLUTION ET LA PREVENTION DES CONFLITS ENTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES PARTIES PRIVÉES	129
3.4 CARACTERISTIQUES DU PROCESSUS DE MEDIATION ET POSSIBILITE DE RENOUVELLEMENT DES RELATIONS JURIDIQUES ENTRE LES PARTIES PRIVEES ET L'ADMINISTRATION	141
4 LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE COMME MOYEN APPROPRIÉ DE RÉSOUDRE ET DE PRÉVENIR LES CONFLITS DANS UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE DÉMOCRATIQUE - POSSIBILITÉS DE MISE EN ŒUVRE.....	158
4.1 MÉDIATION ET ADMINISTRATION PUBLIQUE – OBSTACLES POSSIBLES ET COMPATIBILITÉ.....	159
4.2 LA MEDIATION ADMINISTRATIVE COMME MECANISME D'AMÉLIORATION DE LA REALISATION DES INTÉRÊTS GÉNÉRAUX.....	174
4.3 LES DÉFIS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA MEDIATION ADMINISTRATIVE - UN NOUVEL OUTIL POUR LA FONCTION ADMINISTRATIVE	199

5 PERSPECTIVES COMPARÉES DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE EN FRANCE – PROPOSITIONS DE MISE EN ŒUVRE AU BRÉSIL	226
5.1 ASPECTS DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE EN FRANCE	229
5.2 ASPECTS DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE AU BRÉSIL - PERSPECTIVES COMPARATIVES AVEC LA FRANCE	247
5.3 PROPOSITIONS POUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE AU BRÉSIL	267
5.3.1 Structures de médiation et médiateurs	276
6 DERNIÈRES CONSIDÉRATIONS	284
BIBLIOGRAPHIE	297
TABLE DE MATIÈRES.....	324

1 INTRODUCTION

On observe une judiciarisation constante et intense contre l'Administration Publique, dans diverses questions publiques, telles que les politiques publiques, l'application des droits sociaux, les compensations, la fonction publique, les appels d'offres et les contrats, les concours publics, le contrôle de l'exercice du pouvoir de police, entre autres. Il ne s'agit donc pas là d'une question publique isolée.

Les poursuites découlent d'une action ou d'une omission administrative ou d'un fait administratif et, par conséquent, elles ont eu à un moment donné des contacts avec l'Administration, plus spécifiquement, dans des relations de sujétion particulières, ou de sujétion générale, même si c'est en vue de remédier à des problèmes inévitables. Cela signifie que le contentieux administratif ne constitue pas le premier moment d'une relation controversée. Au contraire, l'introduction de l'action nécessite une controverse, de matérialité, fondée sur un certain lien entre l'individu et l'Administration et peut être précédée d'une demande ou d'un recours administratif. De plus, cette démarche nécessite la collecte de documents, d'arguments, d'être disponible en termes de temps, de ressources, la recherche d'un professionnel et le dépôt d'une plainte. Il ne s'agit pas d'une mesure automatique et hâtive, mais bel et bien d'un conflit a priori non résolu, ce en référence à l'identité de la personne qui est prête à saisir le juge.

En outre, la solution judiciaire des conflits, notamment de ceux liés au contenu du droit public-administratif, faisant l'objet de cette étude, ne s'est pas avérée adéquate en termes de respect des personnes physiques ou morales, pour l'exercice de leurs droits et pour la collectivité, et est susceptible de causer, à plusieurs reprises, des dommages aux intérêts publics, qui seront détaillés plus loin.

La résolution judiciaire, par le rite procédural formel lui-même, a tendance à prendre plus de temps que de raison. Ainsi, les revendications collectives s'accroissent compte tenu de l'éventail des droits garantis, de la complexité et de l'ensemble des besoins. Dans ce contexte, le Pouvoir Judiciaire, soupape d'échappement pour la majorité, s'est avéré insoutenable. Le problème de l'épuisement du système juridictionnel, en gardant ses particularités, est courant au Brésil et en France. Les dépenses d'entretien du système augmentent, tout comme le nombre de demandes et l'augmentation de ce coût, ne sont pas liées à un meilleur service à la communauté ni à la fourniture d'équipements, bien au contraire. Ainsi, la résolution des conflits est devenue plus chronophage et coûteuse sur le plan économique, ainsi qu'offensive pour les personnes pour lesquelles elle s'avère nécessaire. Les particuliers ou les entreprises

ont besoin d'une administration publique qui discute et résout les problèmes liés à leur activité. Il est donc clair qu'il n'y a aucun sens à maintenir ce cercle qui se renouvelle et s'agrandit de temps en temps, en s'éloignant de plus en plus de sa vocation, qui consiste à mieux servir la communauté.

La résolution exclusivement judiciaire des conflits commence à n'avoir aucun sens du point de vue de la place centrale de l'être humain et de sa dignité, ainsi que des droits qui la garantissent. La solution judiciaire, qui est le fruit d'une décision établie par d'autres parties en conflit, se caractérise par un formalisme excessif, des délais et une possibilité de participation réduite. Bien souvent, les parties qui sont directement et quotidiennement impliquées dans le conflit ne sont même pas entendues par le magistrat qui résoudra le conflit et dont elles devront accepter la décision et vivre avec elle. Par conséquent, même si la partie gagne un procès, il est possible que ses demandes ne soient pas satisfaites. Si l'on analyse cette image du processus judiciaire avec du recul, c'est comme si les parties étaient incapables d'exprimer ce qu'elles considèrent comme étant la meilleure façon de résoudre leur controverse. Cependant, l'État consacre et reconnaît les droits des êtres humains et la capacité qui est la leur pour manifester, dire et rechercher ce qui les satisfait le mieux.

Sous un autre angle, davantage lié à la fonction administrative de l'État, émergent les caractéristiques de ses structures qui consistent en une République, Démocratique et de Droit. Compte tenu de cette structure étatique, ainsi que des droits garantis aux personnes, il s'est avéré nécessaire de modifier les performances administratives de l'État. L'Administration Publique doit revoir ses performances traditionnellement formelles, liées à la loi dans un sens strict et rigide, en utilisant des prérogatives excessives, cachées et distantes par des procédures bureaucratiques. Ce mode d'action ne correspond pas aux besoins de la communauté pas plus qu'à l'État structuré par la Constitution.

L'administration publique utilise encore des procédures autoréférentielles qui ne permettent pas l'existence d'une relation dialogique avec les citoyens, ne les écoute pas, ne leur donne pas la parole, ne résout pas la demande et, absence de communication et de satisfaction des besoins qui brise les liens et génère des conflits. De plus, l'administration n'a pas prévu d'espaces ni d'objectif pour les résoudre. Ainsi, par exemple, il arrive que la clarification n'ait pas été fournie, que la demande ait été incomplète, ou n'ait pas été faite au bon moment ni au bon endroit. Ces requêtes non solutionnées ont souvent tendance à devenir de nouvelles demandes judiciaires. Il est observé que l'accès à la juridiction s'avère plus facile que celui à l'administration, qui pourrait permettre à l'individu de clarifier les controverses.

L'absence ou l'insuffisance d'espaces publics de dialogue au sein de l'administration publique empêche ou rend difficile la formulation de demandes, la connaissance de la réalité, la réponse aux requêtes et la réalisation des droits. D'autre part, on en déduit que la réalité d'une Administration Publique fermée au dialogue et à la résolution des conflits avec la communauté ne correspond pas à l'État démocratique structuré dans la Constitution de la République, ni à la consécration des droits fondamentaux.

La médiation est un instrument qui peut s'avérer utile pour l'ouverture de la communication et la résolution consensuelle des conflits avec l'Administration. De nombreuses législations nationales ont vu le jour pour réglementer et modifier ce contexte, notamment le Code de procédure civile, la loi de médiation pour les conflits administratifs et la loi d'introduction aux normes du droit brésilien.

Le processus de médiation peut être développé au cours d'une procédure judiciaire, séparément, ou extrajudiciaire, dont le renforcement contribue à la déjudiciarisation des conflits et, en même temps, à la solution et à la prévention des conflits par les personnes impliquées, même si sa mise en œuvre se limite en réalité à la sphère administrative brésilienne.

Malgré la disposition normative, il demeure nécessaire que l'Administration aborde de manière adéquate la question de la résolution et de la prévention des conflits, ce y compris en tant que moyen permettant de renforcer le rapport démocratique avec les individus et d'améliorer la réalisation des intérêts publics.

Cette étude a pour objet la difficulté de l'administration publique brésilienne à adopter efficacement des mécanismes démocratiques mettant en œuvre une relation de dialogue avec la société afin de permettre la prévention et la résolution des conflits, pour apparaître comme une bonne administration, ainsi que les conséquences néfastes que cette absence de procédés démocratiques ayant cette évocation peut entraîner pour l'ensemble de la communauté, aussi bien pour les personnes directement impliquées, que pour diverses autres catégories d'individus. Cette thèse vise donc à déterminer si, en vertu du droit brésilien, l'administration publique a le devoir de privilégier les processus de résolution amiable, tels que la médiation, afin de résoudre et prévenir les conflits avec les parties privées.

L'hypothèse est que l'action administrative brésilienne doit adopter des mécanismes élaborés à partir de résolutions amiables, en donnant la priorité à la prévention et aux solutions amiables des conflits avec les individus dans le respect du régime juridico-administratif, à l'exception des interdictions légales, en tant que nouvel instrument de la

fonction administrative pour mettre en œuvre l'État de droit démocratique et améliorer la réalisation des intérêts publics.

Il est proposé comme objectif général, que la médiation administrative soit mise en œuvre par l'Administration de manière progressive. Ainsi, cette médiation configure un autre instrument lié à la fonction administrative de l'État. Ces fonctions sont comprises comme un mécanisme du devoir de bonne administration, ayant la capacité d'améliorer la relation des individus avec l'Administration et la réalisation des intérêts publics, dans une perspective démocratique.

Ce thème permettrait de réaliser plusieurs coupures de presse et de mettre l'accent sur différents domaines du droit et de la connaissance. Cependant, le travail se concentre sur le droit administratif brésilien, plus verticalisé, ainsi que sur la médiation administrative consensuelle, extrajudiciaire, jugée comme étant une voie prioritaire pour résoudre et prévenir les conflits entre l'Administration Publique Directe et les personnes privées, physiques ou morales. Dans ce but, étant donné que ce thème est relativement récent et, qu'en droit administratif, surtout au Brésil, les expériences sont peu nombreuses, naissantes et isolées, cette étude est propositionnelle et prospective¹ et a été développée à partir de l'intégration de différents auteurs, des références pertinentes au sujet des points choisis du fait qu'ils s'avèrent essentiels pour le traitement de ce thème et la construction du raisonnement.

L'objectif de cette étude est de fournir des réflexions, de revisiter les (pré)concepts, de présenter de nouvelles perspectives et de générer des changements pratiques dans la performance de l'administration publique, des agents publics, des personnes physiques et morales privées, des professionnels du droit, dans l'enseignement et l'éducation juridique en faveur de la priorisation de la résolution consensuelle des conflits, en particulier dans la sphère publique en tant que mesure pour améliorer la réalisation des intérêts publics.

En vue de développer le travail qui est présenté, l'on utilise la méthode hypothético-déductive en ayant recours à des sources bibliographiques nationales et étrangères,

notamment françaises, des données statistiques de la recherche nationale et étrangère, des données officielles, la comparaison horizontale sur la médiation administrative au Brésil et en France et des contributions découlant de l'observation systématique des participants². Cette observation a été effectuée à partir de la réalisation de soixante heures pratiques de médiation et de conciliation dans le cadre de la Cour de justice de l'État du Paraná, pendant la

¹ Il est à noter que le projet de cette recherche a été reconnu par la PUCPR comme innovant et que de ce fait, nous avons été exemptés des frais de scolarité.

² MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 192-195.

période de juillet 2019 à juin 2020, dans un cours de formation en médiation judiciaire. Il a été possible d'observer spontanément, sans la formulation de questions directes ni d'audience spécifique, par le biais d'une participation active dans les positions d'observateur, de conciliateur et de médiateur, la façon dont les techniques de médiation et de conciliation sont appliquées, testées et dont elles se répercutent sur la tentative de résolution des conflits, leur assimilation ayant servi à améliorer la compréhension théorique du thème.

L'investigation du problème et la vérification de l'hypothèse au cours du travail passent par des comparaisons horizontales avec certaines caractéristiques du droit administratif français, soit indirectement, soit dans une comparaison plus directe.³ La comparaison apportée ne vise pas à transplanter la médiation administrative française au Brésil, comme s'il s'agissait d'un objet juridique déconnecté de son contexte. Il ne s'agit pas non plus d'établir une comparaison strictement juridique, mais, de manière plus large, de faire une comparaison culturelle et interdisciplinaire⁴, d'identifier les raisons qui ont conduit et ont guidé la mise en œuvre de l'institut dans le contexte français et d'examiner quelle a été sa relation avec le droit administratif.

Ainsi, l'objectif est de déterminer si l'on retrouve également ces raisons au Brésil, avec quelles répercussions dans le contexte de ce pays et si elles sont également susceptibles d'inspirer le règlement à l'amiable des litiges dans la sphère administrative ici, en tenant compte des particularités socio-économiques et culturelles de chaque pays. Il part de l'hypothèse de cultures juridiques distinctes dans le but d'engendrer d'autres éclairages, de générer des critiques réfléchies afin d'éliminer certaines difficultés et d'améliorer la mise en œuvre de la médiation administrative au Brésil. La comparaison « favorise l'approfondissement de l'esprit humain et la promotion de ce que l'on pourrait appeler un meilleur Droit, [...] susceptible d'avoir une plus grande sophistication théorique ».⁵

La raison du biais comparatif souhaité dans cette thèse découle de la référence française existant en droit administratif brésilien dans les points précédents, de son origine à nos jours. La doctrine et les précédents du Conseil d'État français et de la Cour des conflits représentent une riche inspiration pour le droit administratif brésilien. Il est identifié, inclusivement, par la réalisation de la Révolution française et l'impact qu'elle a généré sur la

³ Dans la comparaison horizontale, « les objets comparés sont contemporains, mais appartiennent à des systèmes juridiques distincts. L'aspect temporel reste statique, mais l'aspect territorial est dynamique ». MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, MS, v. 16, n. 32, p. 25-37, jul./dez. 2014, p. 32.

⁴ Adopté par LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. HACHEM, Daniel Wunder (Trad.). São Paulo: Contracorrente, 2018.

⁵ Ibid., p. 22.

formation du droit administratif moderne, la France étant considérée comme le berceau de cette branche du droit. Ainsi, il est parfaitement honorable et compatible de parcourir quelques voies du droit administratif français et de découvrir comment le thème de la médiation administrative s'est développé dans ce contexte.

De plus, cette comparaison a été encouragée par l'approche comparative qui a été développée au sein du programme de troisième cycle de la PUCPR, lors de cours avec des professeurs étrangers invités, parmi lesquels des Français ont ouvert notre horizon d'étude et de réflexion. En outre, non seulement pour des raisons théoriques, mais aussi pratiques, l'étude des perspectives comparatives du droit administratif français a été favorisée par la période de recherche de six mois à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, sous la direction du professeur David Capitant, effectuée grâce à la bourse Capes-PDSE et à la convention signée entre l'UCPP et ladite université. Pendant cette période, il a⁶ été possible d'intégrer l'École doctorale de droit comparé de Paris 1 et, avec les procédures requises, l'accord des professeurs et des institutions d'encadrement, de réaliser cette thèse en cotutelle.

Cette thèse, élaborée en cotutelle, est présentée en deux versions, l'une en portugais et l'autre en français pour faciliter le dépôt dans les deux institutions d'enseignement, la lecture et la compréhension par les professeurs évaluateurs, les autres membres de la communauté scientifique et la société. Les sources utilisées étant majoritairement brésiliennes et françaises, il a été décidé, pour en faciliter la compréhension, de traduire les citations respectives. Et, afin de ne pas polluer le texte, avec des notes de traduction dans chaque citation, il est souligné que toutes les traductions sont libres, faites par le chercheur, hormis celles pour lesquelles la source originale est déjà traduite. Un autre aspect pertinent concernant la traduction se réfère à l'utilisation des expressions « intérêt public » et « intérêt général » de manière indistincte, correspondant à l'utilisation faite dans le droit administratif brésilien et français, respectivement. Cependant, comme il n'existe pas de consensus sur les termes MARC, MARD, MARL, ADR, qui sont si courants en droit américain, nous avons donc opté pour l'utilisation de l'expression « résolution amiable », comme en droit brésilien, afin de couvrir les modes amiables de résolution des conflits, entre autres, la médiation. En ce qui concerne les normes méthodologiques, les normes ABNT ont été utilisées, conformément au Guide de normalisation du travail académique de la PUCPR, 2021.

⁶ Pendant la période de recherche à l'étranger, il a également été possible de suivre des cours de droit administratif, de droit comparé et de méthodes alternatives de résolution des conflits, ce qui a grandement contribué à l'assimilation de leurs notions.

Après cette introduction, qui se réfère au développement, dans le but d'investiguer la problématique et de corroborer l'hypothèse annoncée, la section 2 analyse le contexte plus large dans lequel s'insère le thème, les transformations qu'ont connues l'État, l'Administration publique et ses relations avec les individus. Sans se limiter au sens littéral de la loi, à partir de l'établissement de l'État de droit démocratique, du concept de droit administratif social, de la reconnaissance du droit à la bonne administration, l'on parcourt le chemin plus vaste de la construction de relations juridiques démocratiques, dialogiques, avec la participation et la collaboration des personnes impliquées et, par conséquent, plus horizontales entre les individus et l'Administration publique. En cela, on identifie la perspective d'une action publique moins autoritaire et unilatérale, dans laquelle l'excès de prérogatives laisse place au dialogue, au consensus et à la contractualisation de solutions collaboratives.

Dans la section 3, nous cherchons à réévaluer la judiciarisation en tant que mode prioritaire de résolution des conflits, à comprendre quels problèmes l'utilisation prédominante de ce mode peut causer à la réalisation des intérêts publics et comment elle peut affecter les parties impliquées. L'auto-composition administrative est présentée à partir du système juridique brésilien. La médiation se positionne dans le thème de la résolution amiable. Les techniques, les caractéristiques et les capacités de la médiation en tant que mécanisme prioritaire pour la résolution et la prévention des conflits avec l'Administration sont appréciées et son potentiel pour le renouvellement des relations entre l'Administration et les individus est évalué.

Dans la section 4, à l'intersection entre l'institut de la médiation et le droit administratif, on signale certains obstacles susceptibles d'entraver le développement de la médiation administrative et l'on présente des perspectives de compatibilité. Il s'y ajoute la réflexion sur le potentiel de la médiation administrative afin d'améliorer la réalisation des intérêts publics et, dans une perspective démocratique, pour configurer un nouvel instrument de la fonction administrative. Et, afin de mettre en œuvre l'institut et d'assurer son efficacité, certains défis à sa mise en œuvre sont envisagés.

Enfin, dans la section 5, une analyse comparative est menée entre la médiation administrative en France et au Brésil, en examinant le contexte français de la médiation, la façon dont il est apparu et pour quelles raisons, par ailleurs, nous émettons quelques considérations sur l'expérience de l'utilisation de l'institut dans l'Administration Publique dans ce pays. D'autre part, en considérant les distinctions existant entre ces deux pays, il est demandé si les raisons qui ont conduit la France à adopter et à fomentier la médiation, sont présentes dans le contexte brésilien, dans quelle mesure et avec quelle intensité. A partir de

l'implantation de la médiation administrative en France, traditionnellement le berceau et la référence du droit administratif mondial, il est prévu de générer des réflexions sur l'utilisation et les avantages qu'il y a, à privilégier, au Brésil, la médiation administrative en tant que mode de résolution et de prévention des controverses entre l'Administration et les particuliers. Enfin, sur la base de la comparaison et de l'étude réalisée, quelques propositions pour la mise en œuvre de la médiation administrative brésilienne sont présentées.

2 L'ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE : DE NOUVEAUX HORIZONS AUX RELATIONS ENTRE LES PEUPLES ET L'ÉTAT

L'État de Droit, durant l'après-guerre⁷, dans chaque système juridique, à sa manière et selon son époque, a commencé à mettre l'accent sur l'importance, pour l'être humain, de s'ouvrir à la démocratie, aux formes de participations politiques, sociales et dialogiques.⁸ À partir de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, le gouvernement libre a commencé à intégrer la conception de chaque être humain, de sorte que le sujet a été remplacé par l'homme-citoyen.⁹ Aujourd'hui, en raison de plusieurs facteurs, parmi lesquels « la critique des formes électorales de la représentation », « la constitution retrouve son objet premier, la société et avec elle les différents pouvoirs qui la constituent. ».¹⁰

De cette manière, a eu lieu un réajustement des rôles de la collectivité et de l'Etat. L'on a octroyé à ce dernier une orientation instrumentale, dans l'exercice de la souveraineté, attestant de la réalisation non seulement d'un État de droit, fondé uniquement sur la légalité et la représentation, mais également d'un État de droit également démocratique, dit « État de juridiction ».¹¹

L'intérêt envers l'humanité, émanant des déclarations des droits, a promu des « révolutions transformatrices ».¹² Il ne s'est pas seulement agi de l'émergence de nouvelles

⁷ On remarque que ces droits ont été renforcés après les guerres mondiales et, principalement, après la Chute du Mur de Berlin, toutefois, ils avaient été prévus dans d'autres documents précédents, tels que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Signalons que la Constitution du 4 octobre 1958 a proclamé l'attachement aux droits de l'homme (préambule) et que la Charte des Droits Fondamentaux de L'Union Européenne affirme, quant à elle, que « l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine [...] » (préambule). Disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Accès le: 12 juillet. 2021.

⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 70-71. Diogo Figueiredo Moreira Neto souligne également qu'après les guerres mondiales, le caractère sacré de l'homme a surgi et la souveraineté est passée au peuple, compris comme le groupe des citoyens. Dans la seconde moitié du XXe siècle, la primauté de l'État a commencé à être réévaluée à l'aune de celle du citoyen. In: **Pouvoir, droit et État**: le droit administratif à l'ère de la mondialisation. Fórum: Belo Horizonte, 2011, p. 27, 37, 67.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 148-149.

¹⁰ ROUSSEAU, Dominique. L'ouverture du droit constitutionnel aux tiers pouvoirs, p. 159-164. In: HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane. (Dir.) **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux**. Paris: Éditions Kimé, 2012, p. 160.

¹¹ Juridicité comprise comme un ensemble de légalité et de légitimité afin de rendre l'organisation politique plus efficace. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Pouvoir, droit et État**: le droit administratif à l'époque de la mondialisation. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 49-50, 75.

¹² Les révolutions se produisent quand il n'existe aucune possibilité de se défendre des anomalies produites par la tradition existante, commencent alors les investigations et les nouveaux compromis. La transition vers un nouveau paradigme configure une révolution scientifique. Pendant les révolutions, « les scientifiques voient des choses nouvelles et différentes quand, à l'aide d'instruments familiers, ils regardent les mêmes points déjà examinés auparavant. » Des révolutions se produisent lorsqu'il n'est plus possible d'esquiver les anomalies de la tradition existante, et alors les enquêtes et les nouveaux engagements commencent. Le passage à un nouveau

législations, mais également du renouvellement des interprétations en termes axiologiques et théologiques.¹³ Les problèmes qui sont apparus ont commencé à ne plus admettre les solutions en vigueur, ce qui a permis la formulation de nouveaux paradigmes ouverts au débat et à des expérimentations. Il est possible, de cette façon, d'identifier de nouveaux paradigmes tels que la primauté de l'être humain et la rénovation démocratique, basée sur les racines sociales, visant davantage de liberté et le renouvellement des modes de convivialité humaine.¹⁴

Le système normatif s'est fondé sur la dignité de la personne humaine et sur les droits fondamentaux qui en émanent. Ainsi, le droit constitutionnel a commencé à mettre l'accent sur *la performance*, dans le souci d'être efficace sur le plan juridique et d'assurer l'efficacité sociale des dispositions constitutionnelles.¹⁵

Du fait que l'être humain occupe désormais une place centrale et que la démocratie est renforcée, l'espace public commence à être marqué par les « virtualités du processus démocratique plus ouvert, intense et profond », par l'introduction de nouveaux mécanismes, par la réduction de la représentation politique, « dont la crise est manifeste et dont la décadence est irrémédiable ».¹⁶

L'État de juridicité exige le renouvellement des instituts qui permettent une « collaboration démocratique intense, complexe et pluraliste entre la société et l'État », et qui doivent se montrer plus consensuels et flexibles afin de répondre aux complexités et au pluralisme contemporain.¹⁷ L'ouverture démocratique favorise le contact et l'échange à l'égard d'autres savoirs pluriels, dimension qui avait été perdue dans un constitutionnalisme fermé.¹⁸

paradigme est une révolution scientifique. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 25, 122, 145.

¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 158.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 43-45, 48, 67-68.

¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 4.8.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278. Dans la même ligne, Marie-Anne Cohendet affirme que « La démocratie représentative semble être en crise, » mais la nouveauté « semble résider dans le fait que les citoyens aient, plus que jamais, pris conscience de la complexité et des limites de la démocratie représentative ». « En France comme dans la plupart des pays, la démocratie est essentiellement représentative ». COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique ? **Cités**, vol. 18, no. 2, 2004, pp. 41-61, p. 41-42.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 50, 52.

¹⁸ Ils sont qualifiés de « tiers pouvoirs » et sont donc en contact avec les autres savoirs, sous des dénominations variées, « propres à chaque école, c'est le pluralisme des 'lieux', des 'espaces', des 'champs', des 'domaines', des 'cités', des 'sphères' de pouvoir dans la société qui pèsent sur la liberté des individus. » ROUSSEAU, Dominique. L'ouverture du droit constitutionnel aux tiers pouvoirs, p. 159-164. In : HERRERA, Carlos Miguel;

Dans une tendance universelle, la démocratie commence à intégrer le mode d'organisation de la vie politique. Peu à peu, les membres de la société deviennent plus présents et davantage conscients et participent ainsi à la vie publique, dans certains pays plus que dans d'autres. De ce fait, « l'intégration des individus à la vie sociale par un tissu associatif de plus en plus riche » engendre le rayonnement du pluralisme, qui caractérise les sociétés multiculturelles.¹⁹

À la faveur de l'engagement d'un grand nombre d'acteurs politiques, sociaux et économiques, afin de bénéficier de la contribution de diverses perspectives, a eu lieu une multiplication, notamment dans certains pays européens, des modalités de négociation explicite de l'action publique, ce qui a engendré le développement du débat public au moyen des processus démocratiques, avec la formulation et la confrontation des arguments.²⁰

L'action publique de l'État acquiert un nouveau style, pluraliste et consensuel.²¹ Une nouvelle « action publique » est identifiée, visant à répondre à cette évolution, marquée par un système complexe « d'interrelations et d'interdépendances ». Dans ce système, l'État, qui ne peut plus compter sur l'efficacité des instruments classiques d'autorité et des outils de coercition, doit ainsi composer avec différents acteurs et les associer à son action.²² Étant donné la complexité des problèmes et le nombre plus élevé d'acteurs impliqués, l'on commence à utiliser des mécanismes d'action, de coordination et d'intégration plus flexibles.²³ Cette nouvelle « action publique » dénonce les routines, la bureaucratie et le manque d'écoute des citoyens. Le changement dans les relations du Pouvoir Public et la proposition de débat avant que la décision soit prise ont favorisé la requalification de la chose publique.²⁴

Dans cette ligne de valorisation de l'être humain et de renouvellement de la démocratie, est adopté, ce que l'on appelle le « gouvernement ouvert », qui « est considéré comme une notion récente malgré ses origines anciennes ».²⁵ Selon la définition donnée par le

PINON, Stéphane. (Dir.) **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux**. Paris: Éditions Kimé, 2012, p. 162.

¹⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, juil./déc. 2015, p. 20.

²⁰ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 89, 91.

²¹ CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018.

²² GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 146.

²³ CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018.

²⁴ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 146.

²⁵ « La notion de gouvernements ouverts évoque inévitablement des droits affirmés depuis très longtemps, et parfois depuis la philosophie des Lumières qui a nourri au moins les révolutions françaises et américaines à la fin du XVIIIe siècle. » BOUHADANA, Irène; GILLES, William. De L'Esprit des Gouvernements Ouverts.

Président Obama en 2009²⁶, il correspond à un renforcement de la transparence gouvernementale, au développement de la participation citoyenne et à l'encouragement de la collaboration des différentes parties prenantes au processus de décision publique, ainsi que de celle des agents publics.²⁷ Le gouvernement ouvert a encore pour objectifs d'agréger d'autres connaissances et sources extérieures au gouvernement, de décourager les dépenses et l'utilisation abusive des ressources publiques et de chercher ainsi à déplacer efficacement ces ressources.²⁸ Un gouvernement ouvert constitue donc un moyen, et non une fin, ayant pour objectif de renforcer la démocratie, à bien des égards, et de promouvoir l'efficacité et l'efficacité de l'action publique.

Le sens du gouvernement ouvert n'est pas simplement de donner l'information au public, ni même d'agir en toute transparence et de rendre les données accessibles, mais il s'agit surtout d'un processus d'ouverture et de création d'interactions entre le citoyen et l'État, et plus largement les administrations publiques. « Cette interaction peut prendre à la fois la forme traditionnelle de démocratie participative mais aussi la forme renouvelée de démocratie collaborative. ».²⁹

A partir de l'évolution de la position des citoyens par rapport à l'État, de nouveaux droits apparaissent, comme celui de la co-construction de la décision politique avec le citoyen, qui peut se réaliser de plusieurs façons. « Cette co-construction vise en outre à consolider le lien particulier déjà évoqué par Montesquieu entre les citoyens, les gouvernements et la démocratie », selon lui « dans les démocraties seulement, « le gouvernement est confié à chaque citoyen ». ³⁰ D'après cette façon de comprendre la notion de gouvernement ouvert, ce dernier remodèle des conceptions anciennes.

Dans un gouvernement ouvert, l'une des caractéristiques du citoyen est qu'il peut « se prononcer régulièrement sur les décisions qui le concernent » et les États sont responsables de

International Journal of Open Governments v. 4, p. 4, 15. Disponible sur : <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO>. Accès le : 10 juin 2020.

²⁶ Cette proposition vise un gouvernement plus démocratique et plus efficace afin d'améliorer la qualité de vie des gens. L'effort en faveur d'un gouvernement ouvert au sein de l'administration repose sur trois piliers structurels: la transparence, la participation et la collaboration. The White House. *The Obama administration's commitment to open government : Status Report*, 2011, p. 4-5. Disponible sur : https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/opengov_report.pdf. Accès le : 10 août 2020.

²⁷ BOUHADANA, Irène; GILLES, William. De L'Esprit des Gouvernements Ouverts. **International Journal of Open Governments**, v. 4, p. 5. Disponible sur : <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO>. Accès le : 10 juin 2020.

²⁸ THE WHITE HOUSE. *The Obama administration's commitment to open government : Status Report*, 2011, p. 5. Disponible sur : https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/opengov_report.pdf. Accès le : 10 août 2020.

²⁹ BOUHADANA, Irène; GILLES, William. De L'Esprit des Gouvernements Ouverts. **International Journal of Open Governments**, v. 4, p. 14. Disponible sur : <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO>. Accès le : 10 juin 2020.

³⁰ Ibid., p. 16.

la mise en place des «mécanismes de démocratie participative et au moins à moyen terme, (contribuent) à développer des mécanismes de co-construction des décisions publiques. »³¹

Il apparaît, par conséquent, que l'État de Droit Démocratique, centré sur la personne humaine et sur les conditions de son propre entretien en tant que tel, vise à servir les personnes, leurs besoins, non comme de simples sujets, mais à partir de définitions communes de leurs intérêts, en tant que sujets de droit, participants et collaborateurs, dans une constante construction commune. Cette conception modifie l'angle des relations entre les citoyens et le Pouvoir Public, en les rendant plus proches et plus équilibrées, en permettant ainsi une plus grande horizontalisation.³²

Dans le cas de la structuration étatique au milieu du XXe siècle, la Constitution de la République Fédérative du Brésil de 1988, alignée sur d'autres constitutions de l'époque, a consacré une structure étatique de Droit et Démocratie, centrée sur les droits de la personne humaine, dans le but de promouvoir le bien-être social, et de renouveler la participation démocratique, ce, en contradiction avec le fait que seuls quelques-uns puissent être des protagonistes au sein de l'espace public. L'ajout du terme « démocratique » à l'expression État de Droit a donné à l'État le pouvoir de légitimité, au-delà de la légalité.

Dans l'État brésilien, le principe démocratique a acquis une place importante par le biais du constitutionnalisme éthique³³, associé à la dignité de la personne humaine en guise de base de la fondation de l'État, de sorte que la légitimation de l'État présuppose la réalisation de la démocratie.

L'État brésilien a également adopté la forme républicaine de gouvernement qui est associée à la démocratie participative et qui englobe le domaine du « peuple par le peuple », à travers « *la délibération politique* de citoyens libres et égaux », ce qui suppose un débat public et libre.³⁴

³¹ Ibid., p. 19.

³² En réalité, on note aussi que l'origine de la Constitution renvoie à la société, « selon l'article 16 de la Déclaration de 1789, l'objet de la constitution n'est pas l'État mais la société [...] Au demeurant, quand Montesquieu imagine la constitution idéale, il part d'une analyse de la société, d'une analyse des « puissances sociales » – noblesse, bourgeoisie... – et recherche une structure de pouvoir exprimant la structure sociale ; de même, quand Rousseau rédige son projet de constitution pour la Corse, il prend explicitement pour base et objectif de son travail la structuration sociale corse ». ROUSSEAU, Dominique. L'ouverture du droit constitutionnel aux tiers pouvoirs, p. 159-164. In : HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane. (Dir.) **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux**. Paris: Éditions Kimé, 2012, p. 159-160.

³³ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito público. São Paulo: Manole, 2003, p. 155.

³⁴ « La démocratie délibérative est comprise comme un ordre politique dans lequel les citoyens s'engagent: (1) à résoudre collectivement les problèmes posés par leurs choix collectifs à travers le débat public; (2) à accepter les institutions politiques de base comme légitimes dans la mesure où elles constituent le cadre d'une délibération

La Constitution de la République a reconnu que tout le pouvoir émane du peuple, caractéristique qui a des répercussions sur les fonctions étatiques, en tant qu'activités soumises au Droit, déléguées par le peuple, de sorte que sous le biais démocratique, il ne s'agit pas seulement de pouvoirs, mais de fonctions de l'État.³⁵

Dans cette optique, la légitimation du pouvoir est donnée par le peuple, puisqu'il s'agit du « gouvernement du peuple », en utilisant les critères « d'électivité, de collégialité, de temporalité et de pluralité » et « sous-jacents à ces critères se trouvent les principes de liberté, d'égalité et de consensus ».³⁶

La Constitution Française de 1958 consacre également la France comme une République indivisible, démocratique et sociale, ce qui assure au peuple la souveraineté nationale et elle adopte le principe du «gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ».³⁷

Comme on l'a vu, la création d'un État Démocratique exige l'exercice de la démocratie représentative³⁸, ainsi qu'également celui de la démocratie participative³⁹, dans une relation dialectique et intégratrice des éléments démocratiques représentatifs et participatifs. « Le substrat de la démocratie est donc la participation [...] c'est la présence maximale du peuple ». La « formule peut sembler, et elle est en fait pléonastique; mais un pléonisme qui rajeunit le concept ».⁴⁰

La démocratie participative exige la participation permanente des citoyens aux processus de prise de décision, au contrôle et à la production des « inputs politiques démocratiques ». Le processus démocratique est présent de manière dynamique et dans une « continuité transpersonnelle », ce qui permet le développement et la liberté de participation des citoyens⁴¹ à la constante légitimation de la performance publique, avec l'insertion de valeurs,

publique prise en toute liberté. » CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 224-225.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 229.

³⁷ FRANCE. Constitution du 4 octobre 1958. Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Accès le : 12 juillet 2021.

³⁸ Il est compris comme le choix populaire du pouvoir gouvernemental, il s'agit de l'accès démocratique du peuple au pouvoir public, à la démocratie formelle. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 142.

³⁹ Il est précisé que la participation démocratique peut signifier « démocratiser la démocratie », ce qui veut dire «optimiser la participation directe et active des hommes et des femmes». CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 301.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 283

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 288-289.

d'intérêts et de besoins, ainsi que le contrôle dans une perspective de durabilité. Il s'agit de la démocratie substantielle, de la participation populaire à l'exercice du pouvoir, dans le « comment gouverner », dans un constant « dialogue entre la société et son appareil de gouvernement » et, à partir de cette interaction, les décisions de l'État deviendront, plus que légales, légitimes.⁴²

La démocratie matérielle exige que la citoyenneté soit exercée de manière proactive, les personnes doivent cesser d'être seulement des sujets pour devenir des citoyens qui entrent en relation avec des « États présents et pourvoyeurs », visant la protection et à la promotion des droits fondamentaux.⁴³ Les citoyens, bien souvent, ne se rendent pas toujours compte que le détenteur, le propriétaire de la politique et de ses institutions, est le peuple, et, d'un autre côté, de nombreux gestionnaires publics n'ont pas compris que les pouvoirs qu'ils administrent appartiennent au peuple et sont à la disposition de tous.⁴⁴

La démocratie est donc basée sur la liberté partagée, de sorte que, par la manifestation d'une volonté convergente, un projet soit atteint dans la recherche de possibilités d'évolution des conditions actuelles des individus, de la communauté et des générations futures.⁴⁵

Le pouvoir de l'État est exercé pour la collectivité, dont la souveraineté appartient au peuple. Ainsi, les actes de l'État seront plus légitimes et engendreront des résultats plus satisfaisants tant qu'ils représenteront fidèlement les intérêts de la collectivité.⁴⁶ De plus, « il n'y a pas d'efficacité possible dans la Constitution, [...] sans une citoyenneté participative ».⁴⁷

De cette manière, l'exercice de la démocratie permet l'accomplissement de la souveraineté populaire⁴⁸, qui sera d'autant plus complète quand les mécanismes permettant la transmission des intérêts de la collectivité à l'État deviendront meilleurs et plus fiables. Il est

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 142.

⁴³ Ibid., p. 69.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 15.

⁴⁵ BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663>, p. 304.

⁴⁶ En ce sens : la souveraineté populaire est « la source de tout pouvoir qui légitime l'autorité », il comprend le « principe du gouvernement démocratique et souverain, dont le sujet et le destinataire dans la concrétisation du système est le citoyen. » En outre, « l'État social, dans son plus haut degré de légitimité, sera toujours, à notre avis, celui qui consacrera le mieux les valeurs d'un système démocratique. » BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11, 159.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 137, p. 132.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 292.

cependant reconnu que la participation de la collectivité « s'élargit et se dilate vers une fin toutefois inaccessible : l'identité des gouverneurs et des gouvernés ».⁴⁹

La souveraineté populaire efficace impose la réalisation de la démocratie matérielle⁵⁰ lorsque la collectivité s'identifie dans les dispositions étatiques, ce qui exige « *une action (attention)* » de l'État pour répondre aux intérêts de la collectivité, une « *volonté de répondre* », au sens d'une perception qui amène à décider en fonction de ces intérêts et en mettant particulièrement l'accent sur l'existence d'un « *processus dialectique entre représentants et représenté* dans le sens d'une réalisation actualisant des moments ou l'universalité des intérêts du peuple et existant dans le peuple ».⁵¹ Ainsi, la démocratie participative comprend le processus de participation de la collectivité à la formation de l'action gouvernementale, qui « fait du citoyen-peuple le centre de la légitimité de tout le système ».⁵² La réalisation de la souveraineté populaire implique donc un changement d'angle de la relation entre l'État et la communauté.⁵³

En outre, les États français et brésilien apparaissent également comme un État social. Ainsi, cette nature sociale permet de comprendre le Droit comme une « organisation de la vie en société ».⁵⁴ Il s'agit d'un modèle dans lequel la société pèse plus que l'État, ce qui permet une convergence entre les efforts du pouvoir et des citoyens en vue de la réalisation de droits qui promulguent la liberté, l'égalité et la fraternité. Enfin, l'État social est la clé de la démocratie, il réconcilie la société et l'État et fournit une conception démocratique et

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57-58.

⁵⁰ Ce qui est une condition de l'efficacité réelle de la démocratie, comme le reconnaît le constituant portugais lorsqu'il énonce dans l'article 109 de la Constitution de la République portugaise que : « La participation directe et active des hommes et des femmes à la vie politique est une condition et un instrument fondamental pour la consolidation du système démocratique [...] ». Disponible sur : <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202009150200/128081/diploma/indice>. Accès le : 08 nov. 2020.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 294.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35, 57.

⁵³ La soumission passive des personnes à l'État perd de son sens, la souveraineté est partagée avec l'État, peu à peu les gens cessent d'être des sujets pour être des citoyens, détenteurs de droits fondamentaux liés à la personne humaine et opposables à tous, y compris à l'État, comme le souligne Diogo Figueiredo Moreira Neto. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Fórum: Belo Horizonte, 2011, p. 28.

⁵⁴ De plus, MOREIRA NETO ajoute qu'il s'agit là d'un ordre généré spontanément dans la société, par opposition à l'ordre artificiel imposé souverainement à celle-ci. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 74.

humaniste du pouvoir.⁵⁵ Dans un État social, le principal attribut du gouvernement et de l'Administration Publique est la volonté d'améliorer la qualité de vie de son peuple.⁵⁶

L'État brésilien, instauré par la Constitution de la République de 1988, est aligné sur de nouveaux paradigmes identifiés au milieu du XXe siècle, de la centralité de l'être humain, de ses droits et de la démocratie substantielle, se structurant, de la même façon, sur la base de ce que l'on a appelé « l'État de juridicité », sous l'influence de la constitutionnalisation du droit.⁵⁷ Un État doté d'une telle caractéristique ne se limite pas à la légalité étatique, il dépend de l'inspiration axiologique constante de la société, à travers des mécanismes de contact et de dialogue avec celle-ci. L'action de l'État doit être hybride, généralisée dans la société, pour faire émerger les expressions sociales et, par conséquent, la légitimité.⁵⁸

Ainsi, certaines caractéristiques étatiques de la modernité doivent être relues à partir de la consécration des droits de l'homme et des perspectives démocratiques, telles que l'exclusivité de l'État dans la production du Droit, la tripartition des pouvoirs et l'exclusivité de l'intermédiation des partis dans l'exercice des Pouvoirs Exécutif et Législatif.

Les canaux d'intermédiation des partis sont devenus insuffisants dans une nouvelle perspective démocratique et dans celle de la réalisation des droits de l'homme pour des sociétés complexes.⁵⁹ L'un des aspects permettant de diagnostiquer la crise de la démocratie représentative est « l'incapacité des politiques à changer notre vie » et, paradoxalement, « surtout une crise de croissance de la démocratie ». Les garanties de la démocratie se sont multipliées au sein de l'État, ainsi que les institutions qui représentent les citoyens, qui, cependant, n'identifient pas précisément qui sont leurs représentants et peuvent « avoir un sentiment de dilution des pouvoirs et donc des responsabilités ». Ce paradigme « fait que les hommes politiques évoquent assez fréquemment les limites de leurs pouvoirs pour justifier

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151-152, 156-157.

⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 15.

⁵⁷ Voir à ce sujet, par exemple: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125-191. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 99.

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 80.

leur inaptitude à changer la vie des citoyens. »⁶⁰ De cette façon, « la représentation politique est devenue plus complexe [...] et donc plus difficilement compréhensible pour les citoyens. »

Afin de surmonter l'insuffisance de la démocratie représentative, un processus de renouvellement des anciens instruments et d'insertion de nouveaux modèles, encore en cours, est recherché.⁶¹ Des canaux doivent être ouverts à la constante participation de la société, en tant que « source de complémentarité, de supplémentation et de renforcement de la légitimité démocratique » de façon à « soutenir les valeurs complexes de la juridicité ». ⁶²

Ainsi, l'État Démocratique et Social de Droit, caractéristique de la seconde moitié du XXe siècle et de son régime juridique, est centré sur la dignité de la personne humaine et de la démocratie, qui est non seulement représentative, mais également plus réelle et plus proche de l'être humain, participatif et collaboratif. Par conséquent, la valorisation de l'individu et de sa contribution à l'action étatique a exigé des ajustements dans les relations avec l'État. L'angle relationnel a changé et continue à le faire, ce qui se reflète dans l'étude et la proposition de moyens permettant cette nouvelle relation entre les personnes, physiques ou juridiques. De plus, ce changement constant permet à l'État d'être moins vertical et plus horizontal et flexible. L'État peut être qualifié de social et dynamique, lorsqu'il se base sur la compréhension de l'intérêt général et adopte une pensée ouverte, plurielle, dynamique et compatible.⁶³ C'est le panorama de fond sur lequel se développe cette recherche.

2.1 FONCTION ADMINISTRATIVE DÉMOCRATIQUE

L'État Post-Révolutionnaire Français a consacré la tripartition des pouvoirs, qualifiés d'Exécutif, de Législatif et de Judiciaire,⁶⁴ adoptés avec des nuances selon les particularités

⁶⁰ COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique ? *Cités*, vol. 18, no. 2, 2004, pp. 41-61, p. 42-43, 46.

⁶¹ Marie-Anne Cohendet considère, à propos de la quête d'une démocratie renouvelée, que « l'amélioration de la démocratie participative passe aussi par le développement de diverses procédures de consultation des électeurs et des administrés, notamment par des débats, [...] et, même s'ils peuvent faire l'objet de critiques vigoureuses, ils ont au moins l'avantage de rappeler que l'avis des citoyens est essentiel sur les grandes questions de société et que la démocratie n'est pas la dictature de la majorité mais qu'elle exige de véritables discussions contradictoires. » COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique ? *Cités*, vol. 18, no. 2, 2004, pp. 41-61, p. 55-57.

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

⁶³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 23.

⁶⁴ Selon l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen, une Constitution exige la séparation des pouvoirs et la garantie des droits. Les pouvoirs sont des « expressions vagues et imprécises, mais qui sont passées définitivement dans la langue du droit public [...]. Si l'accord s'est fait sur la terminologie, il est loin d'exister sur le fond des choses, et il y a des controverses nombreuses sur la nature de la législation, de

de chaque État.⁶⁵ Ainsi, selon la perspective démocratique qui vise à valoriser l'être humain, ce ne sont pas simplement des pouvoirs, mais des fonctions étatiques, au sens où l'État doit être en fonction et au service du peuple.⁶⁶ De la sorte, c'est à partir de la formation législative, juridictionnelle et exécutive, que l'État construit de façon prédominante sa fonction administrative.⁶⁷

Dans l'État moderne, qui a émergé après le mouvement révolutionnaire, l'activité législative a toujours revêtu une grande importance, en tant que représentant de la souveraineté de l'État, dans l'établissement de règles de conduite pour tous, la collectivité et l'État, qui doivent être observées par d'autres activités, juridictionnelles et exécutives.⁶⁸ Ce fait doit également être signalé, car il montre bien qu'il s'agit là de la fonction étatique la plus

l'administration et de la juridiction. » DUGUIT, Léon. **L'État a un droit objectif et une loi positive**. Paris: Dalloz, 2003, p. 412.

⁶⁵ Par exemple, il y a une différence entre la France et le Brésil en ce qui concerne le système judiciaire. En France, il existe en effet deux catégories de juridictions: celle judiciaire et l'administrative. L'un des traits essentiels du système français, est donc « l'existence d'une organisation juridictionnelle spécialisée dans le jugement des litiges administratifs et séparée des juridictions judiciaires », ce qui ressort du principe de séparation des pouvoirs, « interprété à la lumière d'une tradition ». Si le pouvoir judiciaire avait la possibilité de juger l'exécutif, cela pourrait générer le risque qu'il s'immisce dans l'action de l'exécutif. Pour éviter la tradition d'ingérence de l'Ancien régime, les révolutionnaires de 1789 ont décidé de suivre la tradition et ont interprété le principe dans le sens d'une interdiction, pour le pouvoir judiciaire, de statuer sur les litiges auxquels participe l'administration. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 17-18, 471-472. Il y a une « conception française de la séparation des pouvoirs », qui diffère de celle américaine, qui s'appuie sur des freins et des contrepoids. « Le seul et véritable pouvoir, c'est le pouvoir constituant du Souverain [...] la Nation est souveraine [...] cette Nation ne saurait avoir besoin de contre-pouvoir, car on ne saurait concevoir qu'un peuple libre puisse être son propre tyran. » PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: Lexis Nexis, 2020, p. 368. Au Brésil, au contraire, en s'inspirant du système de freins et de contrepoids, on adopte le système juridictionnel unique, dans lequel tout est axé sur la structure du pouvoir judiciaire, qui est chargé d'exercer un contrôle sur les litiges dans lesquels l'administration participe, selon l'art. 5º, XXXV, de la CRFB. FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 114.

⁶⁶ La fonction correspond à « l'idée d'un attachement indéclinable à une fin préétablie et qui doit être soignée au profit d'un tiers », la collectivité. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 98. Et, dans le même sens, en ce qui concerne la fonction administrative, elle est comprise « comme l'exercice d'un pouvoir nécessairement lié à une finalité extérieure à l'agent - elle empêche la compréhension du mandat administratif comme liberté de conduite ». BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 250.

⁶⁷ Une conception matérielle de la fonction de l'État est adoptée, bien qu'il soit reconnu que l'exécutif prédomine organiquement dans l'exercice typique de la fonction administrative de l'État. Les limites du pouvoir exécutif, dont la mission consiste à gouverner et administrer, s'avèrent difficiles à établir. « Gouverner c'est exercer les grandes options politiques, prendre les décisions essentielles qui engagent l'avenir national; administrer est quelque chose de beaucoup plus quotidien et de beaucoup plus technique : c'est prendre toutes les décisions nécessaires pour mettre en œuvre, rendre effectives, les décisions politiques du gouvernement. [...] Seulement il est très difficile de déterminer la frontière exacte entre les deux domaines ». L'administration est donc, « l'activité par laquelle les autorités publiques, et parfois privées, pourvoient, en utilisant le cas échéant des prérogatives de puissance publique, à la satisfaction des besoins d'intérêt public. » RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 4-5.

⁶⁸ Dans la conception française de la séparation des pouvoirs, il existe une grande subordination du Pouvoir Exécutif et de la fonction administrative au Pouvoir Législatif et une séparation stricte entre le Pouvoir Exécutif et celui Judiciaire. PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3. ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 369-372.

démocratique qui soit. Les législateurs, élus par le peuple, sous forme collégiale, le représentent dans la rédaction des lois, agissent en son nom, sans intermédiaire.⁶⁹

Ainsi, l'on s'aperçoit que la fonction législative de l'État a un caractère historique plus démocratique dans la composition de ses membres élus, et dans sa performance délibérative, qui, associée aux nouveaux paradigmes de l'action publique apparus au milieu du XXe siècle, était également plus propice à la mise en œuvre de mécanismes de démocratie directe.

Les fonctions exécutives et juridictionnelles, quant à elles, suivent une tradition moins démocratique, en particulier l'activité juridictionnelle, historiquement liée aux couches les plus riches et les plus influentes de la société.⁷⁰

Au sein de la fonction exécutive, bien que le chef de l'exécutif soit élu, la structure administrative, dans son ensemble, n'est pas composée de représentants directs, élus par le peuple. Au fil des années, cette structure a fini par être orientée par des techniques, des procédures et des formalités bureaucratiques, initialement utilisées afin de garantir la légalité, l'impersonnalité et d'éviter l'abus de pouvoir, mais qui, à certains moments, ont été déformées et sont devenues, à plusieurs reprises, du bureaucratisme.

Entre le XIXe et le XXe siècle, le type bureaucratique wébérien⁷¹ a été adopté comme une « machine » dans la pratique des processus de décision linéaires. L'exécutif était gouverné mécaniquement, d'en haut (les politiciens gouvernaient les bureaucrates), les agences étaient établies par les parlementaires, selon leur interprétation de la volonté populaire et les processus de prise de décision passaient d'un politicien de haut rang à un autre agent politique, par la médiation de la machine de l'exécutif.⁷² Le formalisme et les nombreuses procédures fermées, rigides et froides sont apparus comme le reflet d'une bureaucratie dans

⁶⁹ « L'État moderne [...] a associé au pouvoir législatif la représentation populaire et a vu là la meilleure garantie contre l'arbitraire ». DUGUIT, Léon. **L'État le droit objectif et la loi positive**. Paris: Dalloz, 2003, p. 434.

⁷⁰ Le Pouvoir Judiciaire, tel qu'il s'exerçait sous l'Ancien Régime, a laissé le souvenir déplorable d'une noblesse privilégiée, patrimonialiste et conservatrice, qui a suscité la méfiance à l'égard des constituants révolutionnaires. Ainsi, en France, il existait une séparation stricte entre les activités du Pouvoir Exécutif et celles du Pouvoir Judiciaire, comme le prévoit l'art. 13 de la loi 16-24 d'août 1790. PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 374-375.

⁷¹ L'administration bureaucratique proposée par Weber repose sur la séparation entre le public et le privé, elle représente une forme de domination due au savoir, tel est son caractère rationnel et, sous l'aspect social, impersonnel. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999, p. 143, 147.

⁷² CASSESSE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. **I•CON** 10 (2012), 603–613, p. 607. Disponible sur : <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/10/3/603/673508>. Accès le : 29 jul. 2020.

la structure administrative et en tant que moteurs de l'éloignement du collectif de cette importante activité étatique.⁷³

De cette manière, paradoxalement, on a vécu, dans l'activité exécutive étatique, dont l'on subit encore, de nos jours, les effets, la déconnexion de l'activité étatique de la collectivité, pourtant détentrice originelle de la souveraineté.⁷⁴

L'activité administrative, bien que soumise aux lois établies par le Législatif, est le lieu de la citoyenneté par excellence, de l'organisation de l'espace public, des prestations, des protections et des relations concrètes avec la communauté. L'activité administrative concrétise les termes abstraits de la loi, tout en la respectant⁷⁵, car elle définit la manière de réaliser les droits fondamentaux, ainsi que promeut, soutient et encadre des activités privées importantes pour la communauté, par exemple par le biais des activités de la police et des services publics.⁷⁶ Ainsi, paradoxalement, l'activité administrative, quotidienne et proche de l'individu, peut-être, en même temps, plus éloignée de ce dernier en termes d'ouverture à la participation et à la collaboration.

L'activité juridictionnelle de l'État, quant à elle, bien qu'exercée par des membres non élus, mais issus de la communauté et sélectionnés sur la base du mérite technique, à partir de

⁷³ On entend la bureaucratisation au sens d'une dégénérescence des fonctions et structures bureaucratiques, d'une « prolifération d'organismes sans lien avec les exigences générales de fonctionnalité, accentuation des aspects formels et procéduraux sur des aspects substantiels avec la lenteur des activités et la réduction des tâches effectuées, survie et éléphantiasis d'organismes qui ne remplissent plus aucune fonction efficace et, enfin, triomphe de l'organisation - la bureaucratie - sur ses objectifs. ». BENCINI, Fabrizio. *Verbete: burocratização*. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 130. Le problème, en soi, n'est pas le modèle bureaucratique, mais son défaut, car du fait d'une qualification, d'une spécialisation et d'une autonomie exacerbées, il est susceptible de générer une distance entre la communauté et la sphère publique. Voir dans ce sens: NOHARA, Irene. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 35, 65.

⁷⁴ Et selon ces considérations, le Brésil et la France, même si l'on ne peut nier leurs particularités, ont beaucoup de points communs.

⁷⁵ Administrer, « c'est exécuter les lois ». Toutefois, cela ne signifie pas pour autant l'exécution d'une loi en particulier, article par article, mais a le sens d'une « bonne exécution des lois en général ». PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3. ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 382, 384-385.

⁷⁶ L'exécutif peut, en pratique, avoir tout pouvoir immédiat et inconditionnel. Mettre l'Etat en mouvement, mettre en œuvre les lois, « c'est mesurer le climat politique, économique et social pour savoir quand et comment agir ; il s'agit de recueillir quotidiennement les informations et données techniques nécessaires ; [...] la fonction exécutive [...] est essentielle et inconditionnée, [...] la force d'initiative et d'accomplissement qu'elle comporte la place sur le même échelon voire au-dessus du pouvoir législatif ». PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3. ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 366.

concours publics, à la fin du XXe siècle⁷⁷, s'est rapprochée de la communauté grâce à un accès plus facile au pouvoir judiciaire.⁷⁸

L'activité exécutive, et donc celle administrative, contrairement à d'autres activités étatiques, a moins subi les effets des Révolutions Libérales et est demeurée conservatrice. L'ouverture administrative a eu lieu à partir du dialogue démocratique avec la société et de l'affirmation du constitutionnalisme⁷⁹, de sorte qu'il s'avère encore nécessaire d'instaurer des mécanismes d'interaction démocratique plus intenses et pluralistes entre la société et l'État.⁸⁰

Étant donné que la structure étatique tracée par la Constitution de la République Fédérative du Brésil est basée sur un État Social et un Droit Démocratique, tout comme la Constitution de la République Française, la conséquence logique est que l'Administration Publique de cet État et les relations juridiques entretenues avec la communauté sont guidées par ces piliers.⁸¹ Ainsi, l'Administration Publique doit nécessairement respecter et appliquer le Droit, ainsi que se fonder et se structurer démocratiquement, en valorisant l'être humain et en favorisant les droits sociaux.

Le principe de la participation politique découle de la conscience sociale et du désir d'influencer les décisions du pouvoir qui auront un impact sur soi. La légitimité du droit contemporain a été inscrite dans la Constitution de 1988 en vue de la participation démocratique.⁸² La citoyenneté et la dignité de la personne humaine, en tant que bases républicaines, déterminent que la fonction administrative vise, du début à la fin, l'intérêt des citoyens, individuellement et collectivement.⁸³

L'État de Droit et Démocratique exige non seulement la légalité, mais aussi le renforcement de la légitimité administrative avec la participation à la gestion administrative.⁸⁴

⁷⁷ Loi n. 9.099/1995, qui a prévu au Brésil une juridiction spéciale, gratuite, plus simple, pour les individus ayant de modestes revenus, disposant de moins de 40 salaires. Ceux disposant de revenus encore plus faibles, de moins de 20 salaires, peuvent bénéficier de l'assistance d'un avocat. Suivi par la loi 10.259/2001 des petites affaires au niveau fédéral.

⁷⁸ À cet égard, émergent de nombreuses demandes judiciaires. CNJ. **Justiça em números**. 2019. Brasília : CNJ, 2019, p. 99. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mars 2021.

⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8-12.

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

⁸¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 23.

⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21-22.

⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 46.

⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 159.

La participation administrative constitue un moyen de démocratisation du Pouvoir Public.⁸⁵ Bien que ce modèle étatique soit prévu depuis longtemps⁸⁶, l'on considère toutefois que le degré de citoyenneté et de participation ne lui correspond pas encore, ses caractéristiques démocratiques ne sont pas correctement sédimentées dans le système, la faible participation réelle à la vie publique est encore notable.⁸⁷ Ainsi, il est possible de diagnostiquer un décalage entre la Constitution Démocratique et Sociale et le mode d'exercice de la fonction publique encore adopté, profondément enraciné dans le modèle administratif du XIXe siècle, du fait que l'action administrative unilatérale prédomine sans la participation de la collectivité. Ce Droit Administratif « n'est plus capable de répondre à toutes les demandes de la société contemporaine, soulevées avec l'avènement de l'État Social et de droit Démocratique » (traduction libre).⁸⁸

L'Administration « est la projection de l'État au niveau de l'action concrète; c'est l'État en action, l'État en mouvement. L'Administration est l'ombre portée de l'État ». ⁸⁹ Ainsi, en vue d'appartenir à un État de Droit, démocratique et social, l'administration publique doit avoir sa propre structure, ses procédures et son activité tournées vers la dignité humaine, les droits de l'être humain, notamment sociaux, et la concrétisation de la démocratie matérielle.

En reconnaissant l'État comme social, y compris l'existence d'un « droit administratif social »⁹⁰, une relecture de la manière administrative d'agir est déterminée, de sorte que ses objectifs soient atteints, « imposant un renouvellement des vieux dogmes du Droit Administratif, comme une conception radicale de l'unité et de la hiérarchie, ou une vision de l'exercice du pouvoir administratif réduite à la voie unilatérale »⁹¹. Le modèle administratif, en vigueur jusque-là, « d'une administration posée comme comptable et garante de l'intérêt général », servait tout à la fois à préserver « son autonomie sociale et à cimenter son unité

⁸⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 74.

⁸⁶ Au Brésil depuis 1988, en Espagne, depuis 1978.

⁸⁷ Selon RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social). **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 18.

⁸⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 214.

⁸⁹ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 241.

⁹⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social). **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 9.

⁹¹ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773, p. 209.

organique ».⁹² Telles ne sont pas, aujourd'hui, les finalités de l'État et encore moins de l'Administration. La perspective démocratique et participative guidera l'action administrative afin d'assurer aux « citoyens la possibilité d'intervenir et de contribuer à la prise de décisions concernant les activités des pouvoirs publics, [...] contribuant, dans cette mesure, à la réalisation de l'État-providence ».⁹³

On identifie un mouvement de réduction de l'espace de la démocratie représentative au profit des citoyens, en ce qui concerne le contact avec eux et l'octroi de prérogatives afin qu'ils expriment directement leurs volontés, leurs besoins et les rendent valides, ce qui a un impact sur la performance administrative. Grâce à ce mouvement, les progrès de la « démocratie administrative » sont reconnus, sous plusieurs aspects, tels que l'amélioration de la transparence administrative, les procédures de participation, la consultation et le débat public, entre autres.⁹⁴

De cette façon, il faut réfléchir à la mise à jour du droit administratif et à une nouvelle manière de le comprendre, libérée des préjugés et des clichés du passé, centrée sur une conception plus humaine et rationnelle de l'intérêt général, liée à la réalité.⁹⁵ Le droit administratif est une branche du droit qui vise à la réalisation de l'État Social et Démocratique,⁹⁶ dont la légitimité réside dans la réalisation des droits fondamentaux et dans la démocratisation du fonctionnement de ses institutions.⁹⁷

Afin d'instaurer l'État de Droit et Démocratique, les mécanismes démocratiques, doivent être présents dans l'ensemble du système, en particulier dans la fonction administrative de l'État, car « la démocratisation de l'Administration Publique est une garantie de la démocratie de l'État et dans l'État ».⁹⁸ L'espace public, lieu qui est le théâtre d'actions de nature hétérogène et soutenu par différentes personnes, s'avère essentiel « dans la

⁹² CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif vu de la science administrative. *AJDA* n. 7, Paris, 2013.

⁹³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 75.

⁹⁴ AUBY, Jean-Bernard. La bataille de San Romano réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. *AJDA*, Paris, 2001, p. 912. Disponible sur : <https://www-dalloz-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2001/0912> . Accès : le 12 juillet. 2021.

⁹⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social). *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 9.

⁹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social). *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 9-10.

⁹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa, p. 158-176. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 35, 2006, p. 166.

⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 9., p. 95, 101.

construction de systèmes participatifs de la démocratie directe », dans lesquels il est possible de vivre avec des formes de représentation.⁹⁹

Dans cet ordre juridique tourné vers la dignité humaine et la démocratie, attaché à l'amélioration de la qualité de la vie, le droit administratif nécessite un fonctionnement plus ouvert, plus dynamique et plus humain. Le citoyen doit occuper une place centrale dans le droit administratif.¹⁰⁰ L'action administrative doit être au service du bien-être des citoyens et de la dignité de la personne humaine.¹⁰¹ Ainsi, le citoyen ne doit pas être traité comme un individu inerte et passif devant l'Administration et ses prérogatives, dans une relation fondée sur la soumission et la peur. Il est nécessaire de construire une conception plus juste et plus humaine de la fonction administrative.¹⁰²

Dans le cadre du concept de gouvernement ouvert, dans lequel on comprend l'ouverture des gouvernements, « [s]'imposent aux administrations des exigences tendant à placer les citoyens au cœur de l'élaboration des politiques publiques mises en œuvre par les gouvernements ».¹⁰³ Il est demandé la transformation de l'Administration Publique et de son « fonctionnement du fait notamment du renouvellement des relations administration- usagers et administration-agents publics ». L'action administrative adopte des procédures plus horizontales « pour permettre une meilleure intégration des citoyens, des agents publics, des usagers, des entreprises ou encore de la société civile au processus de décisions publiques. ».¹⁰⁴ Un gouvernement ouvert est érigé, par ailleurs de la transparence, sur la base d'une « plus grande participation et collaboration des acteurs publics et privés. ».¹⁰⁵

De cette manière, le paysage administratif est devenu plus complexe: « L'administration, les politiciens et la société forment maintenant un triangle; il n'y a plus de ligne de démarcation claire entre l'Administration et la société », la négociation, le commandement et le contrôle s'exercent simultanément. « Les processus décisionnels ont été

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 14.

¹⁰¹ La nature instrumentale de l'administration publique basée sur l'article 103.1 de la Constitution Espagnole qui dispose que: « La Administración sirve com objetividad, los intereses generales [...] ». RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 28.

¹⁰² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 14.

¹⁰³ BOUHADANA, Irène; GILLES, William. De L'Esprit des Gouvernements Ouverts. **International Journal of Open Governments**, 2017, v. 4, p. 3. Disponible sur : <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO>. Accès le : 10 juin 2020.

¹⁰⁴ Ibid., p.4

¹⁰⁵ Ibid.

remplacés ou accompagnés de consultations, de médiations, de procédures parlementaires » ou, simplement, par de nouvelles tentatives.¹⁰⁶

L'administration publique, à la recherche de la centralisation de l'être humain et de sa participation démocratique, surtout depuis les années 1990, s'intègre dans un mouvement de changement et de développement soutenu par de nouvelles idées. Ces transformations dans l'action administrative sont guidées par la coopération, la décision commune et le contrôle¹⁰⁷ et impliquent l'adoption de mesures plus transparentes et davantage ouvertes sur la possibilité d'expression, d'écoute et de motivation des décisions. Ainsi, l'Administration devient procédurale, commence à adopter de nouvelles procédures et à réviser les précédentes, dès lors que le modèle binaire et unilatéral de l'action administrative¹⁰⁸ tend à laisser place aux procédures administratives en guise de moyen d'élargir la démocratisation.

Afin d'être démocratique sur le plan matériel, c'est-à-dire, pour permettre la participation et la collaboration effective des personnes - physiques et juridiques - la fonction administrative doit par conséquent être structurée et organisée avec des procédures plus simplifiées, flexibles, ouvertes et propices au dialogue. L'État, dans le cas de l'Administration Publique, doit promouvoir les conditions pour que la liberté et l'égalité des personnes soient réelles et effectives, il doit lever les obstacles et encourager la participation des citoyens à la vie politique, économique, sociale et culturelle.¹⁰⁹ De cette manière, la fonction administrative démocratique fournit aux personnes, aussi bien physiques que juridiques, le droit de bénéficier d'une bonne administration.

¹⁰⁶ CASSESSE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. *I•CON* 10 (2012), 603–613, p. 608. Disponible sur : <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/10/3/603/673508>. Accès le : 29 juillet 2020.

¹⁰⁷ En ce sens, Adriana Schier souligne l'importance de la participation en considérant sa double dimension : la démocratique et celle de contrôle, comme un moyen de concrétisation des principes démocratiques et de l'État de Droit. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública**: o direito de reclamação. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 76, 184.

¹⁰⁸ CASSESSE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. *I•CON* 10 (2012), 603–613, p. 607. Disponible sur : <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/10/3/603/673508>. Accès le : 29 juillet 2020.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social). *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 11.

2.1.1 Le droit à une bonne administration : participation dans un espace administratif de dialogue

Le développement de la notion de bonne administration, en lien avec la démocratisation de la fonction administrative, apparaît comme un droit et un devoir.¹¹⁰ Le concept de bonne administration est orienté par la valorisation de la personne humaine, par les valeurs civiques et leurs qualités démocratiques. Le citoyen, détenteur du droit à une bonne administration, est un protagoniste actif, qui est effectivement traité comme une personne et cherche à participer à la configuration de l'intérêt général, car ce dernier, dans un État Social, de droit et démocratique, est défini sur la base d'une concertation entre les pouvoirs publics et la société.¹¹¹

« Le 'droit à une bonne administration' [...] recouvre un ensemble de règles d'ordre procédural (droit à être entendu, droit d'accès aux dossiers, obligation de motivation...) ; » prévues depuis longtemps dans un ensemble de textes¹¹², même si cette notion ne donnait alors pas encore lieu à cette formulation.

Le droit à une bonne administration a été reconnu comme un droit fondamental par la Recommandation n. R (80) 2, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, du 11 mars 1980. À son tour, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, proclamée par le Conseil de Nice le 10 décembre 2000, dans son art. 41, reconnaît le droit fondamental du citoyen à une bonne administration¹¹³. Cela s'explique par la considération qu'en démocratie,

¹¹⁰ Il convient de noter que le thème du droit à une bonne administration peut être exploré sous différents angles. Dans cette étude, l'accent sera mis sur l'un des aspects, les plus directement liés à la participation et au dialogue.

¹¹¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 30.

¹¹² CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif vu de la science administrative. **AJDA** n. 7, Paris, 2013.

¹¹³ Le droit fondamental à une bonne administration comporte d'innombrables principes corollaires, qui doivent affecter les relations entre l'administration et les citoyens, parmi lesquels ressortent les suivants : principe de légalité; principe du service objectif aux citoyens, qui est réalisé dans un profond respect des droits et intérêts légitimes des citoyens. Principe promotionnel, reposant sur la création de conditions pour que la liberté et l'égalité soient réelles, avec la suppression des obstacles et l'encouragement de la participation. Principe d'effectivité selon lequel les procédures et mesures doivent atteindre leur objectif, avec la suppression des obstacles formels, du silence administratif et des retards. Principe de proportionnalité, qui, entre autres aspects, nécessite un équilibre entre les intérêts publics et ceux privés. Principe de responsabilité, pour lequel l'Administration sera responsable des atteintes aux biens et aux droits des citoyens. Principe de facilitation, selon lequel l'Administration doit aider les citoyens à traiter leurs demandes, à en obtenir des copies, à y accéder, à se faire entendre, à formuler des allégations et à se renseigner sur les ressources disponibles. Un autre principe qui s'y ajoute est celui de la rapidité, l'Administration doit optimiser le temps, résoudre les procédures dans des délais raisonnables et encourager l'utilisation des technologies de l'information et de la communication. Il convient également de noter que le droit fondamental à une bonne administration figure à l'article II-101 du projet de Constitution pour l'Europe. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 32, 44-46.

les institutions politiques appartiennent au domaine populaire, aux citoyens. Ainsi, la fonction constitutionnelle de l'Administration Publique se concentre sur le service objectif de l'intérêt général.¹¹⁴ Au Brésil, le droit à une bonne administration est une norme implicite.¹¹⁵

La bonne administration a pour règle la position centrale du citoyen¹¹⁶ et est liée à « une sensibilité politique qui considère que la démocratie contemporaine pourrait se construire sur un mode procédural. » Elle se matérialise avec le déploiement des pratiques de délibération, sur « la formulation rationnelle d'arguments (mais aussi leur confrontation explicite), où l'agir communicationnel fonderait la relation entre soi et l'autre ».¹¹⁷ Le droit à une bonne Administration permet « de reconnecter l'organisation étatique à l'être humain, en la ramenant à l'objectif pour lequel elle a été créée ».¹¹⁸ Par conséquent, on peut voir le lien entre une bonne administration et l'exercice de la fonction administrative plus démocratique et davantage centrée sur les personnes. Le respect des multiples dimensions de la dignité humaine requiert le perfectionnement des instruments démocratiques qui favorisent la participation dans la gestion publique.¹¹⁹

Le droit à une bonne administration est reconnu comme un droit fondamental de la personne, qui exige du Pouvoir Public que l'espace public permette la réalisation de ses droits d'être humain, dans ses différentes dimensions. Il existe des besoins réels qui correspondent à des intérêts communs et sont nécessaires pour les gens, pris individuellement et ensemble, ce à différents degrés. Le concept de bonne administration inclut le droit du citoyen d'observer les sujets communs et collectifs afin de générer le bien-être général pour tous¹²⁰, à partir d'une action prépondérante, « en réseau, de la société et de l'agent public ».¹²¹ Il s'agit également

¹¹⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 30.

¹¹⁵ L'efficacité immédiate est attribuée au sens du contrôle du pouvoir discrétionnaire administratif, au-delà ou en deçà des limites. FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3.ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 13.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 43.

¹¹⁷ Concernant l'agir communicationnel, l'auteur fait référence à Habermas. GAUDIN, Jean Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 92.

¹¹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 269.

¹¹⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 237.

¹²⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 30.

¹²¹ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3.ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 20.

d'un droit qui détermine l'administration à démontrer les hypothèses de ses décisions concernant les avantages fournis par rapport aux coûts impliqués.¹²²

On constate que le droit fondamental à une bonne administration peut être obtenu à partir de la reconnaissance de certains droits subjectifs tels que le droit à une protection administrative effective¹²³, celui à une résolution administrative dans un délai raisonnable, le droit de participer aux actions administratives dans lesquelles les personnes ont un intérêt, celui de déposer des plaintes, des réclamations et des recours auprès de l'Administration.¹²⁴ Ainsi, le droit fondamental à une bonne administration comporte un aspect politique proactif afin d'insérer les personnes dans la vie politique-administrative de leurs pays respectifs, en définissant le concept de citoyenneté, en l'élargissant.¹²⁵

L'administration publique doit être au service de l'intérêt général, la définition et la réalisation de celui-ci, doivent être ouvertes aux différents interlocuteurs sociaux, dans un dialogue permanent.¹²⁶ Les citoyens, à leur tour, ont le droit de gérer l'intérêt général afin de favoriser le développement solidaire des personnes.

Sur la base de la participation et du dialogue de la collectivité avec l'Administration, il est possible de fournir des subventions pour que le Pouvoir Public serve efficacement l'intérêt général, en permettant l'instauration du droit à une bonne administration.¹²⁷

Ainsi, le pouvoir dans l'Administration, compatible avec une bonne administration, doit être humain, « ouvert, pluriel, modéré, équilibré, réaliste, efficace, efficient, socialement sensible, coopératif, attentif à l'opinion publique, dynamique et compatible ».¹²⁸ Le droit

¹²² Ibid., p. 13.

¹²³ Il est important de souligner, dans ce cas, le droit à une protection administrative effective, spontanée, intégrale et égale des droits sociaux fondamentaux basée sur l'interprétation systématique des dispositions de l'art. 5, §§ 1 et 2 et à l'art. 37, caput de la Constitution, ainsi que le droit fondamental à une protection administrative effective, établi dans la Charte ibéro-américaine des droits et devoirs du citoyen en matière d'administration publique, approuvée le 10 octobre 2013 par le *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, resumo.

¹²⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 47-48.

¹²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93.

¹²⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 21.

¹²⁷ XAVIER, Gabriela Costa. Novos rumos da Administração Pública eficiente – Participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e as decisões colegiadas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 33-43, maio 2014, p. 39.

¹²⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 16, 31.

administratif, afin d'assurer une bonne administration, doit être orienté vers la centralité de la personne, ainsi que vers son intégration et sa participation à l'espace public.

L'adoption de certains instruments de dialogue et de résolution permet une bonne gestion qui facilite la création d'un lien entre l'activité administrative et la réalité, car c'est seulement à partir de cette relation qu'il est possible d'améliorer le présent et de construire un meilleur avenir.¹²⁹ La réalité, à son tour, sera mieux évaluée par une contribution de ses caractéristiques davantage plurielle, ouverte, directe et participative, qui dépend également de canaux et de mécanismes adéquats d'interlocution entre le Pouvoir Public et les citoyens.¹³⁰

Favoriser la multiplication des procédures capables d'inciter les citoyens à des discussions argumentées et à la création de grands espaces de débats, permettra d'être plus proche de l'horizon démocratique envisagé. Le débat public et l'argumentation, avec l'exposition des arguments et des besoins de chacun, peuvent fournir, non un consensus automatique, mais ce qui s'avère plus pertinent, à savoir « un sentiment renforcé de l'être ensemble » au sens de Paul Ricœur.¹³¹

Une bonne administration n'est pas compatible avec une administration silencieuse envers les solutions, le service de la collectivité et la réalisation rapide des droits; elle ne doit donc pas favoriser des conflits, qui s'éternisent pendant plusieurs années dans le Judiciaire, ni occasionner un coût excessif pour la collectivité, associé à un gaspillage profond des ressources, ni perdre de vue l'objectif de la centralité de la dignité humaine. Une bonne gestion conduit l'Administration à agir rapidement, à ouvrir des espaces de valorisation des personnes, pour les servir, les écouter et, dans la mesure du possible, chercher à faire valoir leurs droits de la manière la plus immédiate et la plus intégrale possible, à égalité et en harmonie avec les autres droits garantis pour l'ordonnancement, ce qui s'éloigne de la philosophie antagoniste, précaire et conflictuelle.¹³²

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. HACHEM, Daniel Wunder. (Trad.). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

¹³¹ Dans le but d'illustrer la pensée de Paul Ricœur « 'vivre-bien' ne se limite pas aux seules relations interpersonnelles, mais il s'étend aussi à la vie dans des institutions, que Ricœur définit comme 'toutes les structures du vivre-ensemble d'une communauté historique, irréductibles aux relations interpersonnelles et pourtant reliées à elles' ». Svandra, Philippe. « Repenser l'éthique avec Paul Ricœur. Le soin : entre responsabilité, sollicitude et justice », **Recherche en soins infirmiers**, vol. 124, no. 1, 2016, pp. 19-27. <https://www.cairn.info/revue-recherche-en-soins-infirmiers-2016-1-page-19.htm>

¹³² FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3.ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 20.

Agir dans le respect d'une bonne administration ne signifie pas pour autant accepter toutes les demandes ou tous les besoins du citoyen, mais instaurer un espace de dialogue, adopter des procédures lui permettant d'exposer ses besoins, de son point de vue, d'établir un espace d'écoute par le Pouvoir Public. À son tour, dans cet espace de dialogue, le Pouvoir Public disposera d'un espace de motivation, il exprimera également ses réflexions, sa perspective et, sera attentif à la juridicité, il décidera, ou, dans des cas spécifiques, dans un cadre collaboratif, le citoyen et le pouvoir public pourront adapter ensemble la meilleure solution. Une bonne administration exige une révision des priorités uniquement axées sur le court terme, des prises de décision irrationnelles, de l'indifférence et du souci des coûts sociaux futurs.¹³³

En accueillant le droit fondamental à une bonne administration, la Charte Européenne des Droits Fondamentaux, prévoit qu'en plus de la participation des citoyens à la définition de l'intérêt général, chacun a le droit de bénéficier d'un traitement impartial, équitable et ce dans un délai raisonnable de leurs affaires de la part des institutions et organes de l'Union Européenne. Pour la bonne administration, la notion de temps revêt elle aussi de l'importance. Une solution impartiale et juste, mais qui prend trop de temps, court le risque de ne pas générer de vrais résultats pour la personne. Le délai raisonnable fait référence au temps pendant lequel la solution adoptée peut s'avérer efficace et ne pas nuire au droit du citoyen.¹³⁴

Un nouveau système administratif démocratique est défendu, guidé par le droit fondamental à une bonne administration publique, compris comme une Administration Publique efficiente et efficace, axé sur les priorités constitutionnelles, qui acquitte ses devoirs, « avec transparence, durabilité, motivation proportionnelle, impartialité et respect de la moralité, participation sociale et pleine responsabilité pour leurs conduites omises et commises. »¹³⁵

L'Administration Publique doit donc non seulement respecter les droits, mais aussi les rendre possibles et exécutable.¹³⁶ Une bonne administration démocratique doit être « engagée

¹³³Ibid., p. 17-18, 26, 31.

¹³⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 34.

¹³⁵ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21, 30.

¹³⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 22. Par ailleurs, au sens du droit à une bonne administration, il existe le droit fondamental à une protection administrative effective, établi dans la Charte ibéro-américaine des droits et devoirs du citoyen en rapport avec l'administration publique, approuvée le 10 octobre 2013 par le *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*, conforme destaca HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela**

à trouver des solutions aux vrais problèmes des gens à partir de la compréhension. ». ¹³⁷ Si l'Administration Publique s'abstient, si elle ne fournit pas de canaux administratifs de dialogue et de consultation avec la collectivité et, qu'en raison de cette omission et de sa structure fermée au dialogue, elle oblige le citoyen à revendiquer ses droits au sein du pouvoir judiciaire, il est certain qu'une telle administration n'agit pas selon le devoir d'une bonne administration. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz propose une réflexion en posant la question de savoir si, lorsque le Pouvoir Public est excessivement sollicité en justice, il exerce une bonne administration. En ce qui concerne l'obligation d'indemnisation, par exemple, une administration qui paie des millions en compensations n'est pas une bonne administration, car elle indemnise parce que cela signifie qu'elle cause fréquemment des dommages aux citoyens et, par conséquent, il vaut mieux causer moins de dommages pour indemniser moins. ¹³⁸

Le droit fondamental à une bonne administration peut être envisagé en termes formels, procéduraux, matériels et objectifs. Il est reconnu le droit du citoyen à la participation et à la collaboration avec le Pouvoir Public, ce qui favorise un changement dans la relation entre eux deux, plus d'ouverture, de proximité, de pluralité et d'horizontalité, donc, dans une vision procédurale. En revanche, les fruits de ces participations et collaborations, des décisions publiques plus alignées sur les réalités et les besoins apportés par les citoyens eux-mêmes et par d'autres acteurs sociaux, peuvent être perçus comme une bonne administration en termes concrets.

L'accomplissement de procédures inclusives, participatives ou collaboratives contribue à la réalisation du droit fondamental pour une bonne administration, que ce soit en termes procéduraux ou concrets. Ainsi, la voie à suivre dans cette étude est guidée par l'exécution de ce droit fondamental par le biais de l'ouverture de l'Administration Publique au dialogue avec les citoyens, visant l'accord à l'amiable en tant que moyen de résoudre et de prévenir les controverses.

administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, resumo.

¹³⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. HACHEM, Daniel Wunder. (Trad.). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 36.

¹³⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 38. Il faut ajouter que, sans aucun doute, il vaut toujours mieux recevoir l'indemnité appropriée, que des dommages-intérêts sans indemnité.

2.1.2 Vers l'horizontalisation des relations entre le public et l'Administration en France

La préoccupation d'améliorer les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations peut être reconnue en France depuis les années soixante-dix, quand un certain nombre de textes législatifs et réglementaires ont paru à ce propos. Il s'agit d'une période qui a « amorcé la rupture avec la conception qui prévalait à l'époque, à savoir celle de l'administré-sujet; les textes ainsi adoptés ont instauré - au profit des usagers dans leurs rapports avec les administrations - des droits alors nouveaux » tels que d'information, de transparence, de simplification des procédures, d'accessibilité aux règles, de qualité du service et de participation.¹³⁹ Diverses réformes ont eu lieu en vue de l'amélioration des relations et « tendent à diminuer le caractère autoritaire de l'acte unilatéral. »¹⁴⁰

La loi du 3 janvier 1973 a institué la fonction de médiateur de la République¹⁴¹, qui est une autorité administrative indépendante¹⁴², dont le rôle « est de défendre les droits des administrés contre les dysfonctionnements, l'opacité, la mauvaise volonté voire la mauvaise foi des administrations », mais qui ne possède pas le pouvoir de décider, juste de proposer des recommandations. Elle correspond à un mécanisme de contrôle non-juridictionnel¹⁴³. Ainsi, par conséquent, sa mission a apporté des améliorations à ses relations avec les citoyens, « c'est en effet le propre de la médiation que de s'efforcer d'aboutir par la négociation à une solution amiable et d'éviter dans toute la mesure du possible les procédures contentieuses. »¹⁴⁴

La création du médiateur de la République a été inspirée par l'Ombudsman, afin d'améliorer l'Administration « anonyme, voire inhumaine » et d'offrir aux citoyens « un protecteur plus accessible que le juge, et libre, contrairement à celui-ci, de dépasser le seul

¹³⁹ PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (1re partie). **Petites affiches**, n. 32, 14/02/2001, page 4. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103201?em=PISSALOUX>. Accès le : 20 sept. 2020.

¹⁴⁰ L'auteur fait aussi référence à la loi du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 343, 359.

¹⁴¹ « C'est sans doute la loi du 3 janvier 1973 qui - en instituant le médiateur de la République - a amorcé la rupture dans le « statut » des personnes face aux administrations : l'institution du médiateur a traduit le souci, au-delà des procédures contentieuses, de donner à l'administré-usager la possibilité d'une voie de recours contre les pratiques de « maladministration » dont il peut être victime. » PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (1re partie). **Petites affiches**, n. 32, 14/02/2001, page 4. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103201?em=PISSALOUX>. Accès le : 20 sept. 2020.

¹⁴² Conformément aux dispositions de la loi du 13 janvier 1989. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 467.

¹⁴³ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 29.

¹⁴⁴ PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (suite et fin). **Petites affiches**, n.33, 15/02/2001, page 5. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103302?em=pissaloux>. Consulté le : 20 sep. 2020.

respect du Droit ; (qui) [...] pouvait statuer ‘en équité’. ».¹⁴⁵ En 2008 l’article 41 de la loi constitutionnelle n. 224, du 23 juillet 2008¹⁴⁶, a introduit le Défenseur des Droits au sein de la Constitution, dans l’article 71-1. En 2011, par la loi n. 2011-333 du 29 mars, la fonction de médiateur de la République a été substituée par celle de défenseur des droits¹⁴⁷, celle-ci aussi régleménté par la loi n. 2011-334.¹⁴⁸ Le Défenseur des Droits a une liaison avec l’effectivité des droits fondamentaux des citoyens et « s’inscrit ainsi dans une démarche visant la promotion d’une bonne administration ».¹⁴⁹

Depuis les années quatre-vingt-dix, en effet, le citoyen est devenu une nouvelle « figure intégrative »¹⁵⁰ dans le contexte de la modernisation des services publics, puis dans celui de la réforme de l’État. En tant que tel, il va bien au-delà « d’usager, en englobant à la fois la figure de l’usager-acteur, celle de l’usager-partenaire et celle de l’usager-client, lesquelles légitiment respectivement les thèmes de la participation, de la transparence et de la qualité ». En réalité, il s’agit d’élever ou de surélever « le citoyen au cœur du service public ».

151

Dans cette perspective, le citoyen est celui qui a des droits et qui bâtit une nouvelle dimension dans les relations entre les individus et l’Administration; la dimension civique, qui ne se limite pas à la sphère politique, mais est une notion de citoyenneté élargie qui a un impact sur l’intégration sociale.¹⁵²

¹⁴⁵ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 467.

¹⁴⁶ Cela est la loi de modernisation des institutions de la Cinquième République. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000019237256>. Accès le : 07 fév. 2021.

¹⁴⁷ Olivier Renaudie remarque que l’établissement du défenseur des droits n’est pas eu tout à fait linéaire. La création « a en effet été à l’origine de nombreuses tensions et interrogations ». Toutefois, « la constitutionnalisation de ce nouvel organe doit lui donner un ‘poids plus grand’, lui assurer une ‘reconnaissance plus explicite’ et permettre ‘un recours plus aisé de chacun à cette institution’ ». » RENAUDIE, Olivier. La genèse complexe du défenseur des droits, p. 397-408. **Revue Française d’Administration Publique**, n° 139, 2011/3, p. 398-399, 402. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administrationpublique-2011-3-page-397.htm>. Accès le : 10 jan. 2021.

¹⁴⁸ Le Défenseur des droits a été institué par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, afin de renforcer substantiellement les possibilités de recours non juridictionnel dont dispose le citoyen pour assurer la défense de ses droits et libertés. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000021029382/> et sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000023781252/>. Accès le : 07 fév. 2021.

¹⁴⁹ RENAUDIE, Olivier. La genèse complexe du défenseur des droits, p. 397-408. **Revue Française d’Administration Publique**, n° 139, 2011/3, p. 400. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administrationpublique-2011-3-page-397.htm>. Accès le : 10 jan. 2021.

¹⁵⁰ L’auteur fait référence à l’expression de Jacques Chevallier, que l’on peut trouver dans CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa do serviço público. **Revista do Serviço Público**. Ano 47. Volume 120. Número 3. Set-Dez 1996, p. 42.

¹⁵¹ PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (1re partie). **Petites affiches**, n. 32, 14/02/2001, page 4. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103201?em=PISSALOUX>. Consulté le : 20 sept. 2020.

¹⁵² CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa do serviço público. **Revista do Serviço Público**. Ano 47. Volume 120. Número 3. Set-Dez 1996, p. 42.

Dans la voie du rapprochement et de l'amélioration des relations des citoyens avec les administrations, a été notable la Loi no 2000-321, du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les Administrations, DCRA. Parmi ses dispositions, cette loi traite, entre autres, du mode de déroulement des demandes des citoyens auprès des administrations et des décisions qui les concernent, ce qui favorise le renforcement de la médiation¹⁵³ et de l'objectif de « rendre les administrations plus simples, plus efficaces et plus proches et visant à améliorer les relations entre elles et les citoyens. »¹⁵⁴

La loi DCRA a élargi les compétences du médiateur de la République de façon à ce que, quand le médiateur l'estime nécessaire, et non plus seulement à l'occasion d'une réclamation, il a le pouvoir de proposer « des mesures susceptibles de remédier aux dysfonctionnements d'un organisme chargé d'une mission de service public » et aussi des modifications propres à remédier aux « situations inéquitables de dispositions législatives ou réglementaires ». Si le médiateur ne recevait aucune réponse, il pourrait rendre publiques ses propositions. « C'est donc bien à un renforcement d'ensemble de la médiation que conduit _ au profit des citoyens _ l'adoption de la loi du 12 avril 2000. »¹⁵⁵

En France on ne parle plus d'« administrés » mais de « citoyens », on constate un système d'amélioration des relations entre ceux-ci et l'Administration.¹⁵⁶ Les relations distantes et autoritaires tendent en effet à être corrigées, de nouvelles demandes apparaissent, telles que la facilitation d'accès aux services publics et la prise en compte des attentes des intéressés, ainsi que la « possibilité d'influence et d'emprise sur les processus administratifs ».

¹⁵³ A modifié différents points de la loi de 1973, qui ont simplifié l'accès au médiateur de la République, consacré législativement ses relais locaux et étendu ses pouvoirs. PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (suite et fin). **Petites affiches**, n.33, 15/02/2001, p. 5. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103302?em=pissaloux>. Accès le : 20 sep. 2020.

¹⁵⁴ PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (1re partie). **Petites affiches**, n. 32, 14/02/2001, p. 4. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103201?em=PISSALOUX>. Accès le : 20 sep. 2020.

¹⁵⁵ La « loi D.C.R.A. s'inscrit en effet dans le cadre de la réforme de l'État, qui [...] prend davantage en compte les relations entre les citoyens et les administrations. Mais si elle marque en la matière d'incontestables progrès, si elle concrétise une avancée positive, elle n'en constitue cependant qu'une étape. » PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (suite et fin). **Petites affiches**, n.33, 15/02/2001, p. 5. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103302?em=pissaloux>. Consulté le : 20 sep. 2020.

¹⁵⁶ Ce n'est pas nouveau, c'est devenu systématique, le décret du 28 novembre 1983 concernait les relations entre l'administration et les usagers (abrogé). Ensuite, la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Cependant, le mot « citoyen » s'avère ambigu, on comprend la relation existant entre les personnes physiques et morales avec l'Administration, que l'on retrouve dans la loi du 17 mai 2011 relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité du droit. » Il y a aussi eu la loi du 12 novembre 2013, qui permet au gouvernement de simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, suivie du code des relations entre le public et l'administration (code qui a adopté le mot « public » pour inclure tout à la fois les personnes physiques et celles morales). CHRETIÉN, Patrice; CHIFFLOT, Nicolas; TOURBE, Maxime. **Droit Administratif**. 17.ed. Paris : Sirey, 2020, p. 35-36.

L'administré n'est plus « traité seulement comme un assujetti, soumis au pouvoir administratif, ou comme un simple usager, bénéficiant des prestations que l'administration lui offre ». La relation administrative, qui revêt un aspect civique, ne correspond pas seulement à « l'imposition de règles ou de la fourniture de prestations. Apparaît la notion de 'citoyenneté administrative' », qui a tendance à supplanter la conception de « l'administré », ce qui, par conséquent, requiert une reformulation des instituts, « qui touche aux fondations mêmes du droit administratif ».¹⁵⁷

La citoyenneté administrative peut être reconnue dans le droit avec la loi du 12 avril 2000, DCRA, qui a manifesté « la volonté délibérée de refonder la relation administrative, en l'adossant à la citoyenneté ».¹⁵⁸ Le statut de citoyen n'est pas équivalent à celui de l'usager, pas même devant les prestations du service public bien développées. Le décret du 28 novembre 1983 a porté des dispositions relatives aux « relations entre les administrations et les usagers ». L'usager était « le bénéficiaire de l'action administrative », sans que lui soient attribués « de véritables 'droits' », il avait seulement le pouvoir de demander le respect des principes inhérents à la « loi du service ».¹⁵⁹ Par ailleurs, quand la loi du 12 avril 2000 a évoqué les « droits des citoyens dans leur relations avec les administrations », l'usager, administré, citoyen est devenu le « public ».¹⁶⁰

Le droit administratif devient un instrument primordial de la protection des droits fondamentaux dans les relations avec l'Administration, un outil de protection. L'objectif du droit administratif consiste, avant tout, à donner un contenu aux droits des citoyens dans leurs relations avec le Pouvoir public.¹⁶¹

L'horizontalisation des relations entre les citoyens et l'Administration permet à la démocratie administrative de fonctionner effectivement.¹⁶² En favorisant cette participation, l'accès à l'Administration et le dialogue avec elle, apparaît une tendance à la simplification du langage, ainsi qu'à celle des formalités et des procédures.¹⁶³ Sont constitués ce que le Conseil

¹⁵⁷ CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif vu de la science administrative. **AJDA** n. 7, Paris, 2013.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ GONOD, Pascale. Le Code des relations entre le public et l'administration : retour sur les difficultés de codifier la procédure administrative. **Droit Administratif** n° 8-9, Août 2016, 2. Paris: LexisNexis, 2016. Disponible sur : <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 sept. 2020.

¹⁶¹ AUBY, Jean-Bernard. La bataille de San Romano réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. **AJDA**, Paris, 2001, p. 912. Disponible sur : <https://www-dalloz-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2001/0912>. Accès le: 12 juillet 2021.

¹⁶² CHRETIÉN, Patrice; CHIFFLOT, Nicolas; TOURBE, Maxime. **Droit Administratif**. 17.ed. Paris : Sirey, 2020, p. 42.

¹⁶³ Ibid., p. 37-38. On peut aussi exemplifier ce mouvement avec la loi n. 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/jorfext000024021430>. Accès le : 24 jan. 2021.

d'État estime être les « ressorts contemporains de la citoyenneté » qui sont le cadre de « l'engagement des citoyens dans des actions d'intérêt collectif » qui, en plus de se dérouler dans ce champ politique, représente « une vertu dans le champ social ». ¹⁶⁴

Par la suite, a émergé un « droit de participation » aux processus administratifs, de différentes façons. Toute personne a non seulement un droit aux informations, mais également celui de participer à l'élaboration des décisions publiques. En mars 2011 l'institution du Défenseur des droits apparaît, de plus, comme un moyen de renforcer la protection des droits du « citoyen administratif ». ¹⁶⁵

Dans cet ordre d'idée, le fait notable est la création du Code des relations entre le Public et l'Administration – CRPA que l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 ¹⁶⁶ définit comme le « code du dialogue administratif, des règles générales qui s'appliquent dans les relations entre le public et l'administration », en vue de la « simplification des procédures administratives » dans l'objectif d'approfondir la « démocratie administrative » ¹⁶⁷. On remarque qu'il ne s'agit pas là d'un code de l'Administration visant à discipliner ses relations avec le public, mais, par contre, d'un « code relatif aux relations entre le public et les administrations », et ce « afin de montrer que l'Administration est bien au service du public. » ¹⁶⁸

¹⁶⁴ Ibid., p. 37-38. Conseil d'État. La citoyenneté – Être (un) citoyen aujourd'hui. **Les rapports du Conseil d'État**. Paris, 27 set. 2018. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2018-la-citoyennete-etre-un-citoyen-aujourd-hui>. Consulté le: 10 jul. 2021.

¹⁶⁵ L'auteur fait référence à la loi du 27 décembre 2012, sur l'environnement, qui constitue une nouvelle étape dans la formalisation du droit à la participation citoyenne. CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif vu de la science administrative. **AJDA** n. 7, Paris, 2013.

¹⁶⁶ Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/2020-12-27/. L'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015, relative aux dispositions législatives du « code du dialogue administratif, des règles générales qui s'appliquent dans les relations entre le public et l'administration ». VIALETTE, Maud; SARIGNY, Cécile BARROIS DE. « L'architecture du Code des relations entre le public et l'administration ». **Droit Administratif** n° 8-9, Août 2016, 3. Paris: LexisNexis, 2016. Ce Code a été précédé de la Loi no 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, qui a été importante pour l'horizontalisation des relations entre les citoyens et l'Administration. « C'est sans doute la loi du 3 janvier 1973 qui - en instituant le médiateur de la République - a amorcé la rupture dans le « statut » des personnes face aux administrations : l'institution du médiateur a traduit le souci, au-delà des procédures contentieuses, de donner à l'administré-usager la possibilité d'une voie de recours contre les pratiques de « maladministration » dont il peut être victime ». J.-L. PISSALOUX. « Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (1re partie) ». **Petites affiches**, n. 32, 14/02/2001. Disponible sur : <https://www.labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103201?em=PISSALOUX>. Accès le: 20 set. 2020.

¹⁶⁷ Le CRPA a été l'instrument de la politique de réforme de l'État avec le propos de « simplification des procédures administratives ». Les États européens ont élaboré ces codes de procédure administratif dans l'objectif d'approfondir la « démocratie administratif ». GONOD, Pascale. Le Code des relations entre le public et l'administration : retour sur les difficultés de codifier la procédure administrative. **Droit Administratif** n° 8-9, Août 2016, 2. Paris: LexisNexis, 2016.

¹⁶⁸ GONOD, Pascale. Le Code des relations entre le public et l'administration : retour sur les difficultés de codifier la procédure administrative. **Droit Administratif** n° 8-9, Août 2016, 2. Paris: LexisNexis, 2016, p. 7. Disponible sur : <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 sept. 2020.

Ce code a adopté le terme « public » au sens général de toutes les personnes sans exception et non dans celui de pouvoir public. L'article L 100-3, 2^o considère le « Public » comme toute personne physique et morale de droit privé, à l'exception de celles qui sont chargées d'une mission de service public lorsqu'est en cause l'exercice de cette mission. Cette « préoccupation pour le public donne origine à un principe d'organisation et une structure originale au code. »¹⁶⁹ Dans ce Code est signalé « un changement culturel propre à son approfondissement futur » et c'est dans sa dénomination que réside son aspect le plus abouti.¹⁷⁰

Au début, dans les dispositions préliminaires, l'article L 100-2 souligne l'obligation administrative d'agir dans l'intérêt général, avec neutralité et dans le respect des principes de légalité et d'égalité, garantissant à chacun un traitement impartial.¹⁷¹

Ce Code est structuré en cinq livres et traite, dans le livre Ier, des échanges entre les citoyens et l'Administration. Ses articles démontrent la mise en œuvre non seulement des diverses formes de participations et d'intégrations du public dans l'Administration, mais aussi de l'ouverture réciproque de celle-ci. Le Titre III¹⁷² soumet l'ouverture de l'Administration et la participation du public à ses décisions ; l'on peut considérer qu'il accorde une nouvelle place au développement de la citoyenneté. D'autre part, l'on constate à l'article L131-1¹⁷³ la préoccupation d'assurer l'observance des principes généraux que sont la légalité, l'égalité, la transparence et la publicité de la procédure et, donc, une procédure régulière légale.

¹⁶⁹ VIALETTES, Maud; SARIGNY, Cécile BARROIS DE. L'architecture du Code des relations entre le public et l'administration. **Droit Administratif** n° 8-9, Août 2016, 3. Paris: LexisNexis, 2016. Disponible sur : <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 sept. 2020.

¹⁷⁰ GONOD, Pascale. Le Code des relations entre le public et l'administration : retour sur les difficultés de codifier la procédure administrative. **Droit Administratif** n° 8-9, Août 2016, 2. Paris: LexisNexis, 2016, p. 6-7. Disponible sur : <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 sept. 2020.

¹⁷¹ Cependant, des critiques se sont manifestées vis-à-vis de la rédaction du Code, lui reprochant l'absence de définitions susceptibles de faciliter le dialogue, de permettre la simplification et une plus grande transparence. « Ainsi, l'absence de définition générale de l'acte administratif fait-elle défaut. Ensuite, sont exclus du champ de la codification certains textes, certes de valeur constitutionnelle, telle la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, lequel a pour fonction d'intervenir dans les relations entre le public et l'Administration. » L'établissement d'une « déclaration des principes de la procédure administrative » ne manquait pas de pertinence pour satisfaire l'objectif d'échange et de dialogue ; et le chapitre V de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacrée à la citoyenneté, et particulièrement son article 41 relatif au « *droit à une bonne administration* » serait tout aussi utile. GONOD, Pascale. Le Code des relations entre le public et l'administration : retour sur les difficultés de codifier la procédure administrative. **Droit Administratif** n° 8-9, Août 2016, 2. Paris: LexisNexis, 2016, p. 6. Disponible sur <https://www.lexis360.fr>, accès le 20/09/2020.

¹⁷² « Titre III : L'association du public aux décisions prises par l'Administration (Articles L131-1 à L135-2) », par exemple: la consultation ouverte sur internet, les commissions administratives à caractère consultatif, les enquêtes publiques et aussi le référendum et la consultation locale.

¹⁷³ « Article L131-1 Lorsque l'administration décide, en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires, d'associer le public à la conception d'une réforme ou à l'élaboration d'un projet ou d'un acte, elle rend publiques les modalités de cette procédure, met à disposition des personnes concernées les informations utiles, leur assure un délai raisonnable pour y participer et veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics. »

En outre, le livre IV, qui se trouve à peu près au centre de cette thèse, dans l'espace consacré à la citoyenneté administrative, prévoit le « règlement des différends avec l'administration » dans lequel il traite, de l'article L421-1 à l'article L424-1, des modes non juridictionnels de règlement des différends avec l'Administration, tels que la médiation et la conciliation - dans un cadre aussi bien non juridictionnel que juridictionnel - la transaction¹⁷⁴ et la saisine du défenseur des droits.¹⁷⁵

Le CRPA, à l'article L421-1, rend possible le recours à une procédure de conciliation ou de médiation en vue du règlement amiable d'un différend avec l'Administration, avant qu'une procédure juridictionnelle ne soit engagée ou menée à son terme. Par ailleurs, dans une procédure juridictionnelle, les juridictions, les chefs de juridiction dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel peuvent adopter une médiation, selon les termes des articles L422-1 et L422-2.

Toujours dans cette même voie tournée vers l'amélioration des relations entre le public et l'Administration et aussi, dans ce contexte, dans l'objectif de déjudiciariser les conflits et de rapprocher la justice du citoyen, a été promulguée la LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Entre autres mesures, cette loi a inclus dans le Code de Justice Administrative les articles L213-1 à L213-10 portant sur la médiation. L'article L. 213-1 du Code de Justice Administrative – CJA¹⁷⁶ – prévoit et conceptualise la médiation¹⁷⁷, elle peut être ordonnée par le Conseil d'État lui-même, lorsqu'elle est saisie.¹⁷⁸ Les articles L213-5 et L213-6 encouragent la médiation administrative à l'initiative des parties en envisageant l'option en faveur d'une solution amiable, d'une horizontalisation des relations et d'un désengorgement du Judiciaire.¹⁷⁹ Cette médiation peut

¹⁷⁴ Selon l'article L423-1, « Ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil et sous réserve qu'elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit. »

¹⁷⁵ L'article L424-1 prévoit que « Le Défenseur des droits peut être saisi ou se saisir d'office de différends entre le public et l'administration, dans les cas et les conditions prévus par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits. »

¹⁷⁶ Après la modification de la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de Modernisation de la Justice du XXI^e siècle. FRANCE. Loi n. 2016-1547 du 18 novembre 2016. Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933?tab_selection=all&searchField=ALL&query=code+de+justice+administrative&searchType=ALL&typePagnation=DEFAULT&pageSize=10&page=1&tab_selection=all#all. Accès le : 10 mars 2021.

¹⁷⁷ Selon l'article L. 213-1 au sein du CJA : « La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction. » FRANCE. Code de justice administrative. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070933/>. Accès le : 12 juillet. 2021.

¹⁷⁸ Article L114-4 du Code de Justice Administratif.

¹⁷⁹ Sans oublier qu'il existe aussi la médiation à l'initiative du juge, conformément aux articles L213-7 à L213-10 du CJA.

être organisée par les parties, qui désignent les personnes qui s'en chargeront, ou elles peuvent demander à l'autorité juridictionnelle territorialement compétente « de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont elles-mêmes organisée » ou, par ailleurs, même en dehors de la procédure juridictionnelle, les parties peuvent lui demander d'organiser une mission de médiation.¹⁸⁰

Par ailleurs, la loi n. 2018-727 du 10 août 2018 a ajouté des propositions pour faire en sorte que l'État soit au service d'une société de confiance « bienveillante et ouverte » proposant des simplifications des procédures administratives.¹⁸¹ Dans cette perspective, un autre exemple qui dénote l'augmentation de la participation des individus à l'espace public et l'amélioration des relations avec le gouvernement concerne le Grand Débat National.¹⁸²

On constate en France, par la comparaison culturaliste et interdisciplinaire¹⁸³, à compter de la législation mentionnée, aussi par le biais des formations académiques et par les développements administratifs, juridictionnels et professionnels,¹⁸⁴ l'existence d'un micro-système d'encouragement à l'horizontalisation des relations entre le public et l'Administration, en construisant un espace public favorable au dialogue, aux participations et aux collaborations citoyennes et qui, à cette fin, favorise le règlement amiable des conflits et la déjudiciarisation.

¹⁸⁰ Selon l'article L213-5 du CJA.

¹⁸¹ CHRETIÉN, Patrice; CHIFFLOT, Nicolas; TOURBE, Maxime. **Droit Administratif**. 17.ed. Paris : Sirey, 2020, p. 37. FRANCE, loi n. 2018-727 du 10 août 2018. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000037307624/2021-01-23>. Accès le : 23 jan. 2021.

¹⁸² Le Grand Débat National, tenue en 2019. Ce fut une grande expérience démocratique en temps réel, avec une grande ouverture à la consultation publique, avec la proposition d'établir un consensus par la délibération. Environ deux millions de citoyens y ont participé, certains ont été attirés à participer, ainsi qu'il était ouvert aux parties intéressées, ce qui a permis la diversité. Selon Perrineau, était important le nombre de personnes jusque-là invisibles, mais qui ont pris la parole. PERRINEAU, Pascal. Le grand débat national : la démocratie participative à grande échelle. **Pouvoirs**, 2020/4, n° 175, p. 113 à 129, p. 113-120. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2020-4-page-113.htm>. Accès le : 07 jan. 2021.

¹⁸³ Adopté par LEGRAND, Pierre; HACHEM, Daniel Wunder (Trad.). **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

¹⁸⁴ Dans le sens de la comparaison proposée par Pierre Legrand, établie après six mois de recherche à Paris passés à écouter les autres, aux yeux d'une juriste brésilienne, on a réussi à développer une « culture juridique » visant le rapprochement des citoyens de l'Administration. D'après cette étude, on a réalisé la croissance d'une culture juridique en favorisant divers outils de solution non juridictionnels des conflits et, principalement, ceux amiables. Cette culture juridique impliquant le dialogue et une solution non juridictionnelle des conflits comprend aussi l'Administration Publique. Par exemple, c'est aussi ce que l'on a constaté en participant à des cours de Master à l'Université Paris 1 et à l'Université Paris 2 à ce sujet. Parmi les professeurs se trouvaient des magistrats et des avocats qui enseignaient leurs expériences pratiques. Il existait aussi des travaux pratiques dans les deux Universités mentionnées. LEGRAND, Pierre; HACHEM, Daniel Wunder (Trad.). **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

2.2 LA CONSTRUCTION D'UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE DIALOGIQUE

L'administration publique d'un État Social de Droit Démocratique doit promouvoir les conditions nécessaires à l'exercice de la démocratie, à la réalisation des droits, au respect des êtres humains et doit supprimer les obstacles qui éloignent les citoyens de l'exercice de leurs libertés.¹⁸⁵

De cette façon, en cherchant la concrétisation de l'État de Droit et Démocratique, a été préconisée la démocratisation de l'administration publique, l'expansion des opportunités de participation et de collaboration citoyennes¹⁸⁶, grâce à des mécanismes qui favorisent le dialogue¹⁸⁷ et un exercice plus démocratique de la fonction administrative étatique.

Ainsi, également afin de mettre en œuvre le droit à une bonne administration, une Administration Publique Dialogique se construit progressivement, c'est-à-dire une Administration qui adopte des procédures propices à la parole, à la manifestation et à l'écoute des personnes, tout à la fois, moins autoritaires et qui assurent une plus grande proximité et simplicité dans les relations entre les citoyens et l'Administration. L'objectif est que chaque individu puisse mieux parler et mieux écouter et vise même à ce que les citoyens comprennent mieux les raisons du Pouvoir Public et puissent, à travers des échanges dialogiques, construire, à terme, un consensus.

L'Administration Publique Dialogique agit de manière moins autoritaire et unilatérale, elle cesse de se manifester principalement par des actes administratifs unilatéraux classiques, dotés de larges prérogatives. C'est une Administration qui adopte encore des actes unilatéraux, mais, dans la mesure du possible, précédés de procédures dialogiques telles que des consultations, des débats, des votes, des auditions publiques ou, a posteriori, par référendum, entre autres. En parallèle, elle s'ouvre à la démocratie collaborative, en adoptant des solutions construites avec les parties intéressées, à travers des actes bilatéraux ou des

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 15.

¹⁸⁶ La participation administrative doit être considérée comme un principe résultant de l'art. 1 de la Constitution de la République, comme l'a souligné OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dans *Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa*, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 174.

¹⁸⁷ Le dialogue: « n'est pas seulement une des manières dont le discours philosophique peut être exprimé, mais sa forme propre et privilégiée, car ce discours n'est pas fait par le philosophe lui-même et ne le contient pas en lui-même, mais c'est une conversation, un pour discuter, un pour demander et répondre parmi les personnes associées à l'intérêt commun ». ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. In: GREGÓRIO, Sérgio Biagi. **Dicionário de Filosofia**. Disponible sur : <https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefisofia/di%C3%A1logo>. Accès le : 24 fév. 2021.

accords, solutions dites consensuelles ou concertées, qui peuvent être considérées comme une intervention administrative contractuelle ou consensuelle.¹⁸⁸

L'action unilatérale tend à être contestée en tant qu'action publique et la démocratie administrative donne lieu à certains « raffinements procéduraux ». Les décisions administratives commencent ainsi à devoir s'insérer dans des chaînes d'actes et de procédures et l'acte administratif unilatéral est déplacé.¹⁸⁹

On constate, ainsi, la « transition d'un modèle de gestion publique fermée et autoritaire à un modèle ouvert et démocratique »¹⁹⁰, dans lequel les gens peuvent participer et collaborer. Il s'agit là d'un « nouveau style d'administration, participatif, consensuel et flexible »¹⁹¹, guidé par le consensus et centré sur les accords, à travers « l'utilisation généralisée d'instruments bilatéraux ou multilatéraux de décision, soit avec la formation d'un consensus sur le contenu des actes unilatéraux »¹⁹², pour que l'État atteigne ses fins, « de préférence, de manière partagée avec les citoyens ».¹⁹³

L'Administration dialogique et consensuelle assure la compatibilité des prérogatives publiques traditionnelles avec la démocratie et la réalisation des droits et garanties fondamentaux afin de permettre la centralisation de l'être humain dans l'ordre juridique. Le citoyen n'est plus « quelqu'un qui subit la fonction administrative » et assume son rôle de protagoniste dans les relations juridiques-administratives et, ainsi, en partenariat avec l'État, participe et collabore aux décisions qui le concernent, ainsi qu'à la société.¹⁹⁴

En outre, une Administration dialogique et consensuelle correspond à une société moderne, pluraliste et complexe. Il s'agit d'un modèle d'Administration qui tend à être doté de procédures ouvertes et participatives pour recevoir les manifestations des segments sociaux les plus divers, avec la contribution très détaillée des faits et de la richesse des connaissances et expériences diverses. Ainsi, à travers des mécanismes dialogiques-consensuels, les

¹⁸⁸ À travers la contribution dans l'espace public par la collectivité, plusieurs principes émergent, parmi lesquels la consensualité. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

¹⁸⁹ AUBY, Jean-Bernard. La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. **AJDA**, Paris, 2001, p. 912. Disponible sur : <https://www-dalloz-fr.bcuja-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2001/0912> . Accès le : 12 jul. 2021.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino e SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, p. 303 – 322, jan./dez. 2009, p. 320.

¹⁹¹ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017, p. 217-219.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Justino e SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, p. 303 – 322, jan./dez. 2009, p. 320.

¹⁹⁴ MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS | v. 16 | n. 31 | Jan./Jun. 2014.

demandes de la collectivité peuvent être reçues et filtrées et des solutions innovantes et plus satisfaisantes peuvent être trouvées à partir de la participation et de la collaboration.

Dans cette proposition d'administration dialogique, la forme de la gestion publique en vient à être partagée avec la société,¹⁹⁵ sur la base de l'apport de « l'expertise citoyenne ». ¹⁹⁶ Ainsi, la participation des citoyens à l'espace public permet l'ouverture de nouveaux horizons, contribuant ainsi à une nouvelle forme de compréhension des pouvoirs publics, basée sur la pluralité, qui permet l'expression de la réalité sociale dans l'action administrative.¹⁹⁷

Le droit et l'action publique sont désormais utilisés d'une nouvelle manière, il existe alors « un nouvel « acte juridique », qui ne passe plus par la voie de l'autorité et de la contrainte, pas plus qu'il ne dépend de commandements auxquels la collectivité doit obéir sous peine de sanctions.¹⁹⁸ Les Administrations contemporaines se sont traduites par « l'impératif de [la] refondation de la relation administrative ». ¹⁹⁹

La traditionnelle « bipolarité entre l'administré et l'autorité publique » a été transformée dans la mesure où l'administré est devenu un citoyen titulaire de droits, et où le nombre d'acteurs sociaux s'est également multiplié. La conjoncture administrative en vient à être composée de « relations multipolaires » entre les entités publiques et les intérêts privés conflictuels. Des intérêts économiques et sociaux conflictuels finissent aussi par se refléter dans l'action administrative,²⁰⁰ ce qui exige l'adoption de mécanismes adaptés au dialogue entre les intéressés et à la recherche de solutions collaboratives conjointes.

Dans un contexte démocratique, l'État, y compris l'Administration, doit rechercher la construction d'un consensus avec la collectivité.²⁰¹ Si le droit administratif représente la concrétisation du droit constitutionnel, face à une Constitution Démocratique et Sociale de Droit, il est nécessaire d'adopter des instruments de dialogue et de consensus pour que les

¹⁹⁵ BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015, p. 238.

¹⁹⁶ BOUHADANA, Irène; GILLES, William. De L'Esprit des gouvernements ouverts. **International Journal of Open Governments**, 2017, v. 4, p. 17. Disponible sur : <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO>. Accès le : 10 juin. 2020.

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 22.

¹⁹⁸ CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018.

¹⁹⁹ CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif vu de la science administrative. **AJDA** n. 7, Paris, 2013.

²⁰⁰ CASSESSE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto, p. 603–613. **I•CON** 10 (2012), p. 609-610. Disponible sur : <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/10/3/603/673508>. Accès le : 29 juillet 2020.

²⁰¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.) **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 337.

valeurs et les droits constitutionnels, en mettant l'accent sur ceux fondamentaux, soient réels dans la vie quotidienne.²⁰²

L'ouverture administrative au dialogue et au consensus valorise les gens et leur développement en tant que sujets titulaires de droits et participant à la collectivité²⁰³ et permet d'optimiser l'action administrative dans la réalisation des droits, en particulier de ceux fondamentaux.²⁰⁴

L'Administration Publique passe donc par des transformations en vue d'élargir les formes de participation administrative, y compris dans les décisions, pour les légitimer.²⁰⁵ La légitimité démocratique est atteinte lorsque l'action étatique est issue du dialogue avec les individus appartenant à la société, car ils seront directement affectés par l'exercice du Pouvoir Public et, comme on le suppose, par les délibérations, les discussions et les décisions de ses membres²⁰⁶, de sorte que les décisions qui en émanent seront plus facilement acceptées et respectées.²⁰⁷ En outre, l'adoption de mécanismes dialogiques et consensuels permet d'élargir le contrôle de la collectivité sur l'action administrative du début à la fin, ce qui débouche sur une plus grande fiabilité.²⁰⁸

Dans cette construction de l'Administration Dialogique, celle-ci a besoin d'instruments d'ouverture à la diversité démocratique, de participation, pour la collecte et le filtrage des intérêts divers et complexes de la collectivité, ainsi qu'en vue de l'établissement de solutions.²⁰⁹ Le caractère impératif et coercitif dans l'action administrative doit faire place

²⁰² RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 30.

²⁰³ La finalité de l'État social et démocratique est le développement libre et solidaire des personnes, qui est le signe du respect de la dignité de l'être humain. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 29.

²⁰⁴ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, jul./set. 2010, p. 223.

²⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

²⁰⁶ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013, p. 85.

²⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

²⁰⁸ SCHWANKA, Christiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 80, n. 3, ano XXIX, jul./ago./set. 2011, p. 72.

²⁰⁹ FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2011, n. 257, maio / ago. 2011, p. 8.

au consensus et à la participation sociale à partir de canaux de communication et de mécanismes consensuels.²¹⁰

Le remplacement de mesures unilatérales imposées et autoritaires²¹¹ par des procédures participatives-dialogiques ne représente pas pour autant l'abandon du modèle bureaucratique wébérien. Les procédures peuvent être considérées comme bureaucratiques, mais de manière plus équilibrée, dans un modèle d'action administrative se caractérisant par la participation, la négociation et la concertation, dans le respect du régime juridique public.²¹² On attribue ainsi de la richesse et de l'expérience aux procédures bureaucratiques, souvent froides, rigides et « égocentriques ». La démocratisation de l'État exige celle de l'Administration Publique et donc l'ouverture démocratique des procédures administratives, par le biais du remplacement de mécanismes vides par d'autres qui soient efficaces pour la participation et la réalisation des multiples intérêts de la société.²¹³

L'Administration recherche donc des procédures démocratiques qui permettent la participation à l'Administration Publique et commencent ainsi à la sortir de son « enclavement », en particulier à partir de la constitutionnalisation de l'activité administrative.²¹⁴ À partir de l'ouverture administrative à la participation et à la collaboration, le droit administratif a modifié son caractère unitaire et est devenu « fragmenté et multipolaire », ce qui permet d'aboutir à une nouvelle conception de celui-ci, non plus comme un « ensemble statique de règles et de mécanismes », mais comme un « système dynamique capable d'interagir avec son environnement ».²¹⁵

L'action administrative, traditionnellement trop bureaucratique, monolithique et impérative, s'adapte à des procédures guidées par le consensus, qui permettent la créativité, la flexibilité, la visibilité et le contrôle des résultats. Ainsi, les dialogues politiques et administratifs peuvent devenir plus démocratiques et processuels, de manière à modifier une

²¹⁰ Ibid., p. 2. Dans le même sens: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015, p. 66.

²¹¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.) **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 335-349, p. 349.

²¹² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte: Fórum, ano 14, nº 155, jan. 2014, p. 35.

²¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 176.

²¹⁴ FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2011, n. 257, maio / ago. 2011, p. 2.

²¹⁵ CASSESSE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto, p. 603–613. **I•CON** 10 (2012), p. 608-609. Disponible sur : <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/10/3/603/673508>. Accès le : 29 juillet 2020.

décision imposée et le gouvernement, propre aux sociétés fermées, devient progressivement, gouvernance, au sein des sociétés ouvertes, grâce à des solutions négociées et dialoguées.²¹⁶

De nombreux avantages peuvent être identifiés dans l'adoption d'un modèle administratif dialogique et consensuel, dont les principaux sont la démocratisation de l'espace public, la valorisation des personnes, l'optimisation d'informations précieuses, le renforcement de la légitimité dans l'action administrative, l'extension du potentiel à la réalisation des droits fondamentaux et le renforcement du contrôle social sur l'action administrative, en gagnant en efficacité et en gouvernance. Les vertus démocratiques de l'action administrative dialogique et consensuelle peuvent faire émerger à nouveau des valeurs civiques qui contribueront à l'Administration et à l'État.²¹⁷ Dans la perspective de la mise en place d'une Administration Publique Dialogique susceptible de faire l'objet d'un consensus dans ses délibérations, cette étude est développée en se concentrant sur l'auto-composition des conflits administratifs entre l'Administration et les individus comme étant l'un des mécanismes démocratiques, participatifs et collaboratifs, disponibles pour l'Administration.

2.2.1 Perspectives dialogiques-démocratiques pour l'intérêt général

La construction d'une Administration Publique Dialogique, donc ouverte aux diverses manifestations et participations des citoyens, révèle qu'elle deviendra un espace d'une grande diversité, qui devra être filtré et pondéré en vue de solutions consensuelles et collaboratives ; ce qui nécessite de porter un regard neuf sur l'intérêt général. Il faut aussi partir de perspectives dialogiques-démocratiques en ce qui concerne l'identification et la réalisation de l'intérêt général.

Quant à l'essence de l'intérêt général, on rappelle que les personnes réunies en société, quelle que soit l'époque, tendent à rechercher le bien commun, le bien de tous. Il parle de la base commune, de la finalité et de ce qui unifie tout le monde.²¹⁸ Cependant, le contenu de ce

²¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 30.

²¹⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.) **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 335-349, p. 349. Sur la base de la doctrine de Gaudin, cependant, l'auteur s'interroge sur les risques possibles, tels que la possibilité que l'efficacité déforme la justice et que « la res publica soit progressivement remplacée par des formes diffuses de citoyenneté privée », mais considère toujours que les gains civiques sont plus importants. GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. Paris: Presses de Sciences Po, 1999, p. 216-217.

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito**

qui est le bien commun à la société varie dans le temps et l'espace, selon les questions sociales, politiques, économiques et juridiques. Avec les contractualistes, à la fin du XVII^e siècle et au début du XVIII^e siècle, cette notion était orientée vers la liberté et l'égalité des individus afin de bénéficier de la volonté individuelle.²¹⁹

On se rappelle que le droit administratif est apparu durant la période libérale, à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle, après la Révolution française, qu'il est donc marqué par des conceptions libérales et individualistes, en contrepoint, par rapport à la période vécue jusqu'alors, de l'absolutisme monarchique, de l'intervention étatique massive et de la restriction de la liberté par des intérêts monarchiques. À l'époque de l'institution du droit administratif, et en guise de moyen de le distinguer du droit commun et de délimiter la compétence du contentieux administratif, le critère de *la puissance publique* a été utilisé, qui peut avoir contribué à la compréhension du droit administratif tel qu'il est conçu en faveur du Pouvoir Public. Toutefois, le pouvoir devrait être au service du devoir de protection de la liberté. En ce sens, le droit administratif est apparu comme une forme d'opposition, pour réguler l'activité étatique et protéger les citoyens des abus de pouvoir.²²⁰

À partir de Rousseau, il a été établi une distinction entre l'intérêt général et la somme des intérêts individuels, qui est devenue le fondement de l'action étatique, qui a commencé à légitimer les mesures générales de l'État, comme étant le reflet de la loi. Cette dernière a ainsi été considérée comme neutre, l'expression de la volonté générale, issue de la protection des libertés individuelles. Dans ce contexte, la prévision légale suffisait à justifier la légitimité de l'action étatique.²²¹

Dans le droit administratif post-révolutionnaire, la légalité administrative issue de l'État libéral de droit était le guide et la boussole de l'action administrative. Les droits fondamentaux des personnes consistaient en la liberté, ceux civils et politiques traditionnels,

administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 205.

²¹⁹A cette époque, on considère que le bien commun a été remplacé par l'intérêt général, dans une perspective plus utilitariste. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público:** estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 206.

²²⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43-44, 47.

²²¹PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général.** 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 617. DUGUIT, Léon. **L'État le droit objectif et la loi positive.** Paris: Dalloz, 2003, p. 469, il convient de noter que cet auteur conteste, nie la souveraineté de l'État et, par conséquent, la loi comme souveraineté de l'État. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público:** estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 207.

caractéristiques d'un État abstentionniste. Cependant, l'État a fini par agir de manière autoritaire et unilatérale, en se basant sur des prérogatives et des privilèges qui lui avaient été conférés pour assurer les libertés - l'intérêt général alors - et les administrés se soumettaient²²², ce d'autant plus à une période positiviste et dogmatique. Ainsi, la définition de l'intérêt général provenait de la légalité, qui légitimait l'action unilatérale de l'État dont le contenu était libéral et individualiste, et donc l'exécution de l'intérêt était plus simple.

Conformément à la définition et à la protection de l'intérêt général par l'État, dans le but de le protéger des intérêts individualistes et de ceux économiques privés, l'État concentrait l'intérêt général. En ce qui concerne, l'Administration française, « même républicaine, elle se vivait ainsi plus proche du souverain que de l'utilisateur ». On considérait que l'État représentait une volonté supérieure à celle des individus, ce qui a donné naissance à la théorie de l'acte administratif en tant qu'expression de *la puissance publique*.²²³

Il a cependant été constaté que l'excès de libéralisme étatique a engendré l'individualisme, approfondi les inégalités et privé certains segments de la collectivité des conditions matérielles et sociales minimales pour l'exercice de leurs libertés. Il est apparu, au début du XX^e siècle, l'État Social de Droit, au sein duquel il s'avère nécessaire que l'État s'assure des conditions matérielles sociales de la collectivité, non assurées dans le libéralisme. Ainsi, dans l'intérêt du bien commun, la collectivité a demandé à l'État de prendre des mesures plus interventionnistes. Dans ce nouveau scénario, la réalisation du bien commun²²⁴ exigeait de l'État qu'il assure des prestations matérielles et réduise les inégalités.

Avec le passage de l'État libéral à celui interventionniste, le champ d'action étatique s'est élargi et la conception de l'intérêt général a changé, comme dans les révolutions technologiques et scientifiques. Étant donné qu'il n'a pas toujours été possible, pour des raisons de concurrence ou de rentabilité, pour l'initiative privée d'être capable de répondre aux nouveaux besoins, le champ d'action de l'État s'est élargi²²⁵ pour offrir l'accès aux

²²² RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 10.

²²³ GAUDIN, Jean Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 59-60.

²²⁴ Toujours au XIX^e siècle, dans un souci de socialisation pour les États, l'Église a contribué à la reprise du concept de bien commun. Selon l'encyclique *Pace in Terra*, le bien commun est un « ensemble de conditions sociales qui permettent aux deux groupes et à chacun de ses membres, d'atteindre leur perfection d'une manière plus totale et plus facile ». DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 208.

²²⁵ « Cette évolution se répercute dans le domaine psychologique : l'homme réclame de l'État une protection accrue, un niveau de vie décent et la sauvegarde de sa sécurité. [...] L'État moderne est conduit à étendre

commodités. Ainsi, l'étendue des besoins humains à satisfaire a exigé l'émergence d'un État social, garant non seulement des droits à la liberté, mais aussi des droits sociaux²²⁶, ce qui a ainsi complété la notion d'intérêt général.

La référence à l'intérêt public, jusqu'alors lié à la souveraineté et aux prérogatives régaliennes, était désormais attachée à l'État Social et son contenu a changé en se référant au respect des droits et non au respect du Droit.²²⁷ Les besoins humains de la collectivité, de chacun de ses membres et de l'ensemble, se sont élargis, et par conséquent l'intérêt public aussi.

Depuis ses origines, le droit administratif est lié à l'intérêt général, à propos de sujets supra-individuels qui concernent tous les individus parce qu'ils sont communs à la condition humaine et exigent une gestion et une administration équitable, qui répondent aux besoins collectifs dans un cadre de rationalité et de justice.²²⁸ L'intérêt général « est étroitement lié au Droit Administratif. »²²⁹ L'administration publique œuvre ainsi à la réalisation de l'intérêt général²³⁰, qui varie toutefois selon « les époques, les formes sociales, les données psychologiques, les techniques » alors que le but de cette dernière demeure inchangé, et est toujours de le satisfaire.²³¹

Au XXème siècle, les définitions de l'intérêt public étaient centrées sur les autorités, la représentation et la structure technique administrative. Le contenu de l'intérêt général était lié à la connaissance et à l'administration technique. La bureaucratie et la technique servaient de conditions préalables à la neutralité. Les administrations étaient bureaucratiques et égalitaires dans les procédures, sans négociation. Le service public était situé au-dessus des intérêts

considérablement son action, et à la diversifier ». RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 13-14.

²²⁶ Après la Seconde Guerre mondiale, les droits sociaux, économiques et politiques sont apparus. La logique des droits s'est intensément développée pendant les « Trente Glorieuses », avec une intervention publique dans l'économie et des investissements massifs dans les entreprises publiques « leadership industriel ». GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 61.

²²⁷ « Ce passage du singulier à un pluriel traduit un renouvellement en profondeur des significations de l'intérêt général. » GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 60-61.

²²⁸ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 10.

²²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 60.

²³⁰ Rivero et Waline considèrent que le moteur de l'action administrative est désintéressé dans la mesure où « c'est la poursuite de l'intérêt général, ou encore de l'utilité publique, ou dans une perspective plus philosophique, du bien commun. » RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 2.

²³¹ Ibid.

privés.²³² La collectivité destinataire des activités étatiques était dépourvue d'une participation plus directe aux définitions publiques. L'intérêt général s'associait au calcul, aux raisons techniques en tant qu'opérations de vérité et moyens d'autorité ; cependant, Gaudin souligne que la neutralité pouvait être apparente, puisqu'il arrivait que les hypothèses soient masquées, mais les résultats présentés avec neutralité²³³, ce qui fait réfléchir à la complexité du choix des critères pour la définition de l'intérêt public.

L'intérêt public ne peut être compris comme s'il était distinct et supérieur à celui de la communauté, comme à celui de ses membres. L'intérêt public comprend les besoins de la communauté dans son ensemble et de chacun de ses membres, en « un ensemble de nécessités humaines », auxquelles, en raison soit de leur ampleur, soit d'autres facteurs, des individus ne peuvent pas répondre de façon satisfaisante.²³⁴

Au milieu du XXème siècle, après les guerres et surtout après la Chute du Mur de Berlin, la collectivité et les États se sont tournés vers la dignité de la personne humaine et vers la réalisation de la démocratie de manière plus complète. Le biais démocratique s'est entremêlé aux droits sociaux et à la dignité de la personne humaine. Ainsi, l'on peut considérer qu'un nouveau sens est apparu, que les intérêts généraux ont également pris en compte la participation et la collaboration aux décisions publiques. Les mécanismes démocratiques sont devenus des moyens de réalisation des droits sociaux et de respect de la dignité humaine, de sorte qu'ils ont intégré la notion d'intérêt général à la fin du XXème siècle et au début du XXIème siècle.

Dans le contexte de l'État social, l'intérêt général est devenu plus humanisé, car, du fait que l'attention étatique s'est tournée au-delà de la liberté, il a inclus le bien-être des individus, il s'est donc orienté vers la liberté et la dignité.²³⁵

La dignité de l'être humain est au centre de l'ordre juridique de l'État Social et Démocratique de Droit et a une dimension sociale.²³⁶ Les nécessités humaines ont progressé vers la solidarité, vers la valorisation de l'être humain dans toutes ses dimensions, y compris la sauvegarde de la liberté, mais aussi en revêtant un aspect social, comme la participation et

²³² GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 60, 63.

²³³ Ibid., p. 63-64.

²³⁴ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 2.

²³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 211.

²³⁶ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 15.

la délibération aux affaires d'intérêt public qui affectent la collectivité et chacun de ses membres.²³⁷ La notion d'intérêt public est reconnue comme une fonction idéologique dans le sens de la promotion de l'idéologie démocratique.²³⁸

Ainsi, dans l'État Social de Droit Démocratique, la conception de l'intérêt public s'élargit et en vient à comprendre, par exemple, le pluralisme, le sauvetage d'autres formes de démocraties - participative et délibérative -, la solidarité, la protection de l'environnement et la paix. En raison des changements des nécessités des membres de la collectivité, la notion et l'étendue de l'intérêt général ont également changé, de même que l'action de l'État et les rapports de celui-ci avec la collectivité. Il y a eu un changement de perspective du droit administratif, qui dans l'État Libéral de Droit était centré sur l'Administration Publique et, sous l'angle de l'État Social et Démocratique de Droit, a élargi son champ au-delà du contrôle des excès et du détournement de pouvoir.²³⁹

La nature même de l'activité administrative a changé, elle ne se limite plus au présent, « il lui incombe de préparer l'avenir. Cette attitude prospective exige des instruments nouveaux [...] et remet en question nombre de solutions acquises. »²⁴⁰ L'Administration Publique joue actuellement un rôle important dans la réalisation des droits fondamentaux, par conséquent, les relations des individus avec l'Administration se modifient. Le rapport de sujet est progressivement remplacé par des relations conçues du point de vue de l'utilisateur d'un service, doté du pouvoir d'exiger, ou par des relations de collaboration. « L'administré devient tout simplement un citoyen ». ²⁴¹

La Constitution de la République, et donc le droit administratif, sont structurés à partir de la centralité de la personne humaine, de la démocratie, de la souveraineté populaire et du pluralisme, de sorte que l'intérêt général doit être défini à partir de l'articulation entre la collectivité et les pouvoirs publics, de manière plurielle, dans une conception ouverte et complémentaire.²⁴²

²³⁷ La liberté d'expression, par exemple, ne signifie pas seulement l'absence de censure, mais aussi l'accès aux moyens de communiquer avec les autres. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 193.

²³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 61-62.

²³⁹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 15-16.

²⁴⁰ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 14.

²⁴¹ Ibid., p. 16.

²⁴² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 15.

La compréhension de l'expression intérêt général passe donc par de grandes modifications dans son contenu et dans les procédures de sa définition. Son contenu a été élargi, au fil du temps, par une multiplicité de droits rattachés à la liberté, à l'égalité, à la solidarité²⁴³, appartenant à des titulaires distincts - individuels, collectifs et diffus - dans des secteurs variés de la société - social, économique, religieux, entre autres. Ainsi, le Pouvoir Public gère désormais un grand nombre d'intérêts de la collectivité, divers, complexes, hétérogènes, qui doivent être respectés, harmonisés et réalisés.

De cette façon, dans l'État Social de Droit Démocratique, l'intérêt public adopte des formes sociales et démocratiques différentes de celles de la période libérale.²⁴⁴ La définition unilatérale de l'intérêt général ne s'avère pas compatible avec cet État; la clause démocratique exige la fonctionnalité de la participation sociale.²⁴⁵ Du fait des changements intervenus dans la société, la reconnaissance des droits et le rôle de l'État, l'intérêt public n'a plus de caractère fermé et statique et, n'est donc pas seulement équivalent à celui prévu par la loi, il devient difficile de l'identifier « face à la pluralité de prétentions contradictoires qui est désormais protégée par l'ordre juridique. »²⁴⁶

On constate que la référence à l'intérêt public est riche de sens et qu'elle s'avère toujours pertinente, cependant, le débat qui se pose porte sur les conditions actuelles de l'action publique, comme sur le plafond budgétaire, l'obsolescence des normes, l'éventuelle différence entre le public et la volonté des citoyens.²⁴⁷

Les membres de la collectivité, titulaires des droits les plus divers, ne perçoivent souvent pas dans les lois, dans les actes administratifs ni dans l'action étatique concrète la réalisation de leurs droits, la protection de leurs intérêts. Il peut cependant arriver que l'État ait effectivement désiré les servir, mais ce sans succès. Des situations comme celle-ci, où les citoyens ne s'identifient pas aux mesures étatiques - lois et actes -, si elles sont répétées,

²⁴³ Dans l'État de droit social, la solidarité incombe aussi à l'État. La participation sociale se présente comme une condition incontournable du caractère démocratique de l'État. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 10. Disponible sur : <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/5161/7864>. Accès le : 10 septembre 2017.

²⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 211.

²⁴⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015, p. 52. Disponible sur : <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44510>. Accès le : 10 septembre 2017.

²⁴⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 101.

²⁴⁷ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 65.

tendent à élargir l'incrédulité et la méfiance envers l'action du Pouvoir Public et contribuent à engendrer une « crise de représentativité ».

En raison de la diversité des droits et des intérêts dans la société, la représentation politique ne suffit pas à elle seule à refléter les aspirations de la collectivité. Face à la complexité de la société postmoderne, comportant une pluralité de sujets et de volontés diverses, le modèle juridique et politique qui ne se fonde que sur la représentativité n'est pas le plus adapté à la gestion de l'intérêt public, il n'est, en effet, pas viable d'attribuer à seulement quelques-uns le rôle de choisir, d'identifier et de mettre en œuvre les nécessités de la collectivité.²⁴⁸ Il n'existe pas un seul intérêt général, ils sont variés, multiples et parfois contradictoires. De nouveaux canaux sont nécessaires, de nouvelles manières d'identifier et de relier les intérêts de la collectivité, qui sont des intérêts publics, au format juridique de l'intérêt général, reposant sur les lois, les actes et les contrats.

En outre, la consécration de la démocratie au niveau constitutionnel, alliée à la souveraineté du peuple, reconnaît le devoir de l'État de fournir des mécanismes de participation et de collaboration directe de la collectivité dans la définition et les modes de réalisation de l'intérêt général. Ainsi, dans un État de Droit Démocratique, l'intérêt public ne doit pas être défini seulement de manière unilatérale, mais être composé entre le Pouvoir Public et son titulaire, la collectivité.²⁴⁹ Il doit donc être un résultat de procédures participatives et collaboratives, ce qui n'est pas pour autant synonyme d'abandon de l'établissement unilatéral à partir de la représentation. L'État a besoin d'instruments capables de saisir et d'harmoniser les divers intérêts des différents secteurs de la collectivité, tels sont les rôles et défis des activités législatives et exécutives. La pondération devient une méthode plus appropriée à la définition et à la réalisation de l'intérêt général.²⁵⁰

²⁴⁸ BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015, p. 250. Disponible sur: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/9792>. Accès le : 10 septembre 2017.

²⁴⁹ Par exemple, dans sa thèse Vivian Valle visait à démontrer « l'existence d'un espace de dialogue État-société plus équilibré et d'une relation public-privé sans prévalence a priori ». VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 83.

²⁵⁰ L'idée d'une relation de pondération est défendue parce qu'il y a plusieurs intérêts publics, soit du fait qu'il existe plusieurs classes, « pluriclasse », soit parce que la Constitution de la République consacre de nombreux droits fondamentaux. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, 231, Rio de Janeiro, Jan/Mar, 2003, p. 40.

En ce qui concerne la pluralité et la nécessité de l'harmoniser, on peut considérer ce que Michael Walzer²⁵¹ a appelé les « sphères de la justice » au sens où la société comporte un ensemble de « sphères », entre autres celles du travail, de l'éducation, de la famille, du marché, de l'appartenance politique et « chaque sphère fonctionne sur la base d'un principe qui lui est propre et qui l'identifie par rapport aux autres ». Cependant, « la qualité démocratique d'une société est mesurée par l'agencement de ces sphères ». Si une sphère domine, son principe dominera sur les autres, ce qui engendrera une société injuste, car elle méprisera la pluralité de ses membres. C'est pourquoi, selon cet auteur, la proposition de démocratie doit envisager l'existence de multiples sphères de pouvoir « qui implique que chaque sphère et le principe qui la constitue soient garantis contre les prétentions de pénétration et de domination des autres sphères ».²⁵²

Dans la recherche d'un équilibre et de l'harmonisation des différents segments et des droits respectifs, dans un État Social et de Droit Démocratique, on ne peut plus adopter la définition de l'intérêt général de manière fermée et unilatérale, de nouvelles formes plus ouvertes et permettant la participation des citoyens doivent être fournies, « il faut convoquer et recevoir la vitalité réelle qui émerge de la vie sociale ».²⁵³ L'intérêt général est ainsi « un ensemble de croyances dont l'efficacité dépend des relations qui s'établissent entre la légitimation de l'action publique et la restructuration périodique des intérêts ».²⁵⁴

La notion d'intérêt général adoptée au XIXe siècle est héritée du Siècle des Lumières et ne s'avère pas compatible avec un système démocratique dans lequel l'Administration Publique doit être mise à la disposition des citoyens. Au Brésil, dans la seconde moitié du XXe siècle, à partir d'interprétations abstraites du principe de la suprématie de l'intérêt général sur le privé, on a adopté une précompréhension de l'inégalité juridique et de la verticalité dans les relations entre l'Administration et les individus. Toutefois, depuis la Constitution de 1988, le constitutionnalisme démocratique requiert différentes interprétations

²⁵¹ WALZER, Michael. Les sphères de la Justice. *Apud* ROUSSEAU, Dominique. L'ouverture du droit constitutionnel aux tiers pouvoirs, p. 159-164. In: HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane. (Dir.) **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux**. Paris: Éditions Kimé, 2012, p. 162.

²⁵² ROUSSEAU, Dominique. L'ouverture du droit constitutionnel aux tiers pouvoirs, p. 159-164. In: HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane. (Dir.) **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux**. Paris: Éditions Kimé, 2012, p. 162-163.

²⁵³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 11.

²⁵⁴ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 55.

de ce principe.²⁵⁵ Le fonctionnement de l'Administration Publique doit donc devenir plus démocratique et, par conséquent, il convient de redéfinir certains privilèges propres à l'Administration unilatérale²⁵⁶ et d'établir des procédures permettant la participation démocratique.

La logique sociale est devenue une coordination en réseaux, qui relie et harmonisent des pôles de décision multiples et fragmentés, dont la systématisation revêt la forme du principe général de gouvernance²⁵⁷ ou de régulation. La gouvernance valorise les interactions gouvernement-société et les conditions contemporaines de l'action publique deviennent ainsi différentes, la conception même du pouvoir politique dans la société est en mutation, le rôle de contrôle et de commandement, centré sur les constructions institutionnelles, est remis en cause au profit d'une approche plurielle et interactive du pouvoir.²⁵⁸

Les décisions centralisées et hiérarchiques tendent à être multicentriques, organisées en réseaux, à travers des coopérations horizontales sous une forme de gouvernance et se distinguent donc du modèle pyramidal unifié. « C'est là une conséquence principale d'un raisonnement qui valorise les boucles rétroactives, les 'retours', les échanges et les relations croisées. »²⁵⁹ Il est rare de trouver un cas concret qui présente seulement un intérêt public. L'existence de nombreux intérêts est, généralement, en jeu, tous protégés par l'ordre juridique et tous les intérêts publics au sens large, de sorte que l'action étatique doit être capable de les composer, ce qui s'avère incompatible avec une définition abstraite et unilatérale de l'intérêt général.²⁶⁰

²⁵⁵ VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 53.

²⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 20-21.

²⁵⁷ Ici, dans une perspective nationale et urbaine qui vise à décrire les processus de coordination multiniveaux ou multipolaires. La gouvernance diffère de l'idée classique de gouvernement. Ce terme est utilisé au sens strict comme « sociopolitique » (interactions société-gouvernement), non dans une perspective néolibérale, mais socialisante. Il s'agit d'une gouvernance fonctionnelle et opérationnelle, avec la coordination de tous les acteurs impliqués, qui est une forme d'organisation qui gère les ajustements et les engagements à des fins différentes. Elle rompt avec l'ordre pyramidal, constitué de structures organisées à partir d'un point central, et repose sur des rétroactions horizontales. GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 126-128.

²⁵⁸ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 120-121. Vivian Valle considère que « l'autorité en tant qu'élément de soutien dans la relation État-société doit être revue. Il est possible d'avoir une idée de circularité, constituant une nouvelle rationalité pour justifier cette relation » qui « passe par la notion de relation juridique. » VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 97.

²⁵⁹ Ibid., p. 103, 113.

²⁶⁰ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. UFPR, 2019. 338 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-

On ne remet pas en question la difficulté de mettre en œuvre cette proposition démocratique et participative dans la définition et la réalisation de l'intérêt général. Jean-Pierre Gaudin, par exemple, souligne que, pendant longtemps, en France, la référence à l'intérêt général et à l'autorité étatique a été associée à la centralisation. La compréhension de l'État, qui protège et garantit l'intérêt collectif, en transcendant la somme des intérêts particuliers, a été construite et maintenue pendant de nombreuses années. Depuis la royauté, le centralisme politique a été sédimenté, suivi par une solide construction culturelle de la nation au XIX^e siècle et enfin par l'apparition de la bureaucratie étatique, présentée comme étant l'arbitre compétent par excellence. Cet auteur estime que le centralisme étatique est très fort et récurrent.²⁶¹

Au Brésil, l'idée du « pouvoir » est encore très séduisante et a un impact sur la compréhension des instituts de droit administratif, ce qui souligne un prétendu caractère autoritaire et masque les devoirs de l'Administration, cruciaux pour la compréhension du droit administratif.²⁶²

Cependant, Gaudin souligne que les références classiques des performances administratives et politiques se modifient, tout comme l'intérêt général et ses modes d'autorité, ainsi que la gestion de la règle de manière uniforme pour la réalité négociée.²⁶³ En France, en 1999, on constatait déjà l'existence de situations d'interdépendance dans la négociation de l'action publique. Les arènes décisionnelles sont devenues multipolaires, ajoutées à la décentralisation, aux procédures contractuelles, à la mondialisation des politiques publiques, à la réduction des frontières entre le public et le privé et à la production interactive de normes juridiques.²⁶⁴

En ce qui concerne la définition dialogique de l'intérêt général, les instruments démocratiques participatifs peuvent être analysés au sein du pouvoir exécutif et de celui législatif pour l'élaboration des lois et des actes administratifs et, de cette façon, dans l'identification et dans la réalisation de l'intérêt général. Il est précisé qu'il appartient au Constituant et au législateur ordinaire de réaliser la « fixation primaire de l'essence de l'intérêt général » et à l'Administration, dans les limites de la discrétion, d'agir en termes

Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponible sur: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/62542>. Accès le: 30 juillet 2021. p. 177.

²⁶¹ On souligne que l'auteur a écrit en 1999. GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 122-123.

²⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46.

²⁶³ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 102.

²⁶⁴ Ibid., p. 110.

normatifs-réglementaires et, face à la réalité concrète, de définir les actes nécessaires pour tenir compte des dispositions du système normatif.²⁶⁵ Néanmoins, même si ce ne sont pas directement les personnes qui définissent quelles mesures correspondent aux intérêts publics²⁶⁶, dans un État de Droit Démocratique, toutes ces étapes peuvent être ouvertes au dialogue, à la participation et à la collaboration démocratique, par le biais de différents mécanismes.

L'étude proposée ici reconnaît la possibilité d'insérer ces mécanismes démocratiques à diverses étapes de l'action législative et exécutive de l'État, mais s'adresse à leur insertion dans le cadre de l'Administration Publique, dans l'exercice de la fonction administrative démocratique concrète.²⁶⁷ Ainsi, en premier lieu, il s'avère important de considérer que ce n'est pas l'administration qui définit le point de départ de l'intérêt général, elle agit dans sa densification, son identification et sa réalisation dans le cas concret.²⁶⁸ L'Administration exerce ses fonctions conformément à la légalité, même si celle-ci est large, au sens de la juridicité. En s'ouvrant à la participation et à la collaboration, il existe encore des limites à leur action, conformes à l'ordre juridique, dans lequel les intérêts publics ont eu leur « essence primaire » établie. Il appartiendra donc à l'Administration, de les identifier dans l'ordonnement, de les comparer au cas, de les compléter avec la réalité et la technique, ainsi que de les mettre en œuvre, de manière à atteindre efficacement les intérêts publics concernés.

Normalement, les règles juridiques ne prévoient pas clairement que c'est l'intérêt général qui doit être pris en compte et, ainsi, laissent une marge de manœuvre à l'Administration, en face du cas concret. Ce champ de définition découle de l'attribution à la norme de compétence discrétionnaire conférée à l'Administration. Ainsi, dans ces hypothèses,

²⁶⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 75. E MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 67-68.

²⁶⁶ Comme l'alerte MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68.

²⁶⁷ L'accent sera verticalisé dans le sens de l'auto-composition administrative des conflits entre l'Administration et les particuliers.

²⁶⁸ L'identification de l'intérêt public face aux faits relève de la responsabilité de l'administration publique qui opère par des actes administratifs concrets. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 75.

« ça sera l'Administration compétente pour définir les fins d'intérêt public dans le domaine qui n'est pas réservé au législateur », qui représentera l'intérêt général.²⁶⁹

Il s'avère donc nécessaire de se concentrer plus concrètement sur l'identification et la réalisation de l'intérêt général, de démystifier la rhétorique, de comprendre de façon moins métaphysique la formation de l'intérêt général, pragmatiquement associé aux compromis majoritaires entre des intérêts spécifiques.²⁷⁰ On soutient ainsi l'adoption de mécanismes qui permettent l'apport de la réalité, avec la participation des multiples acteurs à la formation, l'identification et la réalisation de l'intérêt général. L'être humain a besoin de communiquer, de parler et d'être entendu, donc de participer aux décisions susceptibles d'avoir un impact sur son mode de vie. Il s'agit du droit à l'autodétermination. Le droit à la participation intègre la qualité de l'être humain, dont la dignité doit être respectée comme telle. L'être humain doit être la fin et non le moyen, ainsi, la participation est compatible avec l'avenir que l'on envisage en vue d'élargir la liberté et l'humanité, mais qui ne sera possible que si chacun est le protagoniste de ses actions et de son développement, en générant la possibilité que tous le soient également.²⁷¹

L'administration publique est composée du public, du citoyen, qui est le centre d'intérêt. De la sorte, s'il est cantonné à un rôle de spectateur, l'activité administrative tendra à peu se tourner vers l'intérêt de quelques-uns²⁷² et à se répercuter sur tous, en quelque sorte, « chosifiés », car aliénés de la parole inhérente à l'être humain. Et précisément, l'intérêt public est l'intérêt de l'ensemble, de l'ensemble social, qui ne correspond pas à la somme des intérêts individuels, mais ne se détache pas non plus de ceux-ci, au contraire, il est composé à partir des intérêts de chaque individu de manière qualifiée par sa dimension publique.²⁷³ De cette façon, l'intérêt public est une « fonction qualifiée des intérêts des parties ». Il existe « une relation intime, indissoluble, entre ce qu'on appelle l'intérêt général et les intérêts dits individuels. »²⁷⁴ Celui-là est une partie de l'intérêt des individus, qui correspond à leur

²⁶⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 76.

²⁷⁰ GAUDIN, Jean Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 92.

²⁷¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 23.

²⁷² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 9, p. 91-102, 2002, p. 96. Disponible sur : <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/737>. Accès le : 10 septembre. 2017.

²⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 60.

participation en tant que membres de la collectivité²⁷⁵, de sorte qu'il est nécessaire d'obtenir, d'avoir connaissance, de débattre de l'intérêt de chacun, dans sa dimension publique, pour qu'il y ait une conception de l'intérêt général, à ce moment-là, dans ce contexte-là, car il est changeant.

La collectivité et chacun des individus qui la compose sont titulaires de l'intérêt général et légitimés à participer à sa définition et à ses décisions administratives. À cet égard, les mécanismes consensuels d'auto-composition représentent davantage d'instruments dont dispose l'Administration dans la prise de décision en faveur de la réalisation de l'intérêt général.

À partir des fondements républicains, de la citoyenneté et de la dignité de la personne humaine, l'exercice de la fonction administrative doit avoir pour point de départ et de destination « l'intérêt des citoyens eux-mêmes, dans une perspective tant individuelle que collective. »²⁷⁶

L'intérêt général, dans cette perspective participative et sociale, doit être compris comme une notion dynamique. Il s'agit d'adopter ce que l'on appelle la « pensée dynamique » afin de « comprendre que la réalité, plus que toute la réalité sociale, la réalité humaine, est dynamique, changeante, ouverte, et pas seulement évolutive, mais aussi marquée par la liberté ». ²⁷⁷

L'ouverture à la réalité et à la participation représente, sans aucun doute, un afflux d'intérêts et de besoins divers, et il est donc important d'adopter ce que Jaime Rodríguez-Arana Muñoz a qualifié de méthode de pensée compatible ; celle-ci dépassant une pensée rationnelle mathématique, concentrée sur les opposés, permet de faire un effort de compréhension, d'identifier un ensemble et de découvrir que « le public n'est pas opposé et contradictoire avec le privé, mais compatible et mutuellement complémentaire ». ²⁷⁸ Les intérêts doivent être compatibles car le développement individuel ne s'avère possible que s'il permet aussi celui des autres. Le tout se reflète sur l'individu et celui-ci se reflète sur le tout. ²⁷⁹ La pensée compatible requiert également une analyse des résultats possibles à court et

²⁷⁵ Ibid., p. 61.

²⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 46.

²⁷⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 23.

²⁷⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 22.

²⁷⁹ Une analogie est faite avec le domaine de la biologie concernant la relation entre la ruche et l'abeille. Dans ce sens Kathrin Graf illustre avec une analogie de la biologie relative aux champignons. « Les circonstances de

à long terme et si la perspective à long terme ne permet pas d'amélioration sociale, la proposition ne sera pas authentique.²⁸⁰

Ainsi, l'intérêt public ne doit pas être défini de manière unilatérale et monopolisée, il faut que la société participe avec sa vitalité à sa définition.²⁸¹ La sphère publique doit s'ouvrir à l'identification des besoins de la société et à l'établissement des solutions.²⁸² La participation sociale devient un paramètre de légitimation de l'action administrative. L'impérativité et la coercition laissent place au consensus et à la participation sociale à partir de canaux de communication et de mécanismes consensuels.²⁸³ Avoir une vie satisfaisante implique de vivre avec d'autres personnes, on ne peut pas toujours faire ce que l'on veut, ni imposer ses volontés, il faut résoudre les différences, de préférence par le consensus.²⁸⁴

Il est nécessaire d'adopter des procédures administratives non contentieuses pour la prise de décision, qui, en particulier, dans la conception démocratique de la fonction administrative et de l'horizontalité des relations, doivent ouvrir des espaces à la manifestation des citoyens.²⁸⁵ La relation juridique administrative individuelle, plus horizontale, proche et ouverte, avec un espace de dialogue, elle-même, indépendamment d'achever le consensus, constitue l'intérêt public. La participation administrative à la définition et à la réalisation de l'intérêt général, au-delà de la légalité propre à l'État de Droit, a le pouvoir de démocratiser et d'assurer la légitimité de l'action administrative, « dans un véritable processus évolutif de démocratisation de l'Administration Publique ». La participation administrative est apte à

son évolution induisent une stratégie de croissance efficace et stable, qui ne se fait pas au détriment, mais en coopération avec autrui : le mutualisme. [...] Dans l'exemple du champignon, il s'agit d'une forêt, qui est le partenaire idéal pour permettre ce grandissement mutuel. » À travers les multiples fils du champignon, la forêt reçoit de l'eau et des nutriments. La forêt fournit au champignon des hydrates de carbone. « Ainsi les deux tirent profit séparément mais aussi ensemble, leur alliance les rendant beaucoup moins vulnérables aux ennemis et influences négatives externes. » GRAF, Kathrin. **La médiation : une approche constructive à la hauteur des conflits de notre temps**. Un pont possible entre la justice et la paix dans un monde pluraliste. Thèse pour le doctorat en science politique, le 27 novembre 2017. Paris : Panthéon-Assas Paris II, p. 303-304.

²⁸⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 22.

²⁸¹ Idée défendue par RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 12.

²⁸² FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2011, n. 257, maio/ago. 2011, p. 8.

²⁸³ Ibid., p. 10. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende adopte la même position. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015, p. 66.

²⁸⁴ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 66.

²⁸⁵ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 355-356. Les auteurs notent l'inexistence d'un Code de Procédure Administrative, mais insistent sur la nécessité de consultations des citoyens par des codifications partielles, par exemple, par le décret du 28 novembre 1983, concernant les relations entre l'Administration et les usagers, la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et l'art. 2 de la loi du 2 juillet 2003, habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

contribuer au renouvellement de la légitimité du droit administratif et à la réalisation de l'État de Droit Démocratique.²⁸⁶

C'est dans cette large perspective de la fonction administrative démocratique, du droit à la bonne administration et du dialogue dans la définition et la réalisation de l'intérêt général, que réside la proposition de cette thèse, qui vise à rechercher l'auto-composition administrative en tant que mécanisme prioritaire pour la solution et la prévention des conflits entre l'Administration et les individus.

2.2.2 La contractualisation en tant qu'instrument de l'administration publique dialogique-démocratique

Dans cette recherche de la construction d'une Administration Publique dialogique-démocratique, il est nécessaire de rappeler certains des instruments traditionnels de la fonction administrative étatique et d'en introduire de nouveaux, compatibles avec la participation et la collaboration de la collectivité à l'action publique.

On souligne la réduction de l'unilatéralité à l'extension de l'action conjointe, participative et collaborative, entre le Pouvoir Public et les différents segments de la collectivité, personnes physiques et juridiques.²⁸⁷ Afin de protéger l'intérêt général, l'Administration a reçu des « *prérogatives de puissance publique* » comme la décision exécutoire, mais l'utilisation de celles-ci doit être réduite au minimum.²⁸⁸ « Toute la dialectique du droit administratif consiste à concilier, de la manière la plus heureuse possible, l'exercice des prérogatives de puissance publique ». Auparavant, ce sont les droits de l'Administration qui se détachaient, cependant, depuis quelques décennies les droits des personnes à l'égard de l'Administration se sont accentués.²⁸⁹

²⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 176.

²⁸⁷ « Les interlocuteurs se sont multipliés et l'État doit descendre de son piédestal ». GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 11.

²⁸⁸ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 3.

²⁸⁹ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 24. En droit administratif brésilien, il apparaît que le régime juridique administratif « connaît un tournant paradigmatique, avec des propositions visant à changer le modèle d'autorité par le modèle du consensus commercial. [...] afin de permettre la satisfaction de l'intérêt public au-delà des frontières étatiques, dans un environnement de négociation égal et consensuel, sans affaiblir les mécanismes administratifs garantissant l'intérêt public. » La thèse soutenue par Vivian Valle s'inscrit dans le sens du repositionnement et de l'application subsidiaire des prérogatives publiques. VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24-29.

Ainsi, les prérogatives administratives subsistent, mais ne sont plus des protagonistes. L'exercice de l'administration est élargi par les contributions de ceux qui sont les titulaires du pouvoir – les citoyens - et qui seront les destinataires des mesures administratives. Au premier plan, l'Administration réserve ses prérogatives, se désarme et s'ouvre pour accueillir la collectivité, dans une relation juridique renouvelée, plus horizontale et plus égalitaire. Avoir du pouvoir, dans ce sens dialogique et démocratique, revient à se désarmer, paradoxalement, pour écouter les autres, être entendu et, dans certains cas, décider avec eux. Les prérogatives deviennent subsidiaires, car leur usage préliminaire et la rationalité autoritaire de l'Administration finissent par les éloigner des individus et par compliquer la participation et le dialogue.²⁹⁰ Ainsi, s'il le faut, dans un second temps, l'Administration pourra, en vue de la réalisation de l'intérêt général, utiliser ses prérogatives, dans la mesure où il s'avèrera nécessaire de les assurer. L'on peut donc affirmer que les relations entre l'Administration et les individus sont plus horizontales et ouvertes au dialogue et au consensus, cependant, l'Administration ne restera pas dépourvue des prérogatives inhérentes à la sauvegarde de l'intérêt général et, lorsqu'elles sont utilisées, elles tendent naturellement à la verticalité de la relation juridique.

Dans ce contexte de relations juridiques fondées sur une plus grande égalité juridique et dialogique, revêt de l'importance le phénomène de la contractualisation,²⁹¹ également appelé concertation administrative²⁹², qui signifie gouverner par contrat²⁹³ ou administrer par contrat. Quand l'Administration, dans la poursuite de l'intérêt général, « rencontre celle des particuliers, elle peut utiliser la technique du *contrat*, ce qui se produit de plus en plus souvent. »²⁹⁴ Le contrat est un instrument juridique dont l'essence est fondée sur la négociation, le dialogue et le consensus²⁹⁵, raison pour laquelle l'institut a acquis de

²⁹⁰ Cela renvoie à l'usage préalable et souvent exacerbé des prérogatives, qui finit par induire un autoritarisme et une rationalité d'opposition entre l'Administration et les particuliers, au détriment des intérêts publics, alors qu'en fait, en faveur de l'amélioration de la qualité de vie des personnes, ils doivent être complémentaires. Cela est également extrait des réflexions de Vivian Valle dans : **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 64-65.

²⁹¹ En raison de la diminution de la logique de l'autorité, la pratique de l'acte unilatéral, typique de l'assujettissement, en faveur de la construction de relations juridiques administratives, comme l'a souligné VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 98-101.

²⁹² Inséré dans le contexte de ce que l'on appelle « l'État pédagogue, c'est lui qui fait figure de super-animateur du social. » Ce changement, le polycentrisme décisionnel et les négociations à plusieurs niveaux n'ont pas réduit l'État à rien, il demeure un acteur essentiel. GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 68.

²⁹³ Comme l'indique le titre de l'ouvrage de référence à ce sujet, *Gouverner par contrat: l'action publique en question*, de Jean Pierre Gaudin.

²⁹⁴ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 3.

²⁹⁵ Certes, il y a des modèles dans lesquels ces caractéristiques sont plus prépondérantes ou plus faibles.

l'importance dans ce renouvellement démocratique de l'action administrative, marqué par de multiples acteurs et divers droits.

La contractualisation mentionnée représente l'idée de pacte, d'accord, de ce qui est pondéré et établi entre les parties concernées.²⁹⁶ Ainsi, eu égard à la contractualisation, la préférence sera donnée au contrat en guise d'instrument le plus propice à sa réalisation, plus apte à l'exercice de la fonction administrative marquée par des liens plus horizontaux avec la collectivité.

De toute façon, l'acte administratif demeure un instrument pertinent, mais on cherche la réduction de la pratique d'actes unilatéraux contraignants et autoritaires par l'extension en faveur d'actes administratifs unilatéraux précédés d'une manifestation et d'une délibération.²⁹⁷ Des procédures administratives non contentieuses, telles que la consultation et la participation collective aux phases préparatoires à la production des actes, sont adoptées en ce qui concerne l'analyse et la pondération des faits, les dispositions devant être prises et l'objectif public qu'il convient d'atteindre concrètement.²⁹⁸ De même, les actes administratifs peuvent découler d'un instrument contractuel antérieur.²⁹⁹

Il ne faut pas oublier que l'Administration Publique, différente d'un individu, se soumet à un régime juridique distinct de l'initiative privée, marqué par la légalité et l'impersonnalité. Néanmoins, la légalité, et surtout la juridicité, confèrent à l'Administration

²⁹⁶ L'État contractuel exige une « nouvelle rationalité juridique pour la théorie contractuelle administrative, capable de maintenir les garanties à l'intérêt public et, en même temps, de redéfinir la relation juridique administrative pour rendre possible, à travers un environnement moins impératif et plus paritaire, la satisfaction des droits sociaux » et appelle donc à un changement de paradigme, de l'autorité en faveur de la parité et de l'ouverture aux diverses réalités. VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 76.

²⁹⁷ Quant à la formation de ces actes, ils se divisent en unilatéraux et bilatéraux, ces derniers sont appelés contrats, ce qui n'empêche pas que les unilatéraux soient précédés de la manifestation des intéressés. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 428. La distinction entre actes unilatéraux et bilatéraux laisse quelques imprécisions, comme dans le cas où l'acte unilatéral enregistre un accord précédé d'une négociation. La soi-disant « administration contractuelle » fait apparaître des actes qui enregistrent des accords et qui ne présentent pas les caractéristiques juridiques des contrats. Les actes unilatéraux traditionnels, à partir de l'atténuation des assujettis à l'administration, ont diminué leur caractère autoritaire. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 342-343.

²⁹⁸ On peut considérer à ce propos « l'Administration consultative ». La consultation présente « l'avantage de permettre d'associer des personnes extérieures à l'Administration à la prise des décisions. » RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 355-357.

²⁹⁹ Sans oublier qu'il continue à exister des hypothèses selon lesquelles seul l'acte administratif unilatéral peut être adopté, sans la participation ni la collaboration des individus. L'ouverture et le dialogue ne signifient pas que toutes les activités administratives doivent envisager une telle perspective. Il est nécessaire d'évaluer les situations les plus compatibles avec l'ouverture et celles dans lesquelles cela n'est pas possible. L'action unilatérale a tendance à se limiter aux situations d'urgence et à l'épuisement du dialogue et des tentatives de consensus ou à ce qu'il en reste.

de nombreuses possibilités abstraites d'intervention.³⁰⁰ Entre l'abstraction normative et la vie réelle, il peut y avoir de vastes espaces et des possibilités infinies qui, selon les données de la réalité, peuvent être réduits, voire même limités à une seule option.³⁰¹ Toutefois, dans le but de réaliser une Administration Publique dialogique-démocratique, cette analyse de la réalité, le filtrage et la prise en compte des données et des intérêts concernés ne doivent pas se limiter à un seul représentant et à une structure technocratique administrative.

La réalité est mieux connue de ceux qui la vivent et certainement la meilleure solution adoptée sera celle qui répond le mieux aux besoins réels. En analysant les compétences administratives dans l'élaboration des actes administratifs traditionnels³⁰², il est possible d'observer de nombreux espaces d'évaluation, en particulier en ce qui concerne l'analyse des faits - hypothèses de fait, motif - et pour ce qui est du contenu ou de l'objet de l'acte, c'est-à-dire la providence devant être réalisée dans le monde des faits, ainsi que la finalité publique, car de nombreuses dispositions peuvent également répondre à une même finalité publique ou à des finalités diverses, mais toutes n'étant que publiques. La législation définit rarement avec précision tous les éléments ou toutes les hypothèses de l'acte administratif. Il convient de souligner l'existence d'une compétence discrétionnaire de l'Administration, y compris dans les cas où il existe un fort lien avec la loi, il existe aussi un minimum de discrétion. L'administration ne peut être transformée en un « distributeur automatique de décisions. Administrer, c'est choisir [...] »³⁰³, c'est-à-dire que la marge d'appréciation est inhérente à l'activité administrative. L'espace de l'action administrative existe « au long du parcours d'imprécision du concept utilisé » pour répondre à la finalité légale devant la contingence de la loi à utiliser des « concepts pertinents au monde de la valeur et de la sensibilité, qui sont

³⁰⁰ « Le pouvoir discrétionnaire est la marge de 'liberté' qui reste à l'administrateur pour choisir, selon des critères cohérents de raisonabilité, un, parmi au moins deux comportements, applicable à chaque cas particulier, afin de remplir l'obligation d'adopter la solution la plus appropriée à la satisfaction du but juridique, lorsque, en raison de la fluidité des expressions de la loi ou de la liberté conférée dans le commandement, elle ne peut pas être objectivement extraite d'une solution unique pour la situation actuelle. » MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 980-981.

³⁰¹ L'ampleur du pouvoir discrétionnaire en termes normatifs n'est pas la même que dans le cas présent, elle délimitera le champ normatif, en supprimant certaines possibilités abstraites et même en identifiant une seule solution possible. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 971. La participation et le dialogue devraient avoir lieu dans le domaine du cas spécifique, de préférence entre les personnes directement concernées par les mesures et leur absence, afin d'ajuster la prévision normative à la réalité.

³⁰² Par exemple, divisés en éléments et hypothèses selon: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 390 e ss. Dans le même sens : BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo**. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93-94.

³⁰³ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 354.

appelés vagues, fluides ou imprécis. ».³⁰⁴ L'espace compris entre la loi et l'acte administratif concret, peut être rempli par de nombreuses variables à remplir.

C'est dans la conformité entre la norme et le cas concret que le dialogue avec les acteurs doit être rendu possible, la mise en balance des intérêts publics pertinents doit être réalisée afin d'identifier quelle est la solution appropriée au cas concret. Les citoyens, titulaires légitimes de l'intérêt général ont le droit de participer et de dialoguer avec l'Administration à la formation du mérite de l'acte administratif³⁰⁵, en quelque sorte d'un contrôle social préalable et concomitant à la pratique de l'acte et ne pas se limiter aux seules décisions unilatérales des agents publics.

La prévision constitutionnelle ou légale d'un droit s'avère certes indispensable, mais elle n'est toutefois pas suffisante pour satisfaire la collectivité. Les droits peuvent être réalisés de diverses manières, avec la mise en œuvre des mesures les plus variées. En particulier, les droits fondamentaux sont dotés d'une particularité, la structure normative bidimensionnelle ou la multifonctionnalité,³⁰⁶ étant donné qu'ils confèrent des positions subjectives à leurs titulaires pour exiger des comportements positifs ou négatifs de l'État³⁰⁷ et qu'ils prévoient des obligations objectives au Pouvoir Public pour que celui-ci fixe des conditions à la jouissance, à la protection et à la mise en œuvre de ces droits de manière générale.³⁰⁸ En outre, plusieurs normes de droits fondamentaux peuvent être extraites d'un même texte

³⁰⁴ La liberté administrative peut être due à l'hypothèse normative, au commandement ou à son but. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 975-976.

³⁰⁵ Le mérite de l'acte administratif peut être compris comme un « champ de liberté présumé par la loi et qui restera effectivement dans le cas d'espèce, afin que l'administrateur, selon des critères de commodité et d'opportunité, puisse décider entre deux ou plusieurs solutions recevables, face à l'aspect de la situation, compte tenu de la réalisation exacte de l'objectif juridique, compte tenu de l'impossibilité que soit objectivement identifié lequel serait le seul approprié. » MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 973.

³⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013, p. 624, 627-628.

³⁰⁷ Il est important de souligner que les droits fondamentaux au sens subjectif ne doivent pas être confondus avec ceux subjectifs car le titulaire du droit fondamental n'est pas seulement l'individu, mais aussi un groupe spécifique ou la collectivité indéterminable qui est, par conséquent, transindividuelle. Selon HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 632-633.

³⁰⁸ La dimension objective des droits fondamentaux est développée dans les États de droit sociaux et démocratiques de l'après-guerre, comme « un système objectif ou un ordre de valeurs qui légitiment l'ordre juridique et constitutionnel de l'État, qui conditionne constitutivement l'action des pouvoirs constitués et qui irradie une force expansive à toutes les branches du droit ». NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 57-58.

normatif, ce qui permet aux individus et à la collectivité d'investir dans des positions juridiques différentes.³⁰⁹

De toute façon, la possibilité dont dispose l'administration de s'ouvrir à la collecte d'informations et d'intérêts des diverses réalités représente l'ouverture administrative à la démocratisation. Afin d'effectuer le dialogue il ne suffit donc pas de recueillir des manifestations, il doit en effet y avoir interaction, échange d'informations, réciprocité, parole et écoute. Enfin, tous les éléments obtenus à partir du dialogue doivent être analysés, pesés et il doit exister une large motivation quant à ceux qui sont prépondérants dans la décision concrète et à ceux qui ne le sont pas, dans un jugement sur les conséquences possibles de ce qui était prépondérant et de ce qui a été écarté. La juridicité, comprise comme l'intégration de la légalité et de la légitimité, permet l'agrégation du caractère raisonnable et de la proportionnalité,³¹⁰ fondamentaux pour pouvoir prendre en compte et peser les divers intérêts concernés.

Dans le modèle administratif traditionnel, les autorités sont habilitées à effectuer des choix au nom du public. Dans une perspective constitutionnelle de valorisation de l'être humain, de ses droits et de son droit à la participation, il faut permettre au maximum que les ouvertures législatives soient alignées sur les données de la réalité et visent à résoudre des nécessités réelles. Il convient de projeter la dignité de la personne humaine sur le système et donc sur les instituts de droit public, ce qui nécessite l'adoption d'une « pensée ouverte, plurielle, dynamique et complémentaire ».³¹¹

On sait que ce n'est pas simple. Au contraire, le choix unilatéral des priorités et celui des mesures par l'autorité centrale, représentent l'exercice de la fonction administrative de manière très simplifiée, mais fermée, enclavée et souvent réfractaire à la manifestation et aux besoins de la collectivité. En même temps coexistent de nombreuses réalités, auto-exclusives,

³⁰⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 626. Romeu Felipe Bacellar Filho illustre cette possibilité de diversité de positions basée sur les dispositions de l'art. 5, III, de la Constitution de la République du Brésil, qui dispose que: « Nul ne sera soumis à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradants », disposition qui fait immédiatement référence à un droit négatif, à l'abstention et à la protection. Cependant, si l'on envisage l'hypothèse d'une personne malade, qui souffre énormément, est dépourvue d'assistance, il n'y a aucun doute sur la violation de la dignité de la personne humaine et la configuration de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, qui réclame des bénéfices positifs BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e Direito Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p.247-254, jul./dic. 2014, p. 253.

³¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 76.

³¹¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 18.

auto-aggravantes, ainsi que les besoins et les mesures respectives. Le polycentrisme croissant est interprété en termes de complexité. Ce processus de modification laisse tout entier le problème de ses propres déterminations, de ses défis et de la façon dont se combinent concrètement les multiples positions des acteurs.³¹²

Il faut porter un nouveau regard sur les instruments et les procédures administratives, en les considérant, non seulement comme des régulateurs de procédures internes ou entre organes et entités gouvernementales, mais aussi en tant qu'instruments des citoyens vis-à-vis des autorités administratives, à travers l'application des obligations en faveur des parties privées. Il est nécessaire d'étudier et d'améliorer les arènes dans lesquelles les intérêts conflictuels apparaissent, dialoguent, s'opposent et se concilient, ainsi que d'identifier les agences ou organes qui seront chargés de conduire ces procédures.³¹³ L'action administrative a besoin d'être modernisée pour promouvoir des cercles de qualité et de spécialisation des politiques, en fonction d'un meilleur « ciblage » des destinataires, soit par l'extension des procédures de concertation et de consultation, soit sur la rationalisation de la prestation de services en vue des contraintes financières, soit sur la nécessité de recherches pour la conduite de grands projets et de formes imbriquant l'initiative publique et le capital privé. La nouvelle structure administrative est marquée par la coopération entre différents acteurs, étatiques ou non, publics et privés; par des relations découlant d'interactions et de réseaux multipolaires et par l'élaboration de règles négociées, en dehors des hiérarchies institutionnelles classiques.³¹⁴

Le respect de la participation et de la collaboration, en termes procéduraux, tend à réaliser la dignité de la personne humaine, les libertés ainsi que la démocratie matérielle. En outre, le contenu des décisions administratives, à partir de la contribution des parties concernées, tendra à être plus démocratique et plus efficace en ce qui concerne la réalisation des droits, en mettant l'accent sur les droits fondamentaux.

La justification formelle au sens où l'action administrative ne peut s'ouvrir à la collectivité en vertu de la légalité et pour ne pas céder aux intérêts privés, dès lors qu'elle a pour objectif la réalisation de l'intérêt général, et ne s'avère pas pertinente. Néanmoins, s'ouvrir à la collectivité pour pratiquer des actes administratifs plus attachés à la vie réelle ne signifie pas pour autant abandonner la légalité et le devoir de poursuivre l'intérêt général, au contraire, cela revient plutôt à les observer, mais sous le biais démocratique et dialogique.

³¹² GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 131.

³¹³ CASSESSE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto, 603–613. **I•CON** 10 (2012), p. 610. Disponible sur : <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/10/3/603/673508>. Accès le : 29 juillet 2020.

³¹⁴ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 122.

L'autorité administrative n'est pas titulaire de l'intérêt général, elle n'en est que la représentante et n'en a pas l'exclusivité. La législation établit « l'essence primaire » de l'intérêt général, qui, dans une perspective démocratique, doit être la même pour tous, l'Administration et la collectivité, par des procédures dialogiques, participatives et collaboratives. Les intérêts publics sont identifiés de manière partagée avec la population, avec une réduction de la discrétion et de l'unilatéralisme, à partir de l'adoption de pratiques contractuelles fondées sur le consensus, la négociation et la conciliation des intérêts.³¹⁵

Ainsi, ce que l'on appelle la contractualisation se produit³¹⁶, au sens de la formation de pactes, d'accords, susceptibles de déboucher sur la production d'actes administratifs ou de contrats administratifs, mais tous deux sous l'influence négociée et concertée, en opposition à la simple subordination, fruit de relations plus étroites et horizontales entre l'Administration et la collectivité, dans une posture de protection des droits des citoyens dans les relations avec le Pouvoir Public.³¹⁷ Les contrats ont trouvé de multiples et nouvelles applications, « l'Administration les utilise pour infléchir l'action des particuliers dans un sens conforme à l'intérêt général ».³¹⁸ Après les années 90, le « co » est à l'ordre du jour, que ce soit dans la corégulation, le copilotage, la coproduction ou la cogestion.³¹⁹

La contractualisation est un instrument de gouvernance, elle est la représentation juridique de l'action publique pluraliste et consensuelle, elle s'implique dans « les relations juridiques fondées, non plus sur l'unilatéralité et la contrainte, mais sur un accord de volonté », reconnaît « l'existence d'acteurs autonomes dont il s'agit d'obtenir la coopération » et la

³¹⁵ MEDAUAR. Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 230.

³¹⁶ Dans le contexte européen, la formation de l'Union européenne a été importante pour l'adoption de différents modes de contractualisation et d'action commune. « Les actions de l'Union européenne procèdent souvent par contrats d'objectifs et de moyens. » Les contrats ouvrent la porte à différentes parties. « Contrats, chartes, conventions, les intitulés sont multiples et souvent incertains. Mais au travers de cette diversité court un même fil : l'imaginaire du contrat. Ses connotations, sa charge idéologique très forte se lisent en effet aussi bien chez les citoyens qui se sentent nouvellement conviés au débat public que chez les acteurs politiques et les professionnels qui peuvent donner l'impression de travailler de manière plus ouverte. » GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 11-12, 52.

³¹⁷ En faisant reposer le droit administratif sur les droits fondamentaux, il faut lui donner une assise nouvelle, Chevalier, en référence à Jean-Bernard Auby, affirme que le droit administratif « ne devrait plus être conçu sous la forme d'un savant équilibre entre intérêt général et intérêts particuliers, mais comme un moyen de protection des « droits des citoyens dans leurs rapports avec la puissance publique ». » CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif vu de la science administrative. **AJDA** n. 7, Paris, 2013. AUBY, Jean-Bernard. La bataille de San Romano réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. **AJDA**, Paris, 2001, p. 912. Disponible en: <https://www-dalloz-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2001/0912>. Accès le: 12juillet. 2021.

³¹⁸ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 378.

³¹⁹ Les années 80 ont été celles de l'intégration européenne; une étape de négociation a été passée, sans qu'y ait été initialement accordée beaucoup d'attention. GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 11, 126.

nécessité d'un « processus de négociation » pour l'établissement des caractéristiques « d'une action commune ». ³²⁰

L'utilisation des contrats dans le sens de la coopération peut présenter peu de distinction par rapport aux contrats classiques conclus entre le pouvoir public et l'initiative privée, par exemple les contrats de concession ³²¹ ou de constitution d'une société d'économie mixte. Ce qui représente en soi un phénomène nouveau, c'est sa généralisation, c'est-à-dire sa prépondérance dans l'action administrative et son usage politique.

D'un autre côté, on peut visualiser la « dénaturation de la conception classique du contrat » car les différences sont atténuées entre le contrat et l'acte unilatéral, ainsi que celles existant entre les contrats et des procédés plus souples et informels de régulation. En guise d'instrument de la gouvernance, en vue d'associer un ensemble d'acteurs, publics et privés, vers une action publique plurielle et consensuelle, le contrat engendre le développement de « formules hybrides qui diluent la formule originelle du contrat dans des solutions négociées ou des pratiques transactionnelles ». ³²²

Les contrats, dans ce contexte, portent sur la gouvernabilité et la capacité à rendre des comptes, la modification d'un système presque exclusivement représentatif pour l'adoption de mécanismes de démocratie directe. ³²³ Le mode d'exercice de la fonction administrative, de la définition et de la réalisation de l'intérêt général, en fonction de l'ouverture dialogique et démocratique, devient contractuel. ³²⁴ Selon le Conseil d'État, « la contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action politique et administrative

³²⁰ CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018.

³²¹ En ce qui concerne le droit administratif brésilien, les contrats classiques, même ceux pour l'octroi de la loi no. 8.987/95, présentent encore de nombreuses caractéristiques de la puissance de publier, quelque peu atténuées par la loi n. 11.079/2004 sur les partenariats public-privé, de même que la loi n. 14.133/2021 sur les marchés-publics, mais celui-ci pourrait être propice à plus d'équilibre. On pense que ce nouveau contrat devrait certes utiliser des contrats mais avec un meilleur équilibre entre les parties, c'est tout du moins ce que soutient VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. En ce sens, les contrats signés entre les entreprises publiques et les particuliers, selon la loi n. 13.303/2016, sont plus proches de cette nouvelle réalité contractuelle car le gouvernement n'a pas autant de prérogatives.

³²² CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018.

³²³ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l'action publique en question**. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 12.

³²⁴ En ce sens, Marçal Justen Filho souligne que dans l'exercice de la fonction administrative la contractualisation est liée à la mise en œuvre de l'État démocratique de droit. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 155. Vivian Valle souligne que le contrat est un instrument efficace pour « instaurer une discipline cohérente dans des environnements complexes, permettant à l'administration publique d'agir de manière rationnelle, avec une plus grande adhésion des règles à la réalité concrète, une optimisation de l'activité administrative et une économie d'efforts pour s'adapter aux règles en vigueur », avec l'avantage de réduire les litiges. VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 250-251.

se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité ». ³²⁵ L'État, au lieu d'imposer des mesures unilatérales sous peine de sanction, va convenir avec les différents interlocuteurs intéressés des termes et des formes de leurs contributions et, d'autre part, va en ajuster les conditions. Il y a négociation des objectifs, engagement réciproque des consignataires et coopération des moyens.³²⁶ Chacun bénéficiera d'avantages juridiques, matériels ou financiers.³²⁷ La personnalisation des négociations est même un mode contemporain de valorisation de l'individu.³²⁸

Le contrat est le moyen d'instrumentaliser l'accord, les engagements des parties, afin d'éliminer la passivité, le refus et de favoriser la réalisation de ce dans quoi les intéressés se sont engagés.³²⁹ On constate donc le phénomène associatif de la négociation dans l'action publique et de la multiplication des contrats.³³⁰ Par conséquent, apparaît un droit administratif polycentrique, aux sources multiples, associé à des règles plus souples et des accords plus proches du consensus³³¹ que de la coercition.³³²

³²⁵ CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018. L'auteur fait référence au Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 79, 2008, p. 15. Cet extrait peut être consulté : Conseil d'État. Dossier de presse. **Rapport public 2008**, Paris, 2008. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/rapports-publics/le-contrat-mode-d-action-publique-et-de-production-de-normes-rapport-public-2007>. Accès le : 13 jul. 2021.

³²⁶ GAUDIN, Jean-Pierre. Gouverner par contrat: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 67.

³²⁷ CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018.

³²⁸ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 114.

³²⁹ CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018. Celso Antônio Bandeira de Mello, à partir de l'œuvre d'Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, considère que l'action de l'État, en règle générale, est unilatérale. Les parties peuvent conclure un accord, mais les droits et devoirs qui en résultent sont établis par des actes unilatéraux, à travers « des processus techniques d'imposition autoritaire de leur volonté, dans lesquels les règles appropriées sont établies et les pouvoirs appropriés sont accordés pour atteindre l'objectif de l'État qui est la réalisation du bien commun »; « jamais par des dispositions créées par les parties ». MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Conceito de direito administrativo. *In*: Revista da Universidade Católica de São Paulo, 1964, v. XXVII, p. 36. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 71.

³³⁰ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 10. CHRETIÉN, Patrice; CHIFFLOT, Nicolas; TOURBE, Maxime. **Droit Administratif**. 17.ed. Paris : Sirey, 2020, p. 41.

³³¹ Le consensus est utilisé dans le sens où, après un dialogue et un débat, un accord est trouvé sur les aspects et les solutions possibles concernant les différences. Cette action ne présuppose pas l'élimination des différences, des pensées différentes, mais un accord sur les solutions possibles pour les parties concernant leurs différences. « Consensus. Du latin consensus, accord, jugement unanime. Accord établi entre individus ou groupes sur leurs sentiments, opinions, souhaits, etc., comme condition de l'harmonie sociale. Il y a consensus général lorsque chacun adhère à un principe, une affirmation, une croyance ou une prise de décision comme critère du meilleur et du plus vrai, l'unanimité étant considérée comme l'attitude la plus raisonnable pour atteindre un certain objectif ». JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Disponible sur : <https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/consenso>. Accès le : 12 fév. 2021.

³³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115.

On n'ignore pas, cependant, qu'il peut exister des formes de domination sous-jacentes au consensus entre les participants. Gaudin envisage une telle hypothèse comme « une sorte de théâtralité opaque, où se jouent à la fois des accords formels et des arrangements parallèles. »³³³ Nombre de relations juridiques, depuis leur origine, ne sont pas égalitaires, les différents acteurs sont dotés de capacités et ressources différentes, ce qui facilite des formes de domination et des manifestations erronées de soi-disant volontés.

La contractualisation n'a pas pour but de couvrir, sous prétexte d'un réel accord de volontés, des violations de la participation et de la collaboration démocratiques; les assurer constitue une tâche difficile qui dépendra de procédures transparentes, qui compensent l'asymétrie des informations et permettent d'adopter des décisions objectives et rationnelles en matière de juridicité. Quoiqu'il en soit, la crainte de l'utilisation masquée du contrat n'est pas un obstacle à son adoption. Les déviations et les abus sont beaucoup plus faciles et probables dans des agissements administratifs unilatéraux ou dans des contrats dotés de larges prérogatives, fermés à la manifestation de la collectivité, dont le contrôle, en règle générale a posteriori, tend à être formel et les buts réels demeurent facilement cachés. Même avec les risques existants de manipulation de volonté dans les actes précédés de négociation ou dans les contrats conclus dans une perspective dialogique et consensuelle, on considère que la participation et la collaboration représentent des instruments plus démocratiques dans l'action administrative, qui assurent la dignité de la personne humaine et la mise en œuvre de droits, en particulier, les droits fondamentaux, de différentes natures.³³⁴

La lecture qui en est faite, en ce sens, s'il s'agit d'un État Republicain et Démocratique de Droit, où le pouvoir émane du peuple, est qu'il faut privilégier les formes participatives, dialoguées et consensuelles avec les membres de la collectivité dans le respect de l'intérêt général, ce qui peut être réalisé par la contractualisation. L'action unilatérale peut néanmoins être adoptée après une procédure participative de consultation, au cours de laquelle la contribution, le débat et la composition des intérêts concernés feront partie intégrante de l'acte administratif. L'acte sera unilatéral mais fondé sur une procédure dialogique-consensuelle. En outre, l'acte unilatéral demeure légitime dans la mesure où la loi

³³³ N'est-ce pas là toute l'ambiguïté d'une négociation qui se veut dorénavant vertueuse et explicite, mais qui reste en réalité à la lisière du visible et du caché ? » GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat** : l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999, p. 10, 38.

³³⁴ Il est considéré que « la consensualité est décisive pour améliorer le contrôle, y compris en ce sens qu'elle augmente considérablement la transparence, en raison de l'ouverture publique des négociations ». Néanmoins, il est urgent de renouveler et d'actualiser le contrôle des actions administratives consensuelles. VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 181.

le prévoit et s'il n'est pas possible d'adopter les solutions dialoguées et consensuelles en tant que moyen de sauvegarder l'intérêt général.³³⁵

L'administration publique doit poursuivre la satisfaction de l'intérêt général, mais il n'est pas tiré de l'ordre juridique brésilien que la fonction administrative doive être de préférence unilatérale et, encore moins autoritaire.³³⁶ Au contraire, à partir de l'interprétation systématique et téléologique de la Constitution de la République Fédérative du Brésil, la préférence est donnée à la participation, au dialogue et au consensus afin de composer la pléthore d'intérêts et de droits qui s'y trouvent, de sorte que la contractualisation montre une tendance, dans laquelle se trouve, avec ses spécialités, le propos d'utilisation de la médiation dans le cadre de l'auto-composition administrative, objet de cette étude.

³³⁵ Par exemple, dans des cas urgents et extrêmes de danger pour l'intérêt public ou dans des situations où la loi prévoit que le commandement doit être adopté par l'administration, de manière liée.

³³⁶ Vivian Valle souligne que « la Constitution n'a pas de critère électoral lié à l'autorité dans les relations juridico-administratives en général ». VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 258.

3 LA COMPOSITION ADMINISTRATIVE AMIABLE COMME MODE PRIORITAIRE ET PRÉVENTIF DE RÉOLUTION DES LITIGES ENTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES PARTICULIERS

L'Administration publique gère et exécute les intérêts publics et, dans de nombreux cas, elle est compétente pour les définir comme des cas concrets. Néanmoins, face aux réalités complexes, à l'hétérogénéité des intérêts et des droits en jeu, ainsi qu'au manque d'instruments démocratiques aptes à capter les aspirations de la collectivité, certaines controverses s'avèrent inévitables dans l'accomplissement de la fonction administrative, ce qui est tout à fait naturel.

La problématique qui se pose n'est pas l'apparition de controverses³³⁷, mais l'absence de mécanismes dialogiques consensuels préalables et concomitants à l'action administrative. Il n'est pas habituel que des instruments de communication entre les pouvoirs publics et les particuliers soient mis à disposition pour (ré)établir le dialogue, capable de légitimer les décisions administratives, même si elles sont contraires aux intérêts des intéressés, et d'élucider ou de régler des différends dans l'exercice même de la fonction administrative.

Il ne convient pas à l'État de Droit Démocratique, centré sur la valorisation de la dignité humaine et dont l'existence et les pouvoirs respectifs devraient servir d'instrument pour la réalisation des droits collectifs, l'exercice de la fonction administrative voilée, fermée et autoréférente à ses propres instruments administratifs-bureaucratiques, réfractaires à la participation et à la collaboration collectives. De la même manière, il n'est pas approprié que l'État susmentionné et son système juridique exercent la fonction administrative de manière irresponsable et sans mener un dialogue avec les détenteurs légitimes du pouvoir, la communauté.³³⁸

Dans l'État de Droit Démocratique, l'exercice de la fonction administrative, compatible avec le concept de bonne administration et consacrant le droit à un contrôle administratif direct et immédiat, nécessite l'adoption d'instruments administratifs propices au dialogue, à une solution équitable et à la délibération consensuelle avec la communauté afin de permettre

³³⁷ Ils sont inhérents à la « contingence de la condition humaine [...] fruit de perceptions et de positions divergentes sur des faits et des comportements impliquant des attentes, des valeurs ou des intérêts communs. » VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 19.

³³⁸ On peut imaginer, en guise d'illustration, un avocat, qui prétend représenter les intérêts de ses clients, mais qui ne les recueille pas, ne cherche pas à les servir, et qui, lorsque ses clients viennent le voir pour un interrogatoire, ne les reçoit pas, ne les écoute pas et les oblige à porter plainte pour discuter de la controverse. C'est tétatologique.

la mise en place d'une action administrative participative et collaborative reflétant les intérêts et les droits de la communauté.

L'éclaircissement et la résolution d'une contradiction entre le Pouvoir Public et les particuliers ne doivent pas adopter le pouvoir Judiciaire pour seul ou principal lieu de solution, au contraire, les controverses doivent être clarifiées et les moyens de résolution utilisés directement et immédiatement par l'Administration Publique. Il est nécessaire que la fonction administrative soit exercée avec une plus grande contribution démocratique, en ouvrant le dialogue avec la communauté, en l'invitant à y participer et en toute responsabilité, en cherchant en ce sens à résoudre directement et immédiatement les controverses découlant de son exercice.

Le traitement insuffisant des élucidations et des possibilités de résolution des conflits dans la sphère administrative conduit au transfert de leur résolution à la sphère Judiciaire.³³⁹ Les personnes concernées – les particuliers et l'Administration – perdent ainsi l'opportunité d'éviter le conflit ou de le résoudre grâce à des solutions établies conjointement et s'avérant éventuellement plus satisfaisantes pour leurs intérêts réels. La fonction administrative n'est plus exercée de manière pleine et responsable et, en plus de cela, un excès de judiciarisation est prévu.

L'exercice plein, démocratique et responsable de la fonction administrative est proposé. Les « portes de l'Administration publique » doivent être ouvertes aux détenteurs légitimes du pouvoir, avec des instruments et des procédures adéquats afin d'écouter la communauté et susciter le dialogue et l'auto-délibération. Dans cette perspective, chaque fois que cela sera possible, les instruments de dialogue et de consensus doivent être privilégiés afin de parvenir à une amiable composition³⁴⁰, qui contribue également au mouvement de déjudiciarisation.³⁴¹

³³⁹ L'omission administrative peut être attribuée à la perception que « L'Administration en vient même à aimer le contrôle juridictionnel : sans avoir à se désavouer elle-même, il régule les manifestations mal maîtrisées de son action. » PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 1358.

³⁴⁰ Le manque de dialogue et de recherche de solutions consensuelles ne sont pas exclusifs à la sphère administrative, il existe une pratique contentieuse au Brésil et la nécessité de politiques publiques accompagnées de mesures qui s'effectuent en amiable composition. « En moyenne, pour chaque groupe de 100 000 habitants, 12 211 ont déposé une plainte en 2019 », nombre qui prend en compte les processus de connaissance et d'exécution des titres extrajudiciaires, hors respect des décisions de justice. CNJ. **Justiça em números 2019**. Brasilia : CNJ, 2019, p. 99. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mars 2021.

³⁴¹ La déjudiciarisation est la suppression de la fonction de juge, c'est l'action inverse, qui vise à soustraire au juge une activité qui lui était jusqu'alors confiée. La proposition est de « recentrer l'office du juge sur le cœur de sa mission. » FAUTRE-ROBIN, Aurélia. Rôle et intérêt de la déjudiciarisation. Dans : CIMAMONTI, Sylvie ; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ: Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 40-41, 46. Elle est plus précisément définie comme la « suppression du juge dans telle situation ne relevant pas, à proprement parler, de son pouvoir juridictionnel ». GUINCHARD, S. ; DEBARD, Th. (dir.) *Lexique des termes*

L'être humain dispose de la garantie, internationalement reconnue, fondamentale de l'inéluctabilité du contrôle judiciaire en cas de menace ou de violation de ses droits, ce y compris lorsque celle-ci se produit par la force de l'État lui-même. Nonobstant cette garantie fondamentale incontournable, sa reconnaissance et sa possibilité d'utilisation n'enlèvent rien au devoir de l'Administration publique d'agir plus étroitement et de manière plus fiable pour les intérêts réels de la communauté, de façon démocratique, dialogique et responsable, ainsi que de résoudre toute controverse éventuellement susceptible d'émerger.³⁴²

En outre, l'accès à la justice, une procédure régulière et l'exercice des droits constituent également des garanties fondamentales qui ne devraient pas être assurées uniquement dans l'exercice de la juridiction.³⁴³ Le contrôle juridictionnel complète l'action administrative³⁴⁴ et la contrôle, mais, en règle générale, il doit être utilisé de manière subsidiaire.³⁴⁵

Si l'action administrative génère des mécontentements et des controverses, à tout le moins, elle doit être ouverte et prévoir des mécanismes appropriés de manifestation et

juridiques. 18a ed, 2011, v. Déjudiciarisation. Apud : FRICERO, Natalie. Notion et définition de la déjudiciarisation. In : CIMAMONTI, Sylvie; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ: Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 34.

³⁴² Le droit à une procédure judiciaire est assuré, par exemple, par l'article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En France, ce droit est déduit de l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789. Au Brésil, il est assuré par l'article 5^{ème}, XXXV, de la Constitution de la République Fédérative brésilienne. « Mais en matière administrative, il serait erroné de s'en tenir à cette seule dimension juridictionnelle. » Le droit administratif reconnaît l'existence de modes alternatifs de règlement des conflits, qui permettent la prévention ou l'achèvement d'un conflit, « tout litige administratif ne passe pas nécessairement entre les mains du juge étatique. » PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 1357.

³⁴³ La « diversification des modes d'accès à la justice confirme la tendance contemporaine [...] à concevoir la justice comme un système, global mais pluriel, ce qui revêt une signification à la fois spatiale et temporelle. » La justice se déplace, c'est ainsi une nouvelle géographie, humaine autant que physique, de la justice qui se déploie, embrassant, dans le même système, l'ensemble des modes d'accès à la justice et des modes de règlement des litiges. La « justice hors le juge ne cesse pas d'être une justice. Elle participe du système de justice; elle contribue même à en définir le nouveau modèle. » Il y a un système de justice qui représente « un changement de paradigme consistant à penser la justice comme un véritable écosystème, avec ses acteurs et leurs interactions au service d'un projet commun, coopératif, pour répondre à la demande sociale de justice. » CADIET, Loïc. L'accès à la justice - réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice. **Recueil Dalloz** n. 10/7723^e, 09 mars 2017. Paris: Dalloz, 2017, p. 522, 09 mars 2017. Disponible sur : <https://www-dalloz-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2017/0263>. Accès le: 05 déc. 2019.

³⁴⁴ L'activité administrative est soumise à la justice. L'idée d'une « 'justice administrative', quelle que soit sa forme, est aussi ancienne que l'Administration elle-même. Aujourd'hui, les idéaux de la société démocratique et de l'État de droit rendent plus nécessaire que jamais l'existence d'instruments aptes à prévenir ou éteindre les litiges que fait naître l'exercice de l'action publique ». PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 1355.

³⁴⁵ « En matière administrative, derrière tout recours juridictionnel, il y a toujours une part de contrôle de l'action publique ». PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 1357. Comme le préviennent CIMAMONTI et PERRIER, la déjudiciarisation n'est pas un phénomène qui remplacera le précédent mouvement de judiciarisation du 20e siècle. Les deux coexistent actuellement et interfèrent. Les deux mouvements sont parallèles et relèvent parfois de la même loi. CIMAMONTI, Sylvie; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ: Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 6.

d'écoute des représentés, afin de communiquer avec eux, dialoguer et, peut-être, chercher une action créative et administrative plus appropriée, compte tenu de la composition des intérêts et des droits en cause.

Le manque de mécanismes, de procédures et d'espaces de dialogue entre l'Administration et la communauté pour permettre une solution légale, impersonnelle, équitable et efficace des intérêts publics est connu et tend à générer une « surdité généralisée » dans le cadre de l'Administration publique, dont le principal rôle est de servir les intérêts de la communauté, dont elle se cache en « faisant la sourde oreille ». Or, il se trouve que même les anciens mécanismes juridiques, comme le droit général de recours auprès des pouvoirs publics, sont sous-utilisés, aussi bien par les particuliers que par les pouvoirs publics, qui se soustraient souvent à de telles mesures sous prétexte de recours intempestif ou d'irrévocabilité.

Ainsi, souvent, le manque de communication et de dialogue intensifie les incompréhensions et les controverses. (la collectivité suivante ne connaît pas les raisons ayant conduit l'autorité à mener une action administrative déterminée). De même que l'autorité publique finit par ne pas connaître les besoins réels des titulaires du pouvoir qui exécute. D'innombrables occasions de dialogue et de consensus sont manquées et des solutions administratives créatives, qui seraient même en mesure d'élargir, d'optimiser et d'améliorer la réalisation des intérêts généraux, sont ignorées.

Compte tenu de l'absence d'instruments dialogiques consensuels, des défaillances de la communication et des représentations qui surviennent et, par conséquent, des controverses qui surgissent, associées à l'absence de potentielles solutions administratives, beaucoup³⁴⁶ se mettent en quête d'un Pouvoir Judiciaire qui s'apparenterait à une forme de contrôle de l'action administrative, et à la recherche de la réalisation des droits. Or, il se trouve que l'omission administrative de l'adoption d'espaces et de mécanismes de dialogue ne peut être supprimée par la fonction juridictionnelle.³⁴⁷ Le Pouvoir judiciaire, en règle générale, ne rétablira pas l'occasion perdue.

³⁴⁶ On pense que beaucoup ne font même pas valoir leurs droits dans la magistrature.

³⁴⁷ On observe que, selon les recherches de l'AMB portant sur la perception du Pouvoir judiciaire par la collectivité, celle-ci identifie comme principales causes de la surcharge du Pouvoir judiciaire, les facteurs suivants : i) l'absence d'action des agences de régulation et autres instances administratives pour résoudre les demandes de la société (48%); ii) l'inefficacité des services publics (47%) et iii) l'omission du pouvoir législatif (35%). Ces données permettent de réfléchir sur la contribution décisive de la Puissance Publique elle-même à la surcharge du Pouvoir Judiciaire et comment cela affecte la double ou triple collectivité. (Pourcentages obtenus sur : AMB - FGV - IPESPE. **Estudo da imagem do Judiciário brasileiro**, dezembro 2019, p. 29. Disponible sur : https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Accès le : 30 mai 2021.)

Le moyen d'accès au Judiciaire est l'action en justice, formelle et prédéfinie de telle sorte que la demande du demandeur doit se conformer à l'une des formes juridiques préétablies. Ainsi, la demande réelle du demandeur n'est pas toujours adéquate à la possibilité de ce qui peut être plaidé devant le tribunal. De plus, il existe une grande asymétrie des informations, l'auteur et le magistrat ne disposent pas d'informations sur le contexte administratif. La revendication de l'auteur doit être clairement et directement conforme à une disposition légale puisqu'il n'appartient pas à la juridiction de définir l'intérêt général, mais uniquement de vérifier s'il a été respecté dans l'action administrative faisant l'objet du contrôle.

L'activité juridictionnelle a des limites de légalité, bien que larges, dans le contrôle des actes administratifs, sans prérogative de se substituer à l'administrateur public et de remonter au moment de la décision administrative au moyen d'une ouverture démocratique dialogique à ceux qui ne sont pas entendus et qui aspirent à l'être. S'il existe des règles procédurales délibératives prévues par la loi et des actes normatifs enfreints, en tout cas, le magistrat sera chargé de déclarer le processus délibératif nul et non avenu, mais non en vue de l'établissement d'un dialogue collaboratif, car cela doit se produire dans l'exercice de la fonction administrative.

Ce que l'on entend souligner, c'est que le contrôle judiciaire de l'action administrative est certes essentiel, mais qu'il ne remplace toutefois pas le manque de légitimité, de dialogue et de collaboration dans le cadre des décisions administratives. Ce sont là différentes dimensions de contrôle. Dans l'action administrative, non seulement le contrôle actuel se fait par les détenteurs d'intérêts eux-mêmes, mais le dialogue et la collaboration, avec une orientation directe et immédiate de l'action administrative, sont eux aussi rendus possibles. La co-création de l'action administrative permet de mieux répondre aux intérêts en jeu, notamment à l'intérêt général.

L'ordonnance du tribunal, même si elle va dans le sens de l'origine de la demande formulée par le demandeur, consistera souvent en l'annulation de l'acte ou l'octroi d'une indemnité, qui ne répondra probablement pas à cet intérêt originel qui aurait dû être écouté, débattu et peut-être envisagé dans la décision administrative.

En outre, la soumission au Pouvoir judiciaire de tous les litiges qui pourraient être réglés ou administrativement réduits, viole les droits et intérêts les plus divers des différents titulaires. Inévitablement, il existe une recrudescence de procès, qui mettent des années à se trancher, alors qu'une technique adéquate leur fait souvent défaut ; de procès en décalage

avec les intérêts réels, même publics et, surtout, ayant un grand coût économique, social et humain, proportion incalculable et irréparable.³⁴⁸

Cette situation illustre l'idée que le contrôle judiciaire s'avère, certes, extrêmement important, mais qu'il est complémentaire, qu'il ne comble pas le vide créé par le manque de dialogue et de délibération dans l'action administrative. Même dans les cas où la collaboration et la réponse aux besoins de la communauté font défaut dans l'action administrative, le contrepoids par une hypertrophie judiciaire, voire par l'activisme judiciaire³⁴⁹, ne comble pas le déficit de dialogue et de réalisation des droits qui aurait dû être opportunément observé dans les performances administratives. Face à une omission ou à une défaillance administrative, le contrôle judiciaire ne va pas jusqu'à faire du juge un administrateur public, il s'agit là de fonctions étatiques distinctes et irremplaçables. Malgré une décision de justice positive, la défaillance et l'omission administrative persistent pour le titulaire du droit violé.

La solution judiciaire s'avère pertinente en l'absence d'autres mécanismes³⁵⁰, mais elle est adjudicative et limitée, elle ne compense pas l'échec du dialogue et donc celui

³⁴⁸ « Le retard dans l'attribution de la juridiction et l'inefficacité du système judiciaire sont des problèmes largement connus qui ne contribuent pas à la résolution des conflits sociaux. » La lenteur du système judiciaire affecte la confiance que la population a dans ce pouvoir et le coût d'accès au système judiciaire est considéré comme trop élevé et beaucoup n'ont pas recours à la justice. « Pour recevoir une sentence dans le système judiciaire, un processus dans la phase de connaissance (la phase initiale) prend en moyenne 1 an et 4 mois. Une fois cette phase terminée, le processus passe à la phase d'exécution et le délai augmente encore plus : 4 ans et 6 mois en moyenne (CNJ, 2017, p. 133). Cela signifie qu'il faut attendre près de six ans pour voir un cas résolu en première instance. S'il y a un recours, l'attente est encore plus longue ». En plus, et même en raison de la lenteur excessive, le coût du maintien du Pouvoir judiciaire au Brésil représente en moyenne 1,3 % du produit intérieur brut (PIB), en 2017 il était équivalent à 1,4 % du PIB, alors qu'aux États-Unis, qui ont des dimensions géographiques et démographiques comparables au Brésil, le coût était de 0,14 %. BRASIL. Universidade de São Paulo. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente**: jurimetria para proposição de ações eficientes. Brasília: CNJ, 2019, p. 15-16. Disponible sur : <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>. Accès le : 21 mai. 2021. Comparé aux pays européens, qui dépensent en moyenne 0,3% du PIB pour le système judiciaire, le coût du Brésil est plus élevé. Portugal (0,3% du PIB), Espagne (0,3% du PIB), Italie (0,3% du PIB) et France (0,2% du PIB), selon les données du rapport de l'Union européenne du 21 février 2021 (se référant à 2019). EUROSTAT, Dépenses publiques pour l'ordre public et la sécurité. Disponible sur le site : https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/2/2e/Total_general_government_expenditure_on_public_order_and_safety%2C_2016_%28%25_of_GDP_%25_of_total_expenditure%29.png. Accès le : 30 mai 2021.

³⁴⁹ L'activisme judiciaire peut être conceptualisé comme « une attitude, le choix d'une manière spécifique et proactive d'interpréter la Constitution, en élargissant son sens et sa portée », représentant ainsi « une participation plus large et plus intense du pouvoir judiciaire dans la mise en œuvre des valeurs et des objectifs constitutionnels, avec une plus grande ingérence dans le champ d'action des deux autres puissances. » BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n° 1, 2012, p.23-32, p. 25-26. Disponible sur : <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Accès le : 12 jul. 2021.

³⁵⁰ Il convient de noter que le pouvoir judiciaire est le plus légitime pour trancher dans les affaires controversées. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127. Ce qui est défendu, c'est que, au préalable, l'Administration Publique a le devoir de faire respecter les droits et, par conséquent, de dialoguer et de chercher à résoudre les conflits de manière extrajudiciaire. Barroso souligne que l'activisme judiciaire « est un antibiotique puissant, dont l'usage doit être occasionnel et contrôlé. » BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n° 1, 2012, p.23-32, p. 32.

démocratique de l'action administrative. L'opportunité d'obtenir une mesure qui servirait mieux, de manière plus fiable, les besoins et les intérêts des personnes concernées, y compris l'intérêt public, est perdue.³⁵¹ De plus, mettre en œuvre les droits liés à la performance administrative relève de la fonction administrative.

Dans la perspective d'un État de Droit Démocratique, l'Administration publique, se centre sur l'être humain et la satisfaction de ses droits. Elle doit ainsi dialoguer avec la communauté, se montrer ouverte à la collaboration et à des solutions communes et créatives, qui incluent de manière optimale les intérêts et les droits en cause.³⁵² Il est même nécessaire que cette ouverture soit opérée dans la perspective consacrée du contrôle de l'action administrative, qui doit être exercée par la communauté dans la sphère administrative en même temps que la production des décisions. Voici quelques-unes des raisons pour lesquelles une amiable composition doit être adoptée en priorité dans l'exercice de la fonction administrative de prévention et de règlement des différends entre les particuliers et l'Administration, qui seront examinées plus en détail dans les pages suivantes.

3.1 L'ABSENCE DE COMPOSITION ADMINISTRATIVE, LA JUDICIARISATION EXCESSIVE CONTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES PREJUDICES POSSIBLES A L'INTERET GENERAL

Pendant de nombreuses années, à l'époque moderne, le droit a pris ses distances par rapport à la collectivité et a été représenté par l'État, grâce à l'affirmation des délibérations des assemblées et de la volonté de ses dirigeants.³⁵³ La perte de légitimité du pouvoir étatique, l'inadéquation entre le Droit et les besoins de la société et le manque de mécanismes permettant de capter ceux-ci sont devenus courants, mais font que la collectivité ne s'identifie pas au Droit ni aux actions étatiques. Cette non-identification de la collectivité génère de l'insatisfaction et des questionnements, désaccords qui pourraient souvent être clarifiés et

Disponible sur : <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Accès le : 12 jul. 2021.

³⁵¹ Dans la séquence de cette étude, certains aspects seront présentés sur les dommages possibles occasionnés à l'intérêt public dus au manque de solutions administratives d'auto-composition et à l'excès de judiciarisation.

³⁵² Du point de vue selon lequel l'accès à la justice ne consiste pas seulement à avoir accès au système judiciaire, mais aussi au droit. SPENGLER NETO, Theobaldo; BECK, Augusto Reali. A busca de outras estratégias na resolução de conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). **Acesso à justiça e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 13.

³⁵³ Voir à ce propos MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 74-76.

résolus. Ce tableau est aggravé par la présence d'intérêts hétérogènes et de demandes complexes.

L'absence de canaux appropriés, de mécanismes de dialogue et de possibilité de relation en amiable composition avec le Pouvoir Public, entre autres facteurs³⁵⁴, donne lieu à une judiciarisation excessive.³⁵⁵

Souvent, l'action en justice constitue la principale porte d'accès au Pouvoir Public, pertinente, indispensable et incontournable, mais elle ne comble pas pour autant le manque de dialogue d'une citoyenneté participative, inexistante ou naissante dans d'autres sphères. Il s'agit là d'une réalité propre au Brésil où le problème n'est pas résolu et s'est même amplifié.³⁵⁶ Il existe un cercle vicieux de l'État qui renforce, grandit et pèse sur la communauté, en ignorant souvent la personne humaine.

L'absence ou l'insuffisance d'espaces publics de dialogue dans l'Administration publique entravent la formulation des demandes, la vérification de la réalité, la satisfaction des réclamations et la réalisation des droits par l'Administration. Les obstacles à l'exercice des droits, notamment en raison de l'absence de canaux et de mécanismes de dialogue et de règlement des différends, sont à l'origine de la lutte contre les actes et les omissions administratives, qui a lieu, dans une large mesure, dans la sphère judiciaire³⁵⁷. L'insuffisance

³⁵⁴ Par exemple, certaines personnes, dans une tendance immature et paternaliste, « s'attendent à ce qu'un tiers présente la solution [...], transférant la responsabilité de gérer le conflit au juge ». GIMENEZ, Charlise P. Colet; VETORETTI, Marina. A abordagem ao conflito na sociedade contemporânea: uma análise do Poder Judiciário *versus* a mediação. In: Spengler, Fabiana Marion (Org.). **Acesso à justiça e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 46. Le Pouvoir judiciaire devient également un moyen plus pratique de rechercher des droits, « se dispensant d'interactions sociales et sans exiger un engagement plus politique ». EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 57.

³⁵⁵ Parmi les causes possibles figurent : le manque de portes administratives pour la solution des demandes ; la constitutionnalisation de plusieurs droits et la judiciarisation impliquant des politiques publiques pour leur mise en œuvre respective ; « la croyance en l'indisponibilité des droits et biens publics », qui a contribué à la judiciarisation de l'Administration publique et, par exemple, « le manque de volonté politique de résoudre les conflits, le report du paiement de la peine de l'Administration ainsi que le manque de budget et, enfin, la culture contentieuse du droit public et du droit privé ». BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, p. 237-258. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 241.

³⁵⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratação de árbitros e mediadores: inexigibilidade. p. 129-139. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 131.

³⁵⁷ « On observe que la plupart des actions intentées contre des entités fédérales n'ont pas fait l'objet de procédures administratives, car, malgré le fait que nous soyons dans un État en voie de démocratisation, nous avons encore un long chemin à parcourir entre le citoyen et les centres de pouvoir de décision, ce qui génère des procès avec des revendications non controversées ». DAVI, Kaline Ferreira. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, ano 7, n. 16, p. 183-196, 2008, p. 185.

des résolutions administratives contribue au fait que l'Administration figure parmi les plus grands accusés du pouvoir Judiciaire brésilien.³⁵⁸

Il se trouve que, dans une société de masse, les processus se multiplient progressivement. Il est fréquent que dans les tribunaux d'innombrables procès portent sur les mêmes faits et relayent les mêmes demandes contre le Pouvoir Public, résultant d'un phénomène social de masse, dont l'issue est connue d'avance, mais la plupart de ces procès se poursuivent devant les juridictions supérieures.³⁵⁹ Il faut y ajouter le facteur aggravant que les sociétés et les revendications sont rapidement devenues plus complexes et plurielles, de sorte que les processus décisionnels administratifs doivent être reformulés pour inclure la participation citoyenne.³⁶⁰

Les besoins de la communauté sont variés et souvent complexes, et au sein des États-providence, l'État s'engage à les satisfaire en grande partie. Cependant, que ce soit pour des raisons opérationnelles³⁶¹ ou budgétaires, de nombreux droits fondamentaux, nécessaires pour assurer la dignité de la personne humaine, échouent ou tardent à être appliqués, ainsi la communauté sollicite le Pouvoir judiciaire afin de les rendre effectifs.³⁶²

³⁵⁸ Dans une analyse menée par le CNJ sur les démarches engagées entre le 1er janvier et le 31 octobre 2011, 22,76 % se référaient au Gouvernement. Les cent plus gros justiciables ont été identifiés. Le secteur public fédéral, à la première place, représentait 12,14 %, le secteur public municipal, à la 3e avec 6,88 % et le secteur public étatique, à la 4e place, avec 3,74 %. En 2010, l'étude portant sur les 100 plus gros justiciables a été réalisée sur le bilan des affaires de la Justice et le Pouvoir Public, dans ses trois sphères fédératives, figurait parmi les cinq premières positions dans cette perspective. Jusqu'à présent, il n'y a pas eu de nouvelles éditions concernant les 100 plus grands plaideurs. CNJ. **100 maiores litigantes**, p. 8. Disponible sur : https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Accès le : 02 mars 2021.

³⁵⁹ D'après une enquête statistique réalisée à TRF1, durant la période du 15/07/2005 au 15/07/2010, il y aurait eu un nombre élevé de revendications identiques (environ 25 000 actions et 10 000 recours) contre le Gouvernement sur le même sujet – concernant l'indice de salaire de réajustement pour les fonctionnaires (28,86%) - bien qu'il existe un résumé de la Cour suprême sur la question, n. 672, paru au DJ du 10/09/2003. Ainsi, malgré le résumé publié en 2003, durant la période 2005-2010, de nombreux procès ont eu lieu sur ce sujet, afin de prévoir les dépenses inutiles de ressources publiques, le retard dans la satisfaction des droits et, par conséquent, l'inefficacité administrative dans la résolution des conflits. MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública**: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Brasília: CJF, 2012, p. 17-18, 25-27. BOURGES, Fernanda Schuhli. Transformações do Direito Administrativo: Mediação como possibilidade à ampliação da eficiência administrativa. In: HACHEM, Daniel Wunder *et al.* (Org.). Transformações do Direito Administrativo: **O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 284.

³⁶⁰ La société devient de plus en plus complexe, ce qui rend visible l'incapacité des gouvernements démocratiques à dominer les conflits qui surgissent. Il est nécessaire d'améliorer les organes décisionnels de l'État et, dans cette entreprise, des principes tels que la participation des citoyens à la prise de décision sont mis en évidence. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58-59.

³⁶¹ Dans l'étude proposée, l'une des difficultés opérationnelles administratives est l'insuffisance des méthodes de dialogue et en amiable composition pour décider en commun du choix des besoins et définir les mesures nécessaires dans le cadre des procédures plus participatives.

³⁶² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre o constitucionalismo e a democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 149.

Il s'agit aussi d'une Administration Publique centrée sur elle-même, possédant des rituels et des procédures orientés vers son organisation, immature et irresponsable, dépendant des décisions judiciaires, en position d'usager direct des services juridictionnels de l'État, et qui oublie que le destinataire des activités publiques est le citoyen.³⁶³ L'Administration Publique brésilienne figure parmi les plus grands « utilisateurs de l'activité juridictionnelle »³⁶⁴, ce qui confirme que les demandes liées à l'exercice de la fonction administrative ne sont pas résolues dans ce domaine et finissent par être transférées au Pouvoir judiciaire, problème qui s'ajoute à celui du recours persistant à celui-ci par la Puissance Publique,³⁶⁵ de la non-reconnaissance des droits et du report de l'exécution, ce y compris après une décision de justice définitive.

Cependant, on oublie que l'implication du Pouvoir Public dans des procès interminables, qui prennent du temps et consomment des ressources, n'est pas dans l'intérêt général, alors que son « existence ne se justifie que pour la réalisation des intérêts de ses citoyens ».³⁶⁶

Plusieurs aspects peuvent être soulignés concernant les dommages subis par les intérêts publics qui, comme cela a été indiqué, peuvent être causés par l'absence et la sous-utilisation de mécanismes administratifs composés par eux-mêmes et par la judiciarisation excessive impliquant le Pouvoir Public³⁶⁷. Il s'agit notamment a) *de la dénaturation des fonctions de l'État, de l'omission dans l'action administrative et l'administration par les*

³⁶³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 17.

³⁶⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 78.

³⁶⁵ C'est ce qu'indiquent les études menées par le AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros. AMB. O uso da justiça e o litígio no Brasil. Disponible sur : <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf> Acesso: 02 mar. 2021. Sur la tendance à ne pas conclure d'accords et à éviter à tout prix la condamnation de l'État, SOUZA, Luciane Moessa. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008. p. 143.

³⁶⁶ SOUZA, Luciane Moessa. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008. p. 143.

³⁶⁷ Daniel Hachem souligne que les « données révèlent que l'administration publique brésilienne continue de nier les droits des citoyens, de sorte que, dans la réalité pratique, la protection de l'intérêt général, au cœur duquel se trouvent les droits fondamentaux, n'est souvent pas poursuivie. Le rejet, par le Pouvoir Public, des demandes administratives et des postulations judiciaires des particuliers en la matière constitue une manière de protéger les intérêts secondaires (souvent fiscaux) de la personne morale étatique, en collision avec les intérêts primaires, de la collectivité, énoncés en Droit Constitutionnel positif » (traduction libre). HACHEM, Daniel Wunder. Crise do poder judiciário e a venda do sofá. o que a administração e a advocacia pública têm a ver com isso? **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**, 301/2016. São Paulo: RT, 2016.

tribunaux ; b) de la complexité des demandes, solutions partielles – seulement prises dans la perspective juridique –, sans la participation des personnes concernées, d'un manque de connaissances et de conditions pour établir des mesures prospectives, des évaluations, des ajustements et une planification ; c) de la lenteur de la procédure judiciaire, de la perte de droits ou de leur application tardive ; d) des dépenses de ressources financières et humaines de l'État, soit par le Pouvoir Judiciaire, soit par l'Exécutif ; e) de la résolution du cas spécifique, de l'individualisation et de la violation éventuelle de l'isonomie ; et f) de la contribution aux relations contradictoires et polarisées entre les individus et le gouvernement, de la division et la réduction de la réalisation des intérêts publics dans lesquels tous ces acteurs sont perdants. Tous ces aspects seront traités individuellement et de façon détaillée, dans les paragraphes suivants.

a) Distorsion des fonctions de l'État, omission dans l'action administrative et l'administration judiciaire.

L'activité administrative de l'État est, par sa nature, l'une des fonctions de l'État qui sont, en général, les plus proches de la collectivité, étant donné qu'il lui appartient de fournir les services publics et que l'exercice du pouvoir de police dépend d'elle. Cependant, paradoxalement, la structure administrative et l'organisation sont encore fermées à la participation et au dialogue avec la communauté. Les voies d'accès à l'Administration Publique sont peu nombreuses et peu connues, encore moins quand il s'agit d'exposer les besoins, les dialogues et les solutions communes. Lorsque l'individu fait valoir ses prétentions auprès de l'Administration, qui s'occupe généralement des intérêts publics, de la propriété individuelle ou collective, en règle générale, par voie de procédures formelles, elles sont, en effet, rejetées.

Lorsque l'action administrative face aux procès et à la résolution des conflits générés par la collectivité est formulée devant l'Administration, elle adopte, encore, la plupart du temps, une posture de rejet visant à amener l'individu à renoncer ou à rechercher un recours judiciaire. Le rejet délibéré des réclamations administratives et l'absence de mécanismes et de procédures adéquats pour la demande et la délibération concernant la réalisation des droits tendent à aboutir à la judiciarisation de demandes, qui, dans une large mesure, pourraient être formulées et exécutées de manière administrative. De cette façon, l'accès à la justice devient plus facile que celui à l'Administration Publique, ce y compris pour les avocats,³⁶⁸ en

³⁶⁸ Cela se traduit également par une plus grande confiance dans l'institution. Dans une enquête menée sur la performance des pouvoirs de la République, « l'opinion des avocats est similaire à celle de la société - 22% d'évaluation excellente+bonne du Pouvoir judiciaire, 16% de l'exécutif et 7% du législatif ». AMB - FGV -

particulier du fait que les processus judiciaires électroniques, opèrent un « remplacement de l'Administration publique par le système judiciaire ».³⁶⁹

L'omission administrative, le manque de structure pour la résolution des demandes au niveau administratif, conduisent à une judiciarisation excessive de questions qui devraient être délibérées administrativement, qui génère un encombrement évident des processus. La quasi-exclusivité de l'option judiciaire pour la résolution des demandes liées à la fonction administrative finit par générer un « cadre d'inefficacité, de retard et de faible qualité de la réponse donnée à l'administrateur dans la résolution de leurs conflits. »³⁷⁰

Pourtant, la judiciarisation contre le Pouvoir Public implique généralement des politiques publiques et des droits fondamentaux³⁷¹ et exige, ainsi l'interprétation et l'intégration de lacunes, aux limites subtiles, qui, si elles sont dépassées, rendent les décisions judiciaires militantes ou politiques, en dépassant la limite traditionnelle de l'action du Pouvoir Judiciaire et en intervenant dans les pouvoirs législatif et exécutif. Il existe donc un grand risque que le Pouvoir Judiciaire, pour trancher la demande et assurer les droits, entre dans le domaine administratif, adopte des décisions judiciaires qui dépassent la compétence juridictionnelle, dans un activisme judiciaire³⁷². Du fait que des omissions administratives, souvent adoptées comme constituant un choix de gestion confortable et irresponsable, s'ajoutent au phénomène de masse, de nombreuses poursuites sont déposées et, petit à petit, le Gouvernement devient le principal utilisateur du système juridictionnel. On entre dans un cercle vicieux, contre-productif et coûteux pour tous, qui va de l'omission et de l'inefficacité

IPESPE. **Estudo da imagem do Poder Judiciário brasileiro**, dezembro 2019, p. 15. Disponible sur : https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Accès le : 30 mai 2021.

³⁶⁹ Comme le souligne Elisa Berton Eidt, à partir des considérations de Boaventura de Souza Santos. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23. *Apud* EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 41.

³⁷⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, p. 237-258. *In*: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 242.

³⁷¹ Selon Thais Sampaio da Silva, « le Pouvoir judiciaire est inerte. Sans la demande non satisfaite par le Législatif et l'Exécutif, il n'y aurait pas cette « nouvelle » demande, ce « nouveau » problème. Les affaires qui lui sont portées doivent donc être jugées (CF, art. 5, XXXV), et le *non liquet* est interdit – c'est le contenu du principe d'inéluçabilité de la juridiction. Les juges se voient refuser le caprice de l'indécidabilité. La judiciarisation des revendications politico-sociales et la possibilité d'un contrôle judiciaire du « mérite » de l'acte administratif. Légitimation à partir de la théorie des dialogues. SILVA, Thais Sampaio da. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponible sur : https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html. Accès le: 03 juillet 2021.

³⁷² On ne refuse pas totalement le contrôle judiciaire, mais le devoir de l'Administration est de ne pas s'oublier et de mettre en place des mécanismes de résolution des litiges avec la collectivité afin de filtrer les judiciarisations inutiles. L'omission administrative finit par provoquer la judiciarisation et l'activisme, dans certains cas, comme moyen de faire respecter les droits.

administrative au Pouvoir Judiciaire et de celui-ci à l'activité administrative, qui se limite au respect de la décision de justice et demeure inerte et fermée aux nouvelles affaires.

Le système judiciaire et le système procédural ne sont pas adaptés au grand volume de demandes complexes, dont beaucoup découlent d'omissions administratives. Le Pouvoir judiciaire jugeait des faits survenus, passés et individuels ou restreints, alors que la tendance a consisté à déposer des réclamations prospectives, relatives au présent et à l'avenir ³⁷³ et aux répercussions, dans une large mesure, diffuses ou collectives.³⁷⁴ Une décision judiciaire « *transformant* un scénario d'inertie ou d'insuffisance de l'action publique » est exigée et une telle décision, « qui détermine le comportement de l'administrateur », pour être légitime, doit être accompagnée des résultats destinés à être atteints.³⁷⁵

Le pouvoir Exécutif est le *locus* caractéristique du dialogue avec la communauté, de la définition des intérêts publics et de la manière de les réaliser, en plus du pouvoir Législatif. Il se trouve que l'Administration Publique démocratique est encore en construction, et que même lorsque le Pouvoir Public ne se tait pas, il agit malgré tout sans participer et il arrive que la communauté ne s'identifie pas dans les mesures de celui-ci, parce qu'elles n'ont pas répondu à ses besoins, ses intérêts dont beaucoup d'entre eux sont également publics.

L'on constate que l'absence de mécanismes et de procédures démocratiques qui permettraient la participation et la collaboration de la communauté dans l'exercice de la fonction administrative tend à générer de la distance et du mécontentement en raison du manque de respect de ses besoins et de protection ou de réalisation de ses droits, ce qui contribue à l'engagement de poursuites et permet au Pouvoir Judiciaire d'intervenir dans l'exercice de la fonction administrative.³⁷⁶ Nombreux sont ceux qui ne portent même pas

³⁷³ L'auteur souligne que « Ce type d'action, parce qu'il est prospectif, attire vers la juridiction un regard vers l'avenir, qui n'est normalement pas le sien ; et dans cette perspective (de la manière dont doit être entreprise la restructuration de l'action administrative), elle suscite aussi le défi d'entreprendre le contrôle de ces nouvelles mesures, dans une logique d'exécution des arrêts très différente de la discipline procédurale traditionnelle ». VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 112.

³⁷⁴ Le Pouvoir judiciaire a assumé un rôle de premier plan avec la constitutionnalisation généralisée des droits et le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs des autres branches du gouvernement. L'accès au système judiciaire est devenu un moyen d'exiger que l'État respecte les droits, notamment ceux sociaux. Il arrive que « l'activité des juges ne se limite plus à la simple application de la loi, notamment parce que les droits sociaux ont été réglementés d'une manière beaucoup plus programmatique et fondée sur des principes, rendant inévitable que le Pouvoir judiciaire agisse comme médiateur des activités de l'exécutif et du législatif. » EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação: da jurisdição a novas formas de composição**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 41, 44.

³⁷⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 152-153.

³⁷⁶ Le Pouvoir judiciaire, souvent, « représente aux justiciables le moyen plus direct et fiable d'avoir leurs droits préservés, y compris de nourrir les souhaits, qui sont identifiés avec d'autres pouvoirs politiques. » EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação: da jurisdição a novas formas de composição**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 45. À cet égard, selon

plainte pour faire valoir leurs droits et demeurent impuissants. Le Pouvoir judiciaire a un rôle pertinent de contrôle sur l'action et l'omission de l'Administration, mais il y a des limites, il ne devrait pas devenir un administrateur public. Les décisions, les définitions et la mise en œuvre des intérêts publics, au-delà de la portée législative, doivent en effet avoir lieu dans l'exercice de la fonction administrative, de manière démocratique.³⁷⁷

b) Des demandes complexes, uniquement des solutions juridiques, sans la participation des personnes concernées, un manque de connaissances et de conditions pour établir des mesures prospectives, des évaluations, des ajustements et une planification.

Il n'appartient pas à la fonction juridictionnelle d'intervenir dans les innombrables actions qui lui sont soumises en guise de principale voie d'accès de la communauté au Pouvoir Public, faute d'adoption de dialogues, de clarifications et de non-résolution des différends. La nature du processus et de la décision de justice ne permet pas d'établir des variables, des conditions, des évaluations et des ajustements.³⁷⁸

La décision de justice a tendance à être ponctuelle et binaire, c'est-à-dire qu'elle accorde ou rejette, accorde ou non, partiellement ou totalement, contrairement aux politiques publiques, aux actes administratifs, qui, basés sur des réalités et des expériences nouvelles, permettent des évaluations, des ajustements et des corrections. Dans le cadre d'une action en justice, le Pouvoir Judiciaire est contraint de trancher, l'Administration se conforme à la décision, sous peine d'amende, mais il n'est pas possible d'apprécier l'effectivité et

une enquête menée auprès de 2 000 personnes, le Pouvoir judiciaire, parmi les trois branches - au niveau fédéral - est l'institution à laquelle les Brésiliens font le plus confiance (STJ, 44% ; et STF 41%), en deuxième position vient la présidence de la République (34% de confiance) et enfin le Congrès national (19% de confiance). En France, l'enquête Ifop 2019 indiquait que 53 % des Français faisaient confiance dans le système judiciaire français. « Les trois branches sont, d'une manière ou d'une autre, touchées par la crise de représentativité mentionnée ci-dessus. Les évaluations expressément positives (excellent + bon) sont inférieures aux évaluations négatives (mauvais + épouvantable). Comparativement, le Pouvoir judiciaire bénéficie d'une évaluation plus favorable que les autres : 21% considèrent sa performance comme excellente ou bonne, 41% comme normale et 35% comme mauvaise ou épouvantable. [...] En ce qui concerne le pouvoir exécutif, 16% évaluent ses performances comme excellentes ou bonnes, 36% comme normales (un total de 52%) et 46% comme mauvaises ou épouvantables. C'est le pouvoir législatif qui est le plus mal considéré, car 10% considèrent sa performance comme excellente ou bonne, 37% comme normale (pour un total de 47%) et plus de la moitié (51%) comme mauvaise ou épouvantable » (traduction libre). AMB - FGV - IPESPE. **Estudo da imagem do Poder Judiciário brasileiro**, dezembro 2019, p. 13, 15. Disponible sur le site https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf Accès le : 30 mai 2021.

³⁷⁷ On identifie un « transfert de légitimité de l'exécutif et du législatif au judiciaire [...] pour pallier l'inertie ou l'incapacité des pouvoirs politiques ». EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 48.

³⁷⁸ Par exemple, une décision de justice ordonnant la délivrance d'un médicament particulier, qui n'est pas couvert par l'assurance publique - au Brésil, par le système de santé unifié (SUS) -, à un certain dosage et à un milligramme à un citoyen pour le traitement de la maladie. Le patient commence le traitement et le personnel médical observe qu'il n'y a pas eu de bonnes réactions, qu'un dosage différent ou qu'un changement de substance sera nécessaire. La décision de justice n'est pas modifiable dans son contenu. Il sera très probablement nécessaire d'organiser un autre procès. Les mécanismes procéduraux judiciaires ne sont pas appropriés à ce type de conflit, et la manière dont le droit est appliqué n'est pas adéquate.

l'accomplissement réel du besoin de celui qui a déposé l'action en justice. Il ne s'agit pas d'une relation, mais simplement de l'exécution stricte d'une décision de justice.

Dès lors qu'elles sont très nombreuses, les revendications s'avèrent complexes, portent sur des faits riches, difficiles à appréhender dans le domaine exclusivement juridique, car leur compréhension nécessite de posséder des connaissances techniques multidisciplinaires et qu'ils se heurtent généralement à d'autres droits et revendications de la communauté. Ils ne sont pas isolés, se répercutent sur d'autres intérêts qu'ils déséquilibrent. Le procès est généralement individuel ou collectif et, ainsi, la décision de justice se tourne vers un cas précis qui lui est soumis, c'est-à-dire une micro-analyse partielle d'un cas concret. De plus, selon le niveau hiérarchique, les Cours Supérieures n'apprécient pas les matières factuelles, elles n'enquêtent généralement pas sur les politiques publiques existantes,³⁷⁹ alors que dans l'activité administrative la délibération doit prendre en considération de nombreux cas, ce dans une analyse macro offrant la possibilité de solutions qui apparaissent de manière équitable et éclairée.

Le procès possède son propre format, formel et façonné par un parti pris juridique. L'avocat doit inscrire le droit de la partie dans un format juridique préexistant, celui qui lui convient le mieux, même s'il ne s'agit pas toujours du format le plus adéquat pour répondre au droit souhaité. Dans le domaine judiciaire, étant donné la nécessité de se conformer aux procédures, formats et formalités nécessaires préalablement établis, il existe peu de place pour des solutions multidisciplinaires, flexibles et créatives.

En fait, il n'y a souvent même pas de place pour le témoignage de la partie et des autres personnes impliquées. Il n'est absolument pas possible que les personnes impliquées, qu'il s'agisse de particuliers ou même de l'Administration, de son équipe technico-administrative, participent et apportent leur contribution aux besoins, aux alternatives et aux solutions envisageables. Il n'existe aucune possibilité que d'autres connaissances pertinentes aident à trouver la solution, il existe donc un micro fragment de réalité dans le processus judiciaire.³⁸⁰

³⁷⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 138.

³⁸⁰ Il apparaît que, face au litige, « le juge ne connaît pas dans un premier temps la situation qui a donné lieu aux faits. Il prend conscience du conflit, tel qu'il est présenté par les avocats des deux parties, qui ignorent également la situation qui a donné lieu à la polémique. Le juge prend ainsi conscience d'une situation dérivée, qui est déjà passée par plusieurs étapes préalables d'interprétation », qui, sans doute, dénature progressivement la réalité. BRASIL. Universidade de São Paulo. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente**: jurimetria para proposição de ações eficientes. Brasília: CNJ, 2019, p. 24. Disponible sur : <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>. Consulté le: 21 mai. 2021.

Dans le domaine judiciaire, les solutions adoptées tendent à n'être que juridiques, binaires, compatibles avec des modèles formels, sans la participation des acteurs. Ainsi, il peut arriver que le demandeur obtienne la validité de sa décision de justice, c'est-à-dire le succès judiciaire, mais que son droit ne soit effectivement pas exécuté ou qu'une telle réalisation ne se produise pas de la façon la plus efficace, mais uniquement de la manière dont l'une des formalités disponibles l'a rendue possible, ce qui est aggravé par la possibilité d'obtenir une décision de justice certes favorable mais inexécutable.

Le non-respect intégral et efficace d'un droit ne constitue pas non plus le meilleur moyen de répondre à l'intérêt général, que ce soit dans sa dimension large ou restreinte. L'environnement administratif, dans une perspective démocratique et dialogique, avec l'apport de techniques pour faciliter le dialogue, peut permettre d'analyser la controverse sous d'autres biais, de manière pluridisciplinaire, plus large et d'avoir accès à des solutions plus souples et créatives. Dans le domaine judiciaire, les données et les options de la réalité administrative ne sont pas complètes, les données de l'attente font défaut.³⁸¹

c) Retard des procédures judiciaires, perte de droits ou réalisation tardive.

Un autre aspect problématique du dépôt des poursuites, lorsque des mesures administratives pourraient être adoptées, est le temps requis pour aboutir à une solution judiciaire.³⁸² En général, il faut beaucoup de temps pour obtenir une décision de justice définitive, a fortiori contre l'Administration Publique.³⁸³ Les formalités des rites procéduraires

³⁸¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 140.

³⁸² Certaines études estiment quelle est la durée moyenne des procédures judiciaires au Brésil, mais elles sont assez relatives car de nombreuses variables interviennent. Selon les recherches du CNJ, dans le cadre du Pouvoir Judiciaire du Paraná, par exemple, le délai moyen entre une requête initiale et un jugement est de 4 ans et celui moyen d'appel est de 7 mois. CNJ. Justiça em números 2019. Brasília : CNJ, 2019, figure 135, p. 185. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mars 2021. Selon une enquête portant sur l'image et la perception du Pouvoir judiciaire par la communauté, bien que les gens considèrent qu'il vaut la peine de recourir au Pouvoir judiciaire, parmi les raisons qui les découragent à faire appel aux services judiciaires, 64% des réponses les attribuent au fait que « la justice est très lente et bureaucratique », considération qui a été tout particulièrement soulignée parmi les aspects du Pouvoir judiciaire indiqués comme négatifs, puisque (93%) des personnes interrogées évoquent la lenteur de la justice, de même que 95% des personnes en France, selon l'INFOSTAT Justice 2014, du ministère français de la Justice. AMB - FGV - IPESPE. **Estudo da imagem do Poder Judiciário brasileiro**, dezembro 2019, p. 27-28. Disponible sur le site : https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Accès le : 30 mai 2021.

³⁸³ En ce qui concerne les actions en justice impliquant le gouvernement, le temps nécessaire pour résoudre les affaires est plus long, car dans le système de procédure juridique brésilien, l'Administration publique dispose de délais prolongés pour la pratique des actes de procédure. Par exemple, dans une analyse réalisée en 2009 sur les procès intentés contre le CADE - Conseil administratif de défense économique -, il a été constaté que même après onze ans d'autarcie du CADE, ayant été institué par la loi 8.884/94, aucun des procès n'avait pris fin. BADIN, Arthur Sanchez. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). A transação judicial como instrumento de concretização do interesse público. **Revista de Direito Administrativo**. vol. 252, setembro/dezembro 2009, p. 189-217. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 202-203.

ont tendance à entraîner des lenteurs, et la bureaucratisation et la méthode procédurale juridictionnelle ne sont souvent pas les plus adéquates pour répondre aux droits et intérêts du 21^e siècle,³⁸⁴ dont la société, y compris à cause des changements technologiques, doit inclure d'autres perspectives, pas seulement juridiques et, en raison de la rapidité apportée par la technologie, a acquis une autre perspective temporelle. Ce fait est aggravé par le dépôt excessif et inutile de poursuites, qui fournit un « recueil de non-droits, dans des causes sans aucune solution » ;³⁸⁵ seuls les conflits et l'insatisfaction des personnes impliquées, au mépris de l'intérêt général, sont effectifs.³⁸⁶

En outre, si l'Administration est condamnée à effectuer un paiement au créancier, en vertu de la loi brésilienne, un titre, appelé *precatório*, sera délivré, comme il est prévu à l'art. 100 de la Constitution de la République, dont le paiement doit intervenir dans l'exercice de l'année suivant la réquisition. Ainsi, le délai de paiement du *precatório* est généralement long³⁸⁷ et, en fait, en pratique, il prend généralement des années, selon l'entité fédérative condamnée.³⁸⁸

Le service et la réalisation des droits doivent se produire de la manière la plus immédiate possible. Ce retard peut frustrer l'essence même du droit, puisque son titulaire aura attendu extrêmement longtemps pour en profiter, et il vient souvent entacher ce dernier, qui est même susceptible de ne pas l'apprécier. Ce n'est pas sans raison que la durée raisonnable de la procédure représente un droit fondamental consacré à l'article 5 de la Constitution de la République, ainsi qu'à l'article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et est inhérent à l'efficacité d'une bonne administration, selon l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Les procédures, décisions, judiciaires ou administratives, respectant les techniques nécessaires, doivent être rapides afin de garantir le bénéfice d'un droit dans les meilleurs

³⁸⁴ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 58.

³⁸⁵ Selon l'IBGE, en cinq ans, de 2009 à 2013, il y a eu une augmentation des affaires de 47 % et les Tribunaux présentent généralement un taux de congestion de 70 %. IBGE. **Brasil em números**. Rio de Janeiro : IBGE, 2015, p. 414-415. Disponible sur : https://www.ibge.gov.br/biblioteca/visualizacao/periodicos/2/bn_2015_v23.pdf. Accès le : 30 mai 2021.

³⁸⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31.

³⁸⁷ Par exemple, selon la liste des *precatórios* publiée le 4 mars 2021, des ordres émis en 1998 contre l'État du Paraná sont toujours en attente de paiement. TJPR. Consulta. *Precatórios*. Estado do Paraná. Disponible sur : <https://www.tjpr.jus.br/documents/137030/34523563/Ordem+Cronol%C3%B3gica+de+Estado+do+Paran%C3%A1+-+04032021.pdf/9cf55809-7423-70de-266c-8323d3a595c4>. Accès le : 10 mars 2021.

³⁸⁸ BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, p. 237-258. In: MOREIRA, Antônio Júdice; *et. al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 248.

délais. Si celui-ci a été violé ou n'a pas été exécuté, par lui-même, il y a un dommage pour son titulaire qui en a été privé. Le fait qu'un très grand laps de temps soit nécessaire pour définir la polémique génère une insécurité juridique et aggrave le préjudice lié à la privation de droits. Or les décisions, les droits, même vis-à-vis des entreprises, concernent ainsi des personnes, des êtres humains, dont la vie est limitée dans le temps, sont des processus qui durent, par exemple, dix ou quinze ans, ce qui représente un laps de temps très long en comparaison de la durée de vie de l'être humain, qui n'est pas immortel.³⁸⁹

Ainsi, soumettre une personne à une si longue attente et à une telle incertitude pour la définition d'un droit, pour sa jouissance, n'est certainement pas un moyen adéquat de résoudre une controverse, de respecter la dignité de la personne humaine et n'est pas non plus conforme à la satisfaction des droits dans un État qui se propose d'être de Droit, Démocratique et Social. Les rituels formels du processus judiciaire, avec les prérogatives procédurales de l'Administration Publique,³⁹⁰ contribuent déjà, en eux-mêmes, à cette extension dans le temps. Cependant, plus la judiciarisation est importante, plus la magistrature éprouve des difficultés à résoudre autant de conflits et plus le temps nécessaire pour résoudre chacun d'entre eux est long.

En ce sens, ce retard affecte non seulement les parties à un processus, mais aussi tous les utilisateurs actuels et les futurs du système juridictionnel, ainsi que l'ensemble de la communauté. Le « déficit en qualité de juridiction ne se répercute pas seulement sur les piliers de la démocratie », en retardant ou en empêchant la réalisation des droits fondamentaux. Un système judiciaire inefficace sape la structure de l'État et la sécurité juridique quant au respect de l'ordre juridique.³⁹¹

d) Dépenses inutiles de ressources financières et humaines par l'État, soit par le Pouvoir judiciaire, soit par l'exécutif.

L'absence de mécanismes et de procédures propices au dialogue et à la délibération en vue d'une prise de décision collaborative, ainsi qu' en amiable composition des controverses, afin de régler et d'éviter les conflits, finit par favoriser la judiciarisation, qui devient la seule, ou la principale, façon de résoudre des disputes.

³⁸⁹ Selon les recherches de l'IBGE, l'espérance de vie à la naissance en 2015 était de 75 ans. IBGE. **Brasil em números**. Rio de Janeiro : IBGE, 2015, p. 76, 81. Disponible sur : https://www.ibge.gov.br/biblioteca/visualizacao/periodicos/2/bn_2015_v23.pdf. Accès le : 30 mai 2021.

³⁹⁰ En droit brésilien, l'administration publique dispose de délais de procédure doublés par rapport à ceux des particuliers, selon l'article 183 du CPC2015.

³⁹¹ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 60-61.

Il arrive que, peut-être, dans une perspective économique, il ne soit pas raisonnable, car excessivement coûteux pour l'État, de perdre l'occasion de composer des intérêts avec les personnes impliquées, immédiatement et administrativement, plus ouvertement et rapidement et qu'une telle inertie contribue au dépôt de procès inutiles. Le Pouvoir judiciaire est surchargé, ce qui entraîne une augmentation des coûts, une demande de ressources humaines plus importantes, un gonflement et une inefficacité du système juridique.³⁹² Dans le même temps, cette surcharge de dossiers, cette augmentation des coûts et des ressources humaines se produisent également au sein de l'Administration publique qui se chargera de la défense de l'État dans ces affaires. L'État est doublement sollicité dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles et juridico-administratives, en termes de temps, d'énergie et de ressources humaines et financières³⁹³ uniquement pour gérer annuellement le litige.

Il faut aussi considérer que la partie privée peut gagner le procès et que l'Autorité Publique sera condamnée, y compris au paiement des frais de procédure et des honoraires d'avocat, avec des coûts bien plus élevés que ceux qu'elle dépenserait dans la composition dialogique-administrative du procès.³⁹⁴ En outre, les caisses publiques ont tendance à être obérées par les intérêts et d'autres frais liés au retard de paiement des montants dus. En termes économiques, il s'agit d'une facture qui, dans plusieurs cas, n'est pas rentable, qui génère des dépenses excessives et inutiles de ressources publiques, de sorte qu'une solution composée à l'amiable et administrativement peut s'avérer plus économique et efficace.

Ce système précaire finit par favoriser l'intérêt de l'appareil administratif et des gouvernants du moment afin de reporter la dette et de ne pas grever immédiatement les caisses publiques, mais la collectivité est grevée d'une plus grande responsabilité pour l'avenir.

Le particulier qui doit intenter une action en justice est également accablé en termes économiques, ainsi qu'au niveau du temps, de l'énergie et des ressources financières qu'il

³⁹² À cela s'ajoute le « coût caché » d'une justice inefficace, non mesurable, résultant d'emplois non générés et d'investissements non réalisés, sans parler des droits qui ne s'exercent pas ou tardent à s'exercer. EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 62.

³⁹³ En examinant certains rapports du CNJ, l'on constate qu'en moyenne, la puissance publique figure dans environ 25% des procédures judiciaires. Selon le rapport de 2019 concernant les chiffres de la Justice, les dépenses effectives pour le fonctionnement du Pouvoir judiciaire se sont élevées à 81,6 milliards de dollars, soit à environ 20 milliards de dollars de dépenses pour les affaires judiciaires (1,2% du PIB). En outre, il faut ajouter à ces dernières les dépenses de la structure administrative de l'État pour défendre la puissance publique. CNJ. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 74. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mar. 2021.

³⁹⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n° 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008. p. 143.

consacre à la procédure. Il faut ajouter à ces préjudices les dommages économiques potentiels, ainsi que ceux touchant sa disposition mentale et sa dignité, puisqu'il subit la privation ou la suppression de la reconnaissance et de l'exercice d'un droit. Cependant, la culture de la judiciarisation pèse économiquement sur les parties du processus et sur tous ceux qui utilisent le système juridictionnel, y compris dans le cas de demandes privées, qui dépendent d'un système judiciaire surchargé, ce qui entraîne une lenteur et une inefficacité de la structure juridictionnelle.³⁹⁵

La judiciarisation engendre un certain nombre de dépenses, financières, temporelles et humaines, pour toutes les personnes impliquées, directement ou indirectement. Ainsi, une judiciarisation excessive nuit tout à la fois à l'État et à l'intérêt général. Un système judiciaire lent et inefficace, qui représente l'unique ou le principal moyen de résoudre les controverses, nuit également à l'économie³⁹⁶ et au développement du pays. Alors que l'État se concentre sur la résolution des litiges juridiques qui auraient pu être résolus par voie administrative, il ne se focalise pas sur les autres besoins de la communauté et de nombreux droits disparaissent sous le poids des affaires et du retard dans leur résolution. Des ressources publiques et privées sont dépensées pour tenter de résoudre des litiges qui auraient pu être évités ou résolus administrativement de manière plus économique. En outre, la suspension du paiement des condamnations fait peser sur les caisses publiques une attitude immorale, anti-éthique³⁹⁷ et incompatible avec une bonne administration, ce qui porte atteinte à la confiance des individus envers le Pouvoir Public et aux relations entre eux. Ainsi, beaucoup de ressources matérielles et immatérielles sont dépensées, pendant un long laps de temps, au sujet de questions qui auraient pu être évitées sur le plan administratif, ce qui n'est ni raisonnable ni durable.

e) Résolution du cas concret, individualisation, violation éventuelle de l'isonomie.

L'un des problèmes de la judiciarisation contre le Pouvoir Public concerne la prédominance des demandes individuelles et concrètes, donc, au profit d'un ou de quelques-uns, mais souvent le droit est sollicité par des titulaires diffus, sur lesquels les effets d'une décision judiciaire concrète auront des répercussions. Les droits fondamentaux, en particulier

³⁹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e *alternative dispute resolution***: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 78.

³⁹⁶ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 60-61.

³⁹⁷ Avec la possibilité même de générer une responsabilité pour faute administrative, selon les cas, surtout quand on insiste sur des thèses largement rejetées par le Pouvoir Judiciaire. BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, p. 237-258. In: MOREIRA, António Júdice; *et. al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 248.

ceux sociaux, ont de multiples dimensions, qui peuvent donner lieu à des revendications diverses et contradictoires, avec des dispositions et des conséquences distinctes, de sorte que des solutions hâtives et partielles peuvent ne pas aboutir à la réalisation réelle des droits du plaignant lui-même, et sont même susceptibles d'avoir des répercussions négatives sur la collectivité.³⁹⁸

Les conséquences d'une décision, indirectement, ne se limitent pas seulement aux parties. Il s'agit de ressources publiques destinées au plaignant qui sont réorganisées en éventuel préjudice de la collectivité..³⁹⁹

En général, les politiques publiques qui peuvent exister et être liées au droit revendiqué en justice ne sont pas analysées dans la sphère judiciaire.⁴⁰⁰ Lors de la reconnaissance du droit, la décision prend rarement en compte la nécessité de planifier et de financer les politiques publiques, ainsi que la distinction entre les dimensions subjective et objective des droits fondamentaux. Les décisions restrictives et individualisées peuvent nuire aux politiques publiques, générer une préférence pour une juridiction spécifique, ou une zone particulière, au détriment des autres, et avoir des répercussions négatives sur les intérêts généraux.

La décision judiciaire est limitée à la partie, qui plaide généralement à titre individuel, elle est donc restreinte au cas d'espèce, à un moment précis, ou, à une courte durée, et n'est pas capable de générer une continuité, pas même dans les cas qui ne font pas référence à des politiques publiques. La décision judiciaire n'intègre pas un ordre public ; au contraire, elle y porte atteinte.⁴⁰¹ Certaines décisions judiciaires déterminent la réaffectation d'énormes ressources publiques pour s'occuper d'un seul cas, dans une disproportion évidente et un

³⁹⁸ Afin d'illustrer cette hypothèse, Jorge Reis Novais souligne que le Pouvoir Judiciaire est envahi par des actions individuelles « réclamant l'octroi d'avantages factuels concrets et ponctuels, particulièrement vigoureux dans le domaine du droit à la protection de la santé, qui en termes financiers [...] représente déjà un poids considérable dans la somme des fonds disponibles pour l'ensemble du secteur. », si bien que des impositions légales concrètes peuvent engendrer un recul des politiques de santé. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 27.

³⁹⁹ BOURGES, Fernanda Schuhli. Administração Pública dialógica: em busca da concretização isonômica de direitos fundamentais sociais. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 1, p. 29-53, ene./jun., 2018, p. 37.

⁴⁰⁰ Vanice do Valle, après avoir analysé un certain nombre de décisions judiciaires brésiliennes concernant les demandes complexes sur les politiques publiques et les droits fondamentaux, rapporte les nombreuses difficultés et problèmes qui peuvent surgir à partir de ces décisions. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 112-135.

⁴⁰¹ BOURGES, Fernanda Schuhli. Administração Pública dialógica: em busca da concretização isonômica de direitos fundamentais sociais. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 1, p. 29-53, ene./jun., 2018, p. 38.

affront au principe d'égalité,⁴⁰² car il se peut qu'il n'y ait pas de ressources pour les personnes se trouvant dans la même situation ou dans une autre plus grave. Ainsi, les personnes qui n'ont pas intenté d'action en justice peuvent être désavantagées par l'impossibilité d'étendre la décision judiciaire, ce qui porte atteinte à la dimension objective des droits fondamentaux.⁴⁰³

Ainsi, la judiciarisation en vue de la réalisation des droits, notamment des droits fondamentaux sociaux, peut s'avérer bénéfique pour le plaignant, il ne s'agit certes pas forcément de la meilleure façon de répondre à ses besoins, mais c'est peut-être la seule possible. En outre, la judiciarisation ne réalise que la dimension subjective et individuelle - puisque la plupart des procès sont individuels - au détriment éventuel d'autres titulaires individuels, collectifs et diffus du même droit, ce qui constitue une violation de l'égalité, en finissant par porter atteinte à la réalisation des droits fondamentaux sociaux dans leur dimension objective. En apportant des solutions micros et individualisées, comportant une réallocation des ressources publiques pour se conformer à des décisions de justice éloignées des analyses macros, en décalage avec les politiques publiques, la judiciarisation tend à ne pas respecter l'isonomie, car seul le plaignant en bénéficiera, a tendance à favoriser l'inégalité sociale et à ne pas respecter l'intérêt général.⁴⁰⁴ Ainsi, alors que la réduction des inégalités est l'un des objectifs fondamentaux de la République brésilienne, l'on peut constater que la réalité est nettement inégalitaire.⁴⁰⁵

f) Contribution à des relations conflictuelles et polarisées entre les particuliers et la puissance publique, division et diminution de la réalisation des intérêts publics dans lesquelles tout le monde est perdant.

⁴⁰² Il est possible de constater l'inégalité apparaissant dans la réalisation des droits sociaux dans le cas d'une judiciarisation excessive à partir de l'exemple suivant présenté par Daniel Hachem. « Dans l'État du Minas Gerais en 2010. Sur les 360 029 986,11 R\$ dépensés par l'État pour la fourniture de médicaments de base et à un coût élevé, un montant de 55 052 215,84 R\$ a été alloué pour se conformer à des décisions judiciaires de cette nature, au profit d'un total de 4 762 patients dans un Etat ayant 19 595 309 habitants. Cela signifie que seul 0,024% des citoyens de l'État, qui ont intenté des poursuites pour garantir l'accès à ces biens, ont pris environ 15,3% du budget total consacré à la distribution de médicaments ». HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 51.

⁴⁰³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 137-138, 142-143, 144-145 e 150-151.

⁴⁰⁴ BOURGES, Fernanda Schuhli. Administração Pública dialógica: em busca da concretização isonômica de direitos fundamentais sociais. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 1, p. 29-53, ene./jun., 2018, p. 38-39.

⁴⁰⁵ « Et c'est le plus grand risque d'un activisme judiciaire effréné : l'accentuation des inégalités. » Telle est la conclusion que Daniel Hachem a tirée de données selon lesquelles l'accès à la justice provient principalement de la classe moyenne et moyenne élevée. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, resumo, p. 52. Cependant, même sans faire référence à la classe économique, le fait est que seuls ceux qui ont introduit l'action bénéficieront des effets inter parts des décisions, hormis dans le cas de recours collectifs.

La rationalité du processus judiciaire est contradictoire, les modèles formels d'action juridique et les parties sont organisés de manière binaire dans des positions contradictoires. Le succès de l'une des parties réside généralement dans la déconstitution du droit de l'autre, la partie adverse. Un côté gagne généralement davantage, lorsque le côté opposé perd plus. Il existe une perception, souvent erronée, selon laquelle il n'existe aucun moyen de satisfaire les deux ou toutes les parties.⁴⁰⁶ Ainsi, dans la sphère judiciaire, la tendance est de former un « cercle vicieux d'action et de réaction », dans ce que l'on appelle la « spirale conflictuelle »⁴⁰⁷, où la réaction est plus grande que l'action et l'origine du conflit devient moins importante que les réactions,⁴⁰⁸ de plus en plus intense.

De son côté, l'analyse juridictionnelle se concentre sur le contenu du processus, sur ce que les avocats des parties ont réussi à présenter et à insérer dans les formats judiciaires prédéfinis. Le magistrat est chargé d'analyser quelle demande est justifiée ou non, le processus judiciaire n'a pas pour but de trouver une solution autre que celle demandée par les parties dans les actes de procédure. Il n'est pas non plus possible pour les parties de réclamer quoi que ce soit qui ne rentre pas dans les formats judiciaires préétablis. En règle générale, il n'existe pas de dialogue ni d'ajustement de composition entre les prétentions juridiques des parties.

Ainsi, la solution judiciaire envisage quelle est la partie dont les demandes sont fondées et dans quelle mesure et jusqu'à quel point la partie adverse perdra. Il existe une logique du gagnant et du perdant, le juge et les parties opèrent dans des directions différentes, une partie s'opposant à l'autre, alors que le juge, qui est à égale distance des deux, doit décider, à partir de ce qui lui a été présenté, ainsi que, selon la façon dont il l'interprète et en fonction du système juridique, quel est le gagnant et déterminer les mesures appropriées, ce

⁴⁰⁶ AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: Uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponible sur : <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3>. Accès le : 16 mai 2021.

⁴⁰⁷ BÖSCH, Richard. Conflict Escalation. **Oxford Research Encyclopedia of International Studies**. 20 Nov. 2017. Disponible sur : <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-82>. Accès le : 16 mai 2021.

⁴⁰⁸ DEUTSCH, Morton. The resolution of conflict: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973. Pp. 1-32; 349-400. OLIVEIRA, Arthur Coimbra de (Trad.); MENDES, Francisco Schertel (Rev.) In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. Disponible sur : <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>. Accès le : 16 mai 2021.

qui renforce la logique contradictoire, compétitive et polarisée⁴⁰⁹ d'après laquelle pour que l'un gagne, l'autre doit perdre.

La solution judiciaire, établie unilatéralement, dans la perspective de ceux qui jugent, ne correspond pas forcément à celle des parties qui n'ont peut-être pas connu ni épuré les intérêts des uns et des autres, faute de dialogue et de réflexion dialectique lors d'un contact tout simplement judiciaire. Un tel constat est évident, car au niveau judiciaire, les parties étant opposées, elles ont moins de possibilités de s'exprimer, le dialogue entre elles est moindre, d'autant plus que les récits et les demandes sont conduits par leurs avocats⁴¹⁰. Les décisions sont plutôt liées aux formats précédemment établis, avec très peu d'espace pour des solutions créatives et innovantes.⁴¹¹ Dans ce domaine le raisonnement est binaire (avoir raison ou tort) pour dépasser les conflits.⁴¹² C'est la logique du tout ou rien, avec une partie gagnante et l'autre perdante.

Il en résulte, de l'extérieur, une usure normale qui tend à réduire l'objet, l'intérêt réel au contentieux, s'il peut être présenté en justice. Le résultat d'un tel processus « rend moins qu'il ne le pourrait »⁴¹³ pour présenter des « défauts procéduraux », soit parce qu'il est lent et coûteux, du fait qu'il fournit des actions et des réactions contradictoires, brouillées par rapport aux intérêts réels, soit parce qu'il ne traite que des intérêts protégés et exclut d'autres aspects aussi ou plus importants pour les personnes concernées.⁴¹⁴

Il arrive que dans des procès complexes, dans lesquels sont impliqués de nombreux intérêts et droits, et surtout ceux de nature publique, qu'ils soient individuels, diffus ou collectifs, si une partie perd, il y a des pertes mutuelles, l'intérêt général, dans certaines de ces

⁴⁰⁹ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 96.

⁴¹⁰ Ibid., p. 97.

⁴¹¹ Monsieur Valette, à l'époque président du Tribunal Administratif de Paris, soulignait que la juridiction administrative « apporte des solutions de droit, rigides, mais parfois inadaptées, en raison de sa lenteur, à des situations conflictuelles complexes et urgentes ». VALETTE, Bernard. Quelles Perspectives pour la Médiation Administrative ? **Petites affiches**, n. 138, p. 12, 1999. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA199913804?em=Valette>. Accès le : 20 sept. 2020.

⁴¹² VIAUT, Laura. Les avocats et notaires face aux marc : un retour de la proximité judiciaire ? **Petites Affiches**, n. 188, 18/09/2020, page 11. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/lpa152c0>. Accès le : 20 sept. 2020.

⁴¹³ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, Processo, Autocomposição e Autodefensa, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 238. *Apud* AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: Uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação** Vol 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponible sur : <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3>. Accès le : 16 mai 2021.

⁴¹⁴ AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: Uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação** Vol 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponible sur : <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3>. Accès le : 16 mai 2021.

dimensions est également lésé. La partie gagnante peut être victorieuse en termes de procédure, en fin de compte, quelqu'un gagnera, mais son véritable intérêt et son droit ne seront peut-être pas réalisés⁴¹⁵, ce qui amplifie les dommages causés à l'intérêt général et peut même générer un résultat dans lequel, malgré le titre, tout le monde perd et l'intérêt général n'est pas réalisé. Il est courant d'être insatisfait des décisions imposées par le Pouvoir judiciaire lorsque la résolution du conflit lui est transférée et le résultat peut être perdant pour tous, que ce soit pour les parties, aussi bien que pour la communauté, qui paie directement et indirectement pour l'extrême conflit judiciaire.⁴¹⁶

Il est donc possible de gagner une action sans être vraiment satisfait, sans voir ses intérêts et ses droits respectés.⁴¹⁷ Il peut exister une conformité de la décision de la justice, ce qui est probable, mais ce par la force et la contrainte et non par la volonté.⁴¹⁸ Le pire est que la distance, l'unilatéralisme et le manque de dialogue sont renforcés. Les citoyens et le pouvoir public sont déconnectés. Si l'on analyse ce scénario plus profondément, du point de vue de l'intérêt général, on constate que tous perdent à ne pas chercher une solution conjointe, basée sur le dialogue, consensuelle et collaborative. Le résultat considéré est perdant-perdant.

Si le particulier gagne et le pouvoir public perd, on perd tous, que ce soit l'Administration concernée, le citoyen, ou l'État juge. Outre la perte de temps et celle de ressources publiques liées à la saisine du juge et à son action, toutes les deux « évitables », l'État de Droit Démocratique cesse d'être promptement réalisé, car, effectivement, l'intérêt de l'individu aurait pu avoir été observé bien avant.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Ainsi, par exemple, il est possible d'obtenir une indemnisation bien des années plus tard, lorsque les personnes concernées sont décédées, la personne morale a déjà cessé ses activités ou a fait faillite. Il existe une décision de justice favorable, mais inefficace et présentant, cependant, des coûts économiques, sociaux, personnels, diffus et collectifs élevés.

⁴¹⁶ Le jugement tranche le litige par la dimension juridique, mais il peut « laisser les blessures béantes » pour satisfaire les attentes d'une des parties, « quand il n'aura pas mécontenté les deux ». CADIET, Loïc ; CLAY, Thomas. **Les modes alternatifs de règlement des conflits**. 3.ed. Paris : Dalloz, 2019, p. 23.

⁴¹⁷ « Métaphoriquement, ça serait comme demander à quelqu'un d'acheter un costume dans un magasin à l'autre: il se peut que le modèle ne lui plaise pas, que la taille ne soit pas tout à fait adéquate. En effet, quelqu'un a choisi le costume pour lui, même si c'est lui qui devra le porter. » BOURGES, Fernanda Schuhli. **Médiation avec l'administration publique** - une voie possible pour la mise en œuvre du « gouvernement ouvert ». Academic days on open government and digital issues – IMODEV, Paris, 03 nov. 2020. Présentation.

⁴¹⁸ En plus de la polarisation, ceux qui ont réussi dans leur procès ont peu de garanties quant à l'efficacité réparatrice de leur préjudice. Même dans le cas d'une décision judiciaire favorable, la satisfaction des droits exige généralement beaucoup d'efforts et de patience. EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 96. L'on remarque que l'exécution des décisions judiciaires prend le double du temps qu'il faut pour la décision. CNJ. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 180. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mars 2021.

⁴¹⁹ BOURGES, Fernanda Schuhli. **Médiation avec l'administration publique** - une voie possible pour la mise en œuvre du « gouvernement ouvert ». Academic days on open government and digital issues – IMODEV, Paris, 03 nov. 2020. Présentation.

Le résultat inverse est également perdant-perdant : si la décision du juge s'avère favorable au pouvoir public, même ainsi, du temps et de l'argent ont été dépensés et beaucoup d'usure a été générée. Selon l'analyse judiciaire, les droits d'un individu n'ont pas été reconnus, il se peut qu'il n'y ait pas eu de droit dans cette perspective judiciaire, cependant, l'absence de mécanismes administratifs de dialogue a éliminé la possibilité pour lui d'exprimer ses intérêts et ses besoins à l'Administration. Il y a des moments où la position défendue ne peut être satisfaite, mais où les intérêts pourraient être envisagés et composés de manière créative et innovante avec les intérêts publics, en établissant éventuellement une autre mesure. Dans le système judiciaire, en revanche, la portée de l'analyse et de la solution est réduite. Il peut arriver que, dans le cas d'une décision de justice défavorable, le citoyen ne comprenne pas les raisons du gouvernement, alors que le dialogue aurait pu lui permettre de le faire.

De cette manière, il existera une situation d'antagonisme, décidée par un tiers, le juge, sans que les parties y aient participé et l'aient comprise, et il peut se produire un éloignement, voire la détérioration de la relation « citoyen-pouvoir public », ainsi que de la confiance, qui sont toutes deux inhérentes à l'environnement démocratique.⁴²⁰ L'opposition conflictuelle des jeux à somme nulle est coûteuse et l'éventail des dommages systémiques causés par une attitude contradictoire, vaste.⁴²¹

Ainsi, en raison de ces différents aspects qui peuvent représenter des dommages pour les intérêts généraux, bien que l'accès au Pouvoir judiciaire soit une garantie fondamentale, dont le caractère indispensable n'est pas remis en question, il ne peut constituer la seule, ni la principale, voie d'accès au Pouvoir Public dans la recherche de la satisfaction ou de la défense des droits, étant donné les différentes distorsions et les dommages que la singularité ou la prévalence de la judiciarisation sont susceptibles de générer pour l'intérêt général, dans une dimension large ou étroite. La relation judiciaire est, par nature, d'opposition et la centralisation de la résolution des conflits dans une « porte unique », celle juridictionnelle, devient un obstacle à l'accès à la justice,⁴²² qui polarise la relation juridique entre le citoyen et

⁴²⁰ NURET, Bertrand. Administration / Citoyens - La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ? **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales**, n° 9, 2019. Disponible sur : <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 sept. 2020.

⁴²¹ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 25.

⁴²² Il convient de noter que, parmi les difficultés énumérées pour le bon fonctionnement du Pouvoir judiciaire, selon l'enquête de l'AMB, prédominent les suivantes : accès coûteux à la justice (87%) ; formalités excessives/nombreuses bureaucraties (86%) ; distance par rapport à la population (86%) ; et législation obsolète (84%), ce qui fait réfléchir à la nécessité de trouver d'autres moyens de résolution des controverses susceptibles de réduire ces difficultés en matière d'accès à la justice. Données de recherche : AMB – FGV – IPESPE. **Estudo**

l'État. L'antagonisme dans les relations entre le Pouvoir Public et le secteur privé n'affecte pas seulement les acteurs, mais aussi l'ensemble de la collectivité⁴²³, ce qui nuit aux intérêts publics.⁴²⁴

« Dans l'imaginaire collectif », on croit que la voie juridictionnelle constitue « le moyen privilégié de défense de l'individu contre l'arbitraire administratif », mais les limites juridiques de l'Administration ne peuvent être contrôlées seulement par la juridiction.⁴²⁵

L'intention, cependant, n'est pas seulement de déjudiciariser⁴²⁶, mais surtout, pour l'Administration Publique, d'adopter des méthodes en amiable composition en vue de « l'offre aux parties de formes plus efficaces et adéquates à la résolution de leurs conflits d'intérêts, permettant l'accès au champ d'application de manière à plus accroître la participation de la collectivité »⁴²⁷ à la définition et à la réalisation des intérêts publics et à prévoir l'amélioration des relations juridiques entre la collectivité et le pouvoir public, condition inhérente à la réalisation d'un État de Droit Démocratique. Une telle méthode aurait, sans doute, pour conséquence de réduire le nombre des poursuites judiciaires.

D'autres modèles de règlement des différends s'avèrent nécessaires pour permettre aux parties de participer à la résolution de leurs conflits de manière constructive, en renforçant les relations sociales, en vue de « promouvoir des relations de coopération, d'explorer des stratégies qui préviendraient ou résoudraient les futurs différends et d'éduquer les parties pour

da imagem do Judiciário brasileiro, dezembro de 2019, p. 19. Disponible sur : https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf Accès le : 30 mai 2021.

⁴²³ Du point de vue de la « toile de la vie », aucun être humain n'est isolé, tous sont interdépendants et interconnectés, avec d'autres êtres vivants, tous sont conçus comme un fil dans la toile de la vie. CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos fenômenos vivos**. EICHEMBERG, Newton Roberval. (Trad.) São Paulo: Cultrix, 1996, p. 25.

⁴²⁴ Paradoxalement, bien que le public fasse davantage confiance au Pouvoir judiciaire qu'aux autres branches du gouvernement, l'insatisfaction à l'égard des performances de ce dernier prédomine. Selon un sondage, 54% de la population estime que la justice fonctionne mal ou très mal, contre 37% qui la considèrent bonne ou très bonne. De même, 59% des avocats jugent qu'elle fonctionne mal ou très mal, ce qui montre l'impuissance de la communauté et des avocats. La société éprouve également des sentiments négatifs à l'égard du Pouvoir judiciaire brésilien : tristesse (13%), indignation (12%), honte (11%) et peur (6%). Ces données se réfèrent à une enquête menée par : AMB - FGV - IPESPE. **Estudo da imagem do Judiciário brasileiro**, dezembro 2019, p. 19. Disponible sur : https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Accès le : 30 mai 2021.

⁴²⁵ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020, p. 1355.

⁴²⁶ La déjudiciarisation se caractérise par le pluralisme de méthodes, elle ne repose pas sur une technique particulière pour éviter le judiciaire, mais sur une pluralité d'options destinées à la résolution amiable des litiges ou à éviter un jugement. FRICERO, Natalie ; MAZEAUD, Vincent. **Domaine et méthodes de la déjudiciarisation**. In : CIMAMONTI, Sylvie; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ: Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 95.

⁴²⁷ MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, vol. esp., p. 288-311, Porto Alegre: 2018, p. 295.

une meilleure compréhension mutuelle. »⁴²⁸ La bonne relation entre les individus et le Pouvoir Public est substantielle pour l'État de Droit Démocratique et l'absence de mécanismes permettant le développement sain de cette relation, ainsi qu'une judiciarisation excessive la mettent en danger.

Il convient de mettre l'accent sur la nécessité d'une « action programmée d'une Administration publique inclusive »,⁴²⁹ compatible avec l'État de Droit Démocratique, destinée à servir la communauté et ouverte au dialogue et à l'identification conjointe des intérêts publics de manière plus directe et immédiate, à partir de relations plus étroites et davantage collaboratives entre les individus et le Pouvoir Public.

Par conséquent, l'absence de structures, de procédures et de mécanismes adaptés au dialogue et à la délibération avec la communauté, contribue à une judiciarisation excessive de conflits qui pourraient être défaits et résolus dans un environnement administratif, avec une plus grande horizontalité relationnelle. La relation verticale et hiérarchique entre le Pouvoir Public et la communauté, distante, sans participation et dépourvue de dialogue favorise des relations antagonistes et conflictuelles, en suscitant grandement la contribution de la judiciarisation. La « porte d'accès » au Pouvoir judiciaire est plus proche et davantage accessible que celle de l'Administration, ce qui favorise la judiciarisation et le manque de dialogue pour résoudre des conflits. Il faut qu'il soit facile d'accéder au pouvoir judiciaire, mais, surtout et premièrement, il doit l'être tout autant d'avoir accès au dialogue et à la facilitation de la résolution amiable des conflits avec l'Administration.

3.2 LE SYSTEME JURIDIQUE BRESILIEN ET LA PRIORITE A LA SOLUTION CONSENSUELLE DES CONFLITS ADMINISTRATIFS AVEC LES PARTICULIERS

Étant donné l'existence de problèmes liés à l'absence de procédures et de solutions administratives pour prévenir et régler les litiges, et d'un recours excessif à la judiciarisation et à la possibilité qu'il existe des décisions judiciaires n'envisageant pas la réalisation effective des intérêts généraux, on peut se demander si le système juridique brésilien offre d'autres possibilités dans ce cadre.

⁴²⁸ Azevedo, André Gomma de (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 34-35.

⁴²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 127.

Il a été constaté que la décision judiciaire ne représente pas la solution la plus appropriée de tous les conflits. Elle a des limites et son exécution n'est pas adaptée au rétablissement de certaines situations. En outre, les modes d'amicable composition sont également des moyens d'accéder à la justice et à une procédure régulière⁴³⁰, afin de constituer, en étant complétés par d'autres mécanismes de résolution et même de prévention des litiges, un « Système Multiport »⁴³¹.

Afin d'analyser la possibilité d'utiliser des modes d'amicable composition pour résoudre et prévenir les conflits administratifs, les procédures, les moments et les questions pertinentes, ainsi que de déterminer s'il est possible de reconnaître leur priorité dans leur utilisation dans le milieu judiciaire, nous nous pencherons, d'une manière objective et ponctuelle, sur le système juridique brésilien afin d'identifier les dispositions normatives les plus proches de ce sujet.

En guise de point de départ, il faut considérer, comme un guide, interprétatif téléologique et systématique, que le pouvoir constituant établi dans le préambule de la Constitution de la République du Brésil de 1988, adopte l'harmonie sociale en tant que fondement de l'ordre et la primauté du règlement pacifique des différends. En outre, il a érigé en valeurs suprêmes de l'État Démocratique les droits sociaux et individuels, que sont la liberté, la sécurité, le bien-être, le développement, l'égalité et la justice.⁴³²

La Constitution brésilienne reconnaît, dans son article 1^{er} la souveraineté populaire, la citoyenneté, la dignité humaine et le pluralisme politique en tant que fondements de l'État. Dans son article 3^e, elle a établi comme objectifs fondamentaux la construction d'une société libre, juste et solidaire, la garantie du développement national, l'éradication de la pauvreté, de la marginalisation et la réduction des inégalités sociales et régionales, ainsi que la promotion du bien de tous. Si l'analyse de ce sujet se limitait au préambule et aux articles 1^{er} et 3^{ème} de la Constitution brésilienne, la réponse serait positive au sens où il s'agit de privilégier des

⁴³⁰ OTEIZA, Eduardo. ADR methods and the diversity of cultures: the latin american case, p. 161-177. In : CADIET, Loïc. (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution** : Alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 177.

⁴³¹ Basé sur la théorie de Franck Sander, mais pas seulement dans une perspective de « Tribunaux multiports », c'est-à-dire d'une organisation judiciaire multiforme, mais en fait d'un système, qui « implique une idée plus large, d'harmonie et de structuration générale ». Dans la culture juridique brésilienne, il y a un mouvement de « détachement du contentieux et, par conséquent, la valorisation des moyens alternatifs de résolution des conflits au Brésil, et le processus n'est plus la seule voie possible. On peut dire [...] que nous nous dirigeons vers la construction d'un système multi-ports pour la résolution des conflits. MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, vol. esp., p. 288-311, Porto Alegre: 2018, p. 297, 302-303.

⁴³² « Nous, représentants du peuple brésilien, réunis à l'Assemblée Nationale constituante pour établir un État Démocratique, conçu pour assurer l'exercice des droits sociaux et individuels, la liberté, la sécurité, le bien-être, le développement, l'égalité et la justice en tant que valeurs suprêmes d'une société fraternelle, pluraliste et sans préjugés, fondée sur l'harmonie sociale et engagée, dans l'ordre interne et international, à la solution pacifique des différends, nous promulguons, sous la protection de Dieu, la Constitution suivante de la République Fédérative du Brésil. » Préambule, (traduction libre de la Constitution brésilienne).

solutions pacifiques, non accusatoires, favorisant une plus grande harmonie, dans le respect de la pluralité, d'une réalisation plus immédiate des droits et, surtout, en vue de garantir la dignité humaine.

Néanmoins, l'analyse se poursuit. L'article 98, I, de la Constitution prévoyait la création de tribunaux civils et pénaux spéciaux compétents pour la conciliation et les transactions dans les affaires moins complexes.⁴³³ Dans l'amendement constitutionnel n. 19/1998, qui a été inséré dans la Constitution, expressément dans l'article 37, figure le principe d'efficacité, à côté de ceux de légalité, de moralité, d'impersonnalité et de publicité, parmi la liste des principes qui régissent l'administration publique.⁴³⁴

Dans une tendance à améliorer les relations juridiques avec l'Administration, l'Amendement Constitutionnel n. 19/98 prévoyait la participation des usagers à l'Administration.⁴³⁵ Un autre Amendement, n. 45/2004, a prévu comme garantie fondamentale, à l'art. 5, LXXVIII, la durée raisonnable de la procédure et les moyens d'assurer la rapidité de son traitement, ainsi que la mise en place du Conseil National de la Justice brésilien, organe chargé d'améliorer la gestion dans le domaine juridictionnel.⁴³⁶ Il convient également de mentionner que le constituant d'origine a établi une liste ouverte de droits et de garanties fondamentaux, couvrant les droits découlant du régime et des principes prévus par la Constitution, ou des traités internationaux auxquels la République Fédérative du Brésil est partie, conformément à l'article 5ème, § 2.⁴³⁷

⁴³³ La loi des tribunaux spéciaux 9.099/1995, couvrant les conflits moins complexes, y compris ceux d'une valeur allant jusqu'à 40 salaires au minimum, a établi un rite procédural basé sur l'oralité, l'informalité, la rapidité et en mettant un accent pertinent sur la conciliation.

⁴³⁴ Nous avons choisi d'illustrer principalement certains de ces principes afin de décrire pour le lecteur étranger le système juridique brésilien. Afin de ne pas élargir le champ de l'objet d'étude à ce moment-là, il était également possible de choisir de ne pas approfondir les conceptualisations de ces principes.

⁴³⁵ L'article 37, § 3, de la Constitution de la République, plus tard réglementé par la loi 13.460/2017, une loi sur la participation, la protection et la défense des droits des utilisateurs des services publics dans l'administration publique.

⁴³⁶ Comme le prévoit l'art. 92, IA, il constitue un organe du Pouvoir Judiciaire, dont la composition est formée de quinze membres, dont la plupart proviennent de la magistrature, ainsi que de deux autres membres du Ministère Public, deux avocats et deux citoyens, conformément à l'art. 103-B de la Constitution de la République.

⁴³⁷ Il convient de noter que la durée raisonnable de la procédure était déjà une garantie étant donné que le Brésil a adhéré, le 7 septembre 1992, à la Convention américaine des droits de l'homme (Pacte de San José, Costa Rica, du 22 novembre 1969), dont l'art. 8ème, prévoit que « Toute personne aura le droit d'être entendue, avec les garanties dues et dans un délai raisonnable [...] » (traduction libre). OEA. Organisation des États américains. **Convention américaine des droits de l'homme.** Disponible sur : <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Accès le: 01 juin 2021. De plus, dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, il a été inscrit à l'art. XXIV, le droit de recours pour des motifs d'intérêt général ou privé et le droit d'obtenir une solution rapide. OEA. Organisation des États américains. **Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme.** Disponible sur : <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Accès le : 01 juin 2021.

Afin de présenter et d'analyser le système juridique brésilien⁴³⁸ en ce qui concerne les formes de dialogue, de collaboration et de signature d'accords administratifs, une législation infra-constitutionnelle a commencé en ce sens à émerger au Brésil dans les années 1990 et, surtout en 2000, dans le but de rapprocher les relations entre les individus et l'Administration et de générer une collaboration afin de répondre aux intérêts. En 1990, l'exécution d'un terme d'ajustement de conduite – TAC – a été autorisée dans la loi sur l'action civile publique.⁴³⁹ La même année, une disposition a aussi été ajoutée à l'article 211 du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent, Loi n. 8.069/1990, concernant l'autorisation de s'engager à ajuster la conduite.

Parmi les types de participations administratives, les audiences publiques ont été mises en évidence, comme le prévoit l'article 32, de la loi n° 9.784/1999, loi fédérale brésilienne sur la procédure administrative, ainsi que d'autres lois spécifiques, qui permettaient à quiconque d'être entendu et d'exposer ses besoins et suggestions lorsqu'une certaine décision affectait ses intérêts individuels, diffus ou collectifs, ainsi, l'Administration pourrait mieux réaliser les droits en jeu et prendre des décisions avec une plus grande acceptation consensuelle.⁴⁴⁰ La consultation publique, prévue à l'article 31, de la loi n° 9.784/1999, a également été établie comme un instrument d'interrogation de l'opinion publique, qui a permis la participation des parties intéressées, l'amélioration et la légitimation de l'action administrative afin de la rendre plus participative et ouverte au dialogue.

En matière de droit administratif de la concurrence, l'article 14 de la loi 8.884/1994 prévoyait la possibilité de conclure un engagement de résiliation dans le cadre de l'exercice du Conseil administratif de défense économique. Plus tard, a été inclus l'article 35-B dans la loi 8.884/1994, par l'article 2, de la loi n. 10.149/2000, avec la possibilité d'une collaboration appelée accord de clémence.⁴⁴¹ En 2011, le Système brésilien de Défense de la Concurrence (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, SBDC) établit, dans les articles 85 et 86 de la loi 12.529/2011, la possibilité d'adopter l'engagement de cessation et l'accord de clémence en cas d'atteinte à l'ordre économique, sous la juridiction du «Conseil Administratif de la défense

⁴³⁸ Il s'agit d'une approche illustrative et exemplaire afin de présenter certaines des normes du système juridique brésilien qui permettent d'identifier des formes de dialogue, de consensus, de négociation, de conciliation et de médiation dans le cadre du pouvoir public.

⁴³⁹ Article 5, § 6 de la loi n. 7.347/1985, avec des modifications de la loi n. 8.078/1990.

⁴⁴⁰ FUNGHI, Luis Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2011, n. 257, maio / ago. 2011, p. 12.

⁴⁴¹ La nouveauté est que le premier accord date de 2003, conclu dans l'affaire qui s'appelait « Cartel dos Vigilantes », utilisé pour traiter des fraudes sur des offres à Rio Grande do Sul. Après le processus administratif, en 2007, le CADE a imposé des amendes de 15 % 20 % sur des ventes brutes à seize entreprises pour pratique d'entente. Le dénonciateur a toutefois bénéficié d'une immunité administrative et d'avantages pénaux en vertu de l'accord. MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência, organização, processos e acordos administrativos**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Atlas, 2015.

économique (CADE) » (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade) alors créé. Pourtant, l'article 50 de la loi précitée prévoyait la possibilité d'intervention des tiers qui pourraient être affectés.

En matière de valeurs mobilières, la Loi n. 6.385/1976, dans son article 11, §5°, avec des mises à jour en 1997, 2001 et, plus récemment, avec la rédaction de la loi n. 13.506/2017, a permis à la Commission brésilienne des Valeurs Mobilières, après analyse de l'opportunité, en vue de répondre à l'intérêt public, de ne pas saisir ou de suspendre la procédure administrative d'enquête sur l'infraction par une durée d'engagement, à tout stade qui précède la décision de première instance.⁴⁴² Dans cette sphère administrative-économique, on observe une approche normative moins accusatoire et plus consensuelle.

La loi n. 12.846/2013 prévoyait également la signature de l'accord de clémence à l'égard des personnes morales contrevenantes comme l'un des grands instruments de collaboration dans la lutte contre la corruption. Dans l'accord de clémence, il existe un assouplissement du pouvoir de sanction de ceux qui collaborent avec le Pouvoir Public.⁴⁴³ La possibilité de conclure l'accord représentait un nouveau paradigme car dans ce domaine le lien avec la légalité était courant, et accordait peu de place au consensus.⁴⁴⁴

Ainsi, la loi brésilienne a augmenté les possibilités de participation démocratique et consensuelle de la communauté aux activités publiques, entre autres, dans le cadre de la sécurité sociale, de l'éducation publique, des consultations publiques et des mesures consensuelles dans le domaine réglementaire spécialisé.⁴⁴⁵ Dans ce dernier, l'Agence nationale de l'énergie électrique - ANEEL, (Agência Nacional de Energia Elétrica brasileira), se démarque⁴⁴⁶. Elle est compétente pour régler les litiges administratifs dans le secteur de

⁴⁴² Cette branche a précisément été développée pour cette époque, lorsque, par exemple, après la délibération CVM n. 390 de 2001, une procédure de négociation a été établie. La délibération CVM n. 486 de 2005 a prévu un comité de durée d'engagement avec compétence pour faire avancer les négociations et émettre un avis sur la question, le bureau du procureur du CVM étant compétent afin d'analyser la légalité. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 195.

⁴⁴³ MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência, organização, processos e acordos administrativos**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo : Atlas, 2015.

⁴⁴⁴ PINTO, José Guilherme Bernan Correa. **Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, année 16, n. 190, déc. 2016. Disponible sur : <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246236>. Accès le : 2 juin 2018.

⁴⁴⁵ Articles 194, VII, 198, III, 206, VI, 37, §3°, de la Constitution de la République. Vous pouvez vérifier l'activité administrative judiciaire dans les agences de régulation : dans l'ANEEL, art. 3°, Voir la loi n° 9 427/1996 ; chez ANATEL, art. 19, XVII, de la loi n° 9 427/1997 ; dans l'ANP, art. 20, de la loi n° 9478/1997 ; dans l'ANS, art. 4, XXXIX, de la Loi n. 9,961/2000; à l'ANTT et à l'ANTAQ, art. 20, II, b, et 29, II, b, de la loi n° 10.233/2001.

⁴⁴⁶ Établi par la loi n. 9427/1996, dont l'art. 3, V, lui a attribué compétence pour régler, sur le plan administratif, les divergences entre les différents agents du secteur, y compris entre eux et leurs consommateurs. Le sujet était réglementé par le décret n. 2.335/1997.

l'électricité, y compris avec les consommateurs, il a été créé depuis 1997 une surintendance de la médiation administrative sectorielle⁴⁴⁷, visant les plaintes des consommateurs et de la société, ce sans pour autant se limiter à des ajustements entre l'agence et les concessionnaires.⁴⁴⁸

Un autre progrès a été réalisé avec la disposition prévoyant le recours à la médiation et à la conciliation dans le cadre de la Surintendance Nationale des Retraites Complémentaires – PREVIC (Superintendência Nacional de Previdência Complementar), correspondant à la Retraite complémentaire dans le privé : Agirc-Arrco; qui a institué le premier programme de médiation au sein de l'Exécutif en vue de la résolution des conflits entre usagers et prestataires.⁴⁴⁹

L'Agence nationale de la santé - ANS, (Agência Nacional de Saúde) a institué depuis 2010 une procédure d'intermédiation des conflits entre opérateurs et usagers du plan de santé, Notification d'Intermédiation Préliminaire - NIP, (Notificação de Intermediação Preliminar), qui a été améliorée par la Résolution n. 388/2015-ANS⁴⁵⁰ avec l'utilisation des technologies de la communication. A l'instar de la médiation, l'Agence agit en tant qu'intermédiaire du conflit qui, s'il n'est pas résolu, conduit à une analyse de contrôle et, à terme, à une procédure administrative de sanction.

Toujours dans le cadre réglementaire, la Loi n. 13.848/2019 prévoit la gestion, l'organisation, le processus décisionnel et le contrôle social des agences de régulation, afin d'accroître la participation collective et la collaboration dans la performance des agences par

⁴⁴⁷ Conformément à l'art. 23 de l'ordonnance MME no. 349 de 1997.

⁴⁴⁸ Le processus de médiation dans le secteur de l'électricité « manque encore de diffusion et de compréhension, tant en interne qu'en externe, mais les résultats obtenus servent d'incitation à poursuivre ces efforts en faveur de l'équilibre entre les agents, les consommateurs d'électricité et au profit de la société ». Agência Nacional de Energia Elétrica (Brasil). **Solução de divergências**: mediação. Brasília: ANEEL, 2008, p. 24. Disponible sur : https://www.aneel.gov.br/documents/656835/16505063/2008_CadernosTematicosANEEL8.pdf/ff1f62ad-4450-457e-e8ac-e69c16648c58. Accès le : 18 juin 2021.

⁴⁴⁹ Ce règlement a été prévu par l'Instruction PREVIC n. 7, du 9 novembre 2010. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 210-211.

⁴⁵⁰ L'intermédiation des conflits au sein de l'Agence est apparue avec la Résolution 226/2010, comportant des amendements par la Résolution 343/2013 et, enfin, une amélioration par la Résolution 388/2015, qui a été considérée comme très pertinente pour l'amélioration du processus d'inspection de l'Agence, qui, en 2014, avait accumulé plus de 50 000 cas et en 2018, il a été possible de remettre à zéro le stock de cas, avec une résolution élevée des plaintes. Avec le seul PIN, environ 90 % des conflits qui entrent à l'Agence sont résolus par voie d'intermédiation sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une procédure administrative. ANS. La norme d'inspection ANS reçoit une mention honorable au FGV Direito Rio Award, 18/12/2018. Disponible sur : <http://ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4779-norma-de-fiscalizacao-da-ans-recebe-mencao-honrosa-no-premio-fgv-direito> -Fleuve. Consulté le 5 juin 2021. ANS. L'ANS fête les 10 ans du NIP, outil de résolution des conflits entre bénéficiaires et régimes de santé, 08/05/2020. Disponible sur : <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5739-ans-celebra-10-anos-da-nip-ferramenta-para-resolucao-de-conflitos-entre-beneficiarios-e-assurance-santé>. Accès le : 5 juin 2021.

le biais de la consultation, l'audition publique et l'institution de médiateurs, pour gérer les différents intérêts en jeu.

En ce qui concerne les utilisateurs des services publics, la loi n. 13.460/2017 prévoyait la participation et les formes de manifestation des utilisateurs des services publics de l'administration publique, avec une intention claire d'améliorer les relations juridiques et l'intégration de l'utilisateur dans la fourniture de services, y compris par le biais de l'institution de médiateurs, l'encouragement des plateformes numériques, conformément à la loi 14.129/2021, lors de l'établissement des instruments du gouvernement numérique.

Dans le domaine procédural, dans la recherche d'un élargissement du dialogue et de la participation au règlement des différends, ainsi que de la réduction du nombre de procès, des avancées significatives ont été réalisées. En 2010, le Conseil National de la justice a publié la résolution n. 125 du 29 novembre 2010⁴⁵¹, sur l'ordre public pour le traitement adéquat des conflits qui, dans son article 1^{er}, reconnaissait le droit de les résoudre par des moyens appropriés. Grâce à cette résolution, la médiation et la conciliation ont acquis un statut pertinent dans la résolution des litiges⁴⁵², inspirée du concept de forum multi-portes présenté par Franck Sander, en 1976, aux Etats-Unis.⁴⁵³ En 2015, a été édité le Nouveau Code de Procédure Civile brésilien, Loi 13.105/2015 qui a excellé dans la résolution consensuelle des conflits⁴⁵⁴, y compris en ce qui concerne l'administration publique. Le Code, dans son article 3, § 2, a affirmé une nouvelle rationalité procédurale, qui privilégie la solution consensuelle des conflits⁴⁵⁵ et, à cette fin, elle établit le devoir de l'État de promouvoir, chaque fois que cela est possible, la solution consensuelle des conflits, elle fixe le devoir des juges, avocats et

⁴⁵¹CNJ. Résolution n° 125 du 29/11/2010. Disponible sur : <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Accès le : 1er juin 2021.

⁴⁵²Avec l'amendement n. 02/2016 et, plus tard, avec la formulation attribuée par la Résolution n. 326/2020, Résolution n. 125, à l'art. 1, §1, sont privilégiés les moyens consensuels, tels que la médiation et la conciliation, à la solution prononcée par la peine, qui doit être privilégiée par les juges eux-mêmes. Par conséquent, le rôle pertinent de la conciliation et de la médiation dans la pacification sociale est mis en évidence.

⁴⁵³L'ouvrage présenté était « Varieties of Dispute Processing », qui traitait d'un modèle multiforme de résolution des conflits alors appelé « centre de justice globale ». Il s'agit de comprendre les différentes manières de résoudre les conflits, médiation, arbitrage, négociation et med-arb (succession entre médiation et arbitrage). SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the Multi-Door Courthouse. **University of St. Thomas Law Journal**, vol. 5, p. 665-674, 2008, p. 667, 670. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221. Accès le : 3 juin 2021.

⁴⁵⁴L'art. 165 du Code de procédure civile prévoyait la création de centres judiciaires pour la résolution consensuelle des conflits.

⁴⁵⁵Il est à noter que l'ancien Code de procédure civile, avec le libellé de la loi n. 8952/1994, à l'art. 125, IV, prévoyait le devoir du juge de tenter de concilier les parties à tout moment, établissait la conciliation comme étape initiale du rite procédural, conformément aux art. 277 et 331. La loi 9 099/1995, des tribunaux spéciaux, a également établi un rite procédural propice à la conciliation. Ainsi, le scénario de changement de paradigme, induit par le nouveau Code de procédure civile en 2015, avec la primauté de la logique du consensus, a été suivi de changements dans la conception du consensus et de l'auto-composition amorcés vingt ans auparavant.

d'autres acteurs procéduraux d'encourager les solutions consensuelles, ce y compris au cours des procédures judiciaires.⁴⁵⁶

D'après la nouvelle législation procédurale, il est reconnu que la logique selon laquelle un conflit d'intérêts doit être résolu par une action en justice a été inversée pour favoriser d'autres modes de résolution.⁴⁵⁷ A cet effet, en ce qui concerne les conflits avec la Puissance Publique, l'article 174 du Code prévoyait la création de chambres de médiation et de conciliation dans l'administration publique⁴⁵⁸ pour la bonne gestion de ce genre de controverses.

Dans la sphère publique, la réduction des litiges et la signature d'accords ont été mises en avant par la loi complémentaire n. 73/93 et la loi 9469/1997, en ce qui concerne l'édition de résumés administratifs, l'exécution des accords en justice, qui prévoyaient la création de chambres spécialisées pour la proposition d'accords par « le Cabinet Général de l'Union »⁴⁵⁹ (Advocacia-geral da União - AGU).⁴⁶⁰ Parmi d'autres réglementations, il est important de

⁴⁵⁶ « Article 3. Les menaces ou atteintes aux droits ne seront pas exclues du contrôle juridictionnel. (...) § 2 L'Etat favorisera, dans la mesure du possible, la résolution consensuelle des conflits. § 3 La conciliation, la médiation et les autres méthodes de résolution consensuelle des conflits sont encouragées par les juges, les avocats, les défenseurs publics et les membres du ministère public, y compris au cours de la procédure judiciaire. » Le Code de procédure civile, entré en vigueur en mars 2016, comme on l'a vu, a rendu obligatoire la tenue d'une audience préliminaire de conciliation et de médiation et, en quatre ans, « le nombre de jugements d'homologation est majoré en 30,1%, en passant de 2.987.623 jugements d'approbation selon l'année 2015 à 3.887.226 en 2019. » CNJ. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 258. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mar. 2021.

⁴⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e *alternative dispute resolution***: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 79.

⁴⁵⁸ Article 174. L'Union, les Etats, le District fédéral et les Communes créent des chambres de médiation et de conciliation, avec des attributions relatives à la résolution consensuelle des conflits dans le domaine administratif, telles que : I - résoudre les conflits impliquant les organes de l'administration publique et entités; II - apprécier la recevabilité des demandes de résolution de conflits, par voie de conciliation, dans le cadre de l'administration publique ; III - favoriser, le cas échéant, l'exécution d'un terme d'ajustement. Article 175. Les dispositions de la présente section n'excluent pas d'autres formes de conciliation et de médiation extrajudiciaire liées à des organes institutionnels ou exercées par des professionnels indépendants, qui peuvent être réglementées par une loi spécifique.

⁴⁵⁹ C'est l'organe public, un cabinet public d'avocats, responsable de la protection des intérêts juridiques de l'Union – unité fédérative centrale, la plus importante sphère fédérative brésilienne.

⁴⁶⁰ Législation qui a été largement réglementée dans le cadre de l'AGU dans le sens de possibilités croissantes, de simplifications et d'un élargissement de la légitimité. Initialement, l'ordonnance de service n° 26, du 22 juillet 2008, a été émise, qui subdéléguait aux procureurs en chef l'attribution de conclure des accords relatifs aux crédits fédéraux de moins de quarante mille reais. L'ordre de service AGU n. 13, du 9 octobre 2009 (abrogé), a permis aux avocats de conclure des accords dans certains cas allant jusqu'à 60 salaires minimum et a augmenté à cinq cent mille reais les procureurs en chef, qui ont subi quelques ajustements par l'ordonnance de service n° 18 du 7 décembre, 2011. Avec l'Ordonnance n. 02/2012, les centres de négociation ont été créés, dont l'objectif est, entre autres, de « favoriser le paradigme d'une alternative efficace et différenciée pour la résolution et la prévention des conflits dans le cadre du ministère public fédéral et des organes d'exécution respectifs ». Il convient de noter l'ordonnance AGU n. 11, du 8 juin 2020, qui réglementait la procédure d'exécution des accords, par voie de négociation, destinés à clore les actions en justice ou à empêcher le dépôt de celles-ci, en relation avec les dettes du gouvernement fédéral et a augmenté les limites de l'autorité.

souligner l'Ordonnance AGU n. 11/2020, qui, dans son art. 3°, a accordé la priorité à la résolution des conflits de manière consensuelle et par la négociation, de manière préventive ou dans la sphère judiciaire.⁴⁶¹

La législation des juridictions spéciales pour les litiges avec le Trésor public⁴⁶² a adopté des procédures offrant des possibilités de solutions consensuelles. La loi fédérale brésilienne sur la juridiction de mineur complexité, n. 10.259/2001, a exprimé la compétence des avocates publiques pour signer des accords devant ces juridictions.⁴⁶³

Les législations sectorielles, telles que les lois 8.213/1991 et 10.522/2002, prévoyaient la possibilité d'accords en matière fiscale et de sécurité sociale. Pour ce qui est de l'inspection du travail, en matière de respect de la protection de la santé et de la sécurité, en 2001, par l'art. 627-A, la possibilité de conclure une Durée d'Engagement était prévue, conformément à la réglementation. Sur les questions environnementales, la loi n. 9.605/98, à laquelle des modifications ont été apportées en 2001, prévoyait la possibilité de signer un contrat d'engagement avec des particuliers en cas d'activités de pollution réelles ou potentielles, avec la valeur d'un titre exécutoire. Pourtant, dans les domaines environnementaux et urbains, des ajustements et des compensations pour les licences et projets environnementaux ont également été rendus possibles, comme le prévoit l'art. 36, paragraphe 3 de la Loi 9.985/2000, réglementée par le Décret n. 4.340/2002 et art. 2, II, 32, paragraphe 2 et 35 de la loi n. 10.257/2001 – Statut de la Ville. La loi n. 13.465/2017 encourage les solutions consensuelles de régularisation foncière urbaine, notamment par la mise en place de médiations collectives. Aussi, en ce qui concerne les sanctions administratives environnementales, le décret n° 9.760, du 11 avril 2019, qui a modifié le décret 6514/08, a institué le Centre de conciliation environnementale et prévu des règles et procédures afin de favoriser la réconciliation en matière environnementale et a prévu la possibilité de substituer des amendes aux services.

Afin d'optimiser la résolution des litiges et de réduire la judiciarisation des contrats administratifs, l'art. 23-A de la loi 8.987/95, Loi Générale sur les Concessions, a admis l'instauration, dans les contrats de concession, de mécanismes privés de règlement des différends, et une disposition dans le même sens était prévue à l'art. 11 de la loi n.

⁴⁶¹ Cette Ordonnance prévoyait l'édition de plans de négociation avec l'uniformisation de thèmes récurrents. Actuellement, AGU dispose de 17 plans, ce qui n'exclut pas la prise en compte d'autres sujets. Imprensa Nacional. Disponible sur : <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-8-de-junho-de-2020-261278373>. Accès le : 06 de junho de 2021. AGU. **Ementário dos Planos Nacionais de Negociação**. Disponible sur : <https://www.gov.br/agu/pt-br/acao-a-informacao/acoeseprogramas/planos-nacionais-de-negociacao/sobre>. Accès le : 06 juin 2021.

⁴⁶² Lois non. 10.259/2001 au niveau fédéral et n. 12.153/2009 aux niveaux étatique et municipal.

⁴⁶³ Les compétences étaient réglementées par le décret n. 4250/2002 et par l'ordonnance AGU n. 109/2007, qui énumérait les critères d'exécution des accords.

11.079/2004, Loi sur les Partenariats Public-privé (PPP) et art. 44-A, inséré en 2015 dans la loi n. 12.462/2001, Régime de Contractualisation Différencié.

Ainsi, en 2021, la loi 14 133/2021 a institué le nouveau régime des marchés publics et des marchés administratifs, que l'art. 151 a apporté la possibilité d'établir dans tout contrat administratif, y compris en ajoutant à ceux déjà en vigueur, des moyens de prévention et de règlement des litiges tels que la conciliation, la médiation, le comité de règlement des différends et l'arbitrage, pour les droits de propriété disponibles, y compris en ce qui concerne la résiliation consensuelle des contrats, art. 138, II. Il y a là un progrès évident en termes de dialogue et de possibilité d'améliorer la relation entre les personnes sous contrat et l'Administration contractante, ainsi que la satisfaction des intérêts généraux et privés, au profit de l'ensemble de la communauté.

Dans ce contexte marqué par des innovations législatives associées aux possibilités les plus diverses de participation, de collaboration, de signature d'accords et de réduction des litiges avec l'Administration publique, la promulgation de la loi n. 13.129/2015, qui a modifié la loi sur l'arbitrage, la loi n. 9.307/1996, avec l'inclusion du § 1er dans l'art 1er de cette loi, fut de toute importance. De plus, cette modification a souligné l'utilisation de l'arbitrage dans l'Administration publique pour régler les litiges concernant les droits de propriété disponibles.⁴⁶⁴

Une pertinence unique pour en amiable composition administrative a été apportée par la loi n. 13.140/2015, loi sur la médiation, qui réglemente la médiation judiciaire et extrajudiciaire avec le pouvoir public.⁴⁶⁵ Dans l'art. 3^{ème}, la législation a souligné que l'objet de la médiation administrative peut porter sur des droits disponibles ou indisponibles qui admettent des transactions, afin de lever une grande partie des incertitudes quant à l'opportunité de la médiation dans les conflits d'intérêt public. L'art. 32 prévoyait la création de chambres pour la prévention et la résolution administrative des conflits relevant du droit public, afin de mieux traiter les conflits ainsi que de les prévenir. Cette loi reconnaissait également, au seul paragraphe de l'art. 33, la médiation collective des conflits liés aux services publics.

⁴⁶⁴ Dans cette ligne, le Décret n. 10 025/2019 a réglementé le sujet sur l'arbitrage, dans le cadre du secteur portuaire et des transports routier, ferroviaire, fluvial et aéroportuaire, pour régler les litiges au niveau fédéral. Dans le cadre de l'AGU, par l'Ordonnance no. 320/2019, le noyau spécialisé en arbitrage a été créé pour le conseil et le conseil en arbitrage du gouvernement fédéral.

⁴⁶⁵ En droit français, également dans le cadre de l'Administration Publique, un contexte législatif similaire marqué par la déjudiciarisation et l'adoption de mécanismes administratifs auto-composés a été établi, comme la médiation conventionnelle, qui sera détaillé et fera l'objet d'une réflexion dans la séquence.

Par ailleurs, l'art. 40, d'une grande importance, a apporté une plus grande sécurité juridique aux agents publics qui agissent en amiable composition extrajudiciaire de conflits, dont la responsabilité ne peut être engagée que civilement, pénalement ou administrativement dans les cas où, par fraude, ils reçoivent un avantage indu en matière d'équité, permettent ou facilitent une telle perception par un tiers ou contribuent à un tel acte. Ainsi, la Loi a innové sur le thème des solutions consensuelles, notamment en médiation, afin d'élargir son utilisation par le Gouvernement et de générer une plus grande sécurité juridique pour les acteurs,⁴⁶⁶ thème qui sera approfondi plus avant.

De plus, il est à noter que le Code de déontologie de l'avocat établit qu'il est du devoir de l'avocat d'encourager la conciliation et la médiation et d'empêcher l'ouverture d'un litige, tout comme l'avocat public a le devoir de réduire la judiciarisation.⁴⁶⁷ Ainsi, le droit public et le droit privé devraient exercer leur activité professionnelle de préférence à titre préventif, par le biais de la conciliation et la médiation.

Dans le système juridique brésilien, en ce qui concerne les changements législatifs qu'il a subis, qui permettent d'identifier un changement dans le régime administratif visant au dialogue et en amiable composition, la loi 13.655/2018 se démarque. Il a ajouté des amendements à la loi d'introduction aux règles du droit brésilien⁴⁶⁸ et prévoyait, en général, des incitations à l'action consensuelle du Gouvernement, afin de « renforcer la position juridique occupée par le citoyen dans les différentes relations entre lui-même et l'Administration Publique ».⁴⁶⁹

Parmi les moyens consistant à renforcer et à orienter plus horizontalement les relations, figure l'art. 26 de la Loi d'Introduction aux Règles du Droit Brésilien, (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB), qui a permis de conclure des accords avec les parties intéressées afin d'éliminer les irrégularités, les incertitudes juridiques ou les

⁴⁶⁶ La loi sur la médiation « peut être considérée comme une étape importante dans la recherche d'une plus grande adéquation des procédures de résolution au Brésil, capable d'influencer une relativisation progressive de la conception nébuleuse et paternaliste qui a marqué le débat sur la non-négociation et l'exclusivité de la solution juridictionnelle concernant les conflits de droits non disponibles dans le pays ». VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo*, vol. 251/2016, Jan/2016, p. 391-426.

⁴⁶⁷ Comme extrait des art. 2, VI et 8, §1 du Code de déontologie des avocats, approuvé par la Résolution no. 02/2015 - CFOAB. Code d'éthique et de discipline de l'OAB. Disponible sur : <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirePDF?LivroId=0000004085>. Accès le : 18 juin 2021.

⁴⁶⁸ Il s'agit du décret-loi n. 4.657/1942 qui régit l'interprétation et l'application des lois de l'ensemble du système juridique brésilien.

⁴⁶⁹ COSTALDELLO, Angela Cassia *et al.* Reflexos da nova lei de introdução às normas do direito brasileiro (Lei nº 13.655/2018) na gestão urbanística das cidades, p. 519-548. In : VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019, p. 543.

situations litigieuses dans l'application du droit public.⁴⁷⁰ L'article précité reconnaît qu'il peut exister des conflits entre la Puissance Publique et les particuliers dans l'application de la loi donnant la possibilité de solutions consensuelles,⁴⁷¹ ce qui implique qu'elle admet l'existence des hypothèses dans lesquelles la perspective initialement défendue par l'Autorité publique ne s'applique pas immédiatement et unilatéralement, et que des solutions consensuelles peuvent s'avérer plus avantageuses. Dans ces cas, elle doit adopter des solutions proportionnées, équitables, efficaces et compatibles avec l'intérêt général.

Cet art. 26 est ainsi allé au-delà du débat sur l'indisponibilité de l'intérêt public et a établi le devoir de l'Administration d'évaluer la possibilité d'établir des engagements avec les parties intéressées⁴⁷², c'est-à-dire l'opportunité d'une action administrative consensuelle pour mieux servir les intérêts généraux,⁴⁷³ afin de configurer un « permis générique pour l'exécution des accords ».⁴⁷⁴ Dans une tentative de composer préventivement les intérêts, LINDB, dans l'art. 29, a insisté sur l'importance, pour le Pouvoir Public, de mener des consultations publiques.

Dans cette ligne de compréhension et de consolidation de la fonction administrative dialogique et consensuelle, il a été établi par la Loi n. 13.867/2019 une médiation en matière d'indemnités d'expropriation.⁴⁷⁵ L'année 2020 a elle aussi été marquée par une grande avancée sur ce sujet avec la loi n. 13 988/2020 sur des opérations au niveau fédéral relative à des crédits d'impôt ou non fiscaux, lorsque, en termes d'opportunité et de commodité, cette mesure sert l'intérêt public. Nous insistons sur les dispositions des articles 3 et 10, qui permettent l'initiative du débiteur dans la transaction. Un autre aspect pertinent est celui des

⁴⁷⁰ « Article 26. Afin d'éliminer les irrégularités, l'insécurité juridique ou une situation litigieuse dans l'application du droit public, y compris en cas de délivrance d'une autorisation, l'autorité administrative peut, après avoir entendu l'organe judiciaire et, le cas échéant, après avoir mené une consultation publique, et présenté des motifs d'intérêt général pertinents, prendre un engagement avec les parties intéressées, dans le respect de la législation applicable, qui ne prendra effet qu'à compter de sa publication officielle » (traduction libre).

⁴⁷¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública*. In : OLIVEIRA, Gustavo Justino. (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de. (Org.) **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 162.

⁴⁷² Ibid., p. 162, 164.

⁴⁷³ A cet égard, Rafael Schwind considère qu'il y a eu une « évolution de la pensée juridique concernant l'indisponibilité de l'intérêt public », il n'y a plus moyen de prétendre que l'Administration ne peut pas conclure d'accords. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública*. In : OLIVEIRA, Gustavo Justino. (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de. (Org.) **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 175.

⁴⁷⁴ FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público, p. 141-169. In : VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 158.

⁴⁷⁵ Conformément à l'art. 10-B du décret-loi 3365/41, inclus par la loi n. 13.867/2019, le particulier peut opter pour la médiation ou l'arbitrage par l'un des organismes ou institutions préalablement enregistrés.

dispositions de l'article 29, qui apportent une sécurité juridique aux agents publics qui agissent dans la conclusion de transactions en prévoyant une responsabilité uniquement en cas de faute intentionnelle ou de fraude.

Outre la profusion de législations concernant les hypothèses d'une administration en amiable composition, la seule interdiction expresse d'exécution de transactions, d'accord et de conciliation qui existait dans l'ordre juridique, l'art. 17, § 1 de la loi n. 8.429/1992, d'improbité administrative, a été révoquée avec la loi n. 13.964/2019, qui a admis l'exécution d'un accord de non-poursuite civile en cas d'irrégularité.

D'après ce qui a été brièvement exposé, il apparaît que le système juridique brésilien a convergé dans le sens de la priorité au dialogue et au consensus dans diverses perspectives et également en ce qui concerne la prévention et le règlement des différends. Tel est également le cas pour l'Administration Publique, par le biais de l'insertion incontestable de la Loi n. 13.140/2015, Loi sur la médiation, Code de procédure civile 2015 et LINDB. Ainsi, elle est reconnue comme « un véritable micro système pour favoriser le recours à la médiation au sein de l'Administration Publique »⁴⁷⁶.

La législation met en œuvre la proposition du préambule constitutionnel en déclarant que l'ordre est basé sur l'harmonie sociale et vise la résolution pacifique des différends, ainsi que la mise en œuvre des autres dispositions constitutionnelles telles que le principe d'efficacité et la garantie fondamentale au délai raisonnable du procès, ceux-ci s'ajoutant par réforme constitutionnelle. Ainsi, la Constitution de la République est guidée par la recherche de « solutions consensuelles et pacifiques », ainsi que par « la paix et l'apaisement des différends. »⁴⁷⁷

L'on identifie dans le système juridique brésilien des normes juridiques claires concernant la priorisation donnée à la solution consensuelle aux conflits. À partir de ce système, on extrait un vecteur interprétatif systématique⁴⁷⁸ et téléologique pour guider l'action administrative dans la mise en place de mécanismes de dialogue permettant des clarifications et des solutions consensuelles.

⁴⁷⁶ BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação com a Administração Pública*, p. 31-51. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 31.

⁴⁷⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 462.

⁴⁷⁸ En ce sens, il est rappelé que « toute la source est intégrée dans un ordre », ainsi, « l'interprétation d'une source ne se fait pas isolément » mais dans un contexte. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 390.

Le système juridique brésilien suit une tendance également présente dans d'autres pays orientée vers la déjudiciarisation et la préférence pour l'amiable composition des conflits. D'autres méthodes de règlement des différends ont revêtu beaucoup d'importance en raison d'une prétendue « crise de la justice civile » qui a favorisé le développement de méthodes alternatives de résolution des conflits liés à la justice étatique, ADR – *Alternative Dispute Resolution* – dans les pays de *common law* et MARC - Modes alternatifs de règlement des conflits – en France⁴⁷⁹, en ayant recours au contrat en tant que procédure de règlement amiable des litiges. Le mouvement en faveur de l'amiable composition s'accélère dans tous les domaines et « n'a pas épargné le droit public et plus précisément la justice administrative qui semblait, pour différentes raisons, initialement plus délaissée. »⁴⁸⁰

De plus, outre cet aspect lié à la juridiction, dans le contexte européen, des changements ont eu lieu dans les structures sociales et le système juridique réglementaire du fait du passage d'un ordre juridique imposé à un autre négocié, d'une réglementation autoritaire à une autre conventionnelle. C'est ce que l'on appelle la société contractuelle.⁴⁸¹ Ainsi, la relation entre la communauté et le gouvernement a changé, de sorte que le concept d'une décision judiciaire ou administrative imposée, sans ou avec une participation minimale et d'atomisation des sujets, ne conviennent plus en guise de principal modèle dans la réalité. C'est également ce qui ressort du droit brésilien si l'on se penche sur son système juridique, qui a été restructuré dans la perspective de la participation privée et de la collaboration avec le Pouvoir Public, de sorte que du fait de l'ajustement des intérêts, « la négociation est devenue un instrument indispensable de la fonction administrative ».⁴⁸²

Il n'y a aucune disposition dans le système juridique brésilien qui détermine que l'action administrative soit effectuée de manière impérative et unilatérale et que tout litige pouvant exister entre l'Administration et les particuliers doive être résolu dans la sphère judiciaire. Le système normatif ne s'accommode pas de l'omission administrative dans le sens de ne pas dialoguer avec la communauté et de ne pas résoudre les conflits de manière

⁴⁷⁹ Des modes alternatifs de résolution des conflits existent depuis longtemps, mais aujourd'hui le grand mouvement législatif de déjudiciarisation et de simplification procédurale en cours, est vain. « De l'approche principale, cette logique de déjudiciarisation peut paraître assez curieuse : alors que la justice étatique semble être la voie naturelle de règlement des litiges, l'on vient encourager – voire parfois imposer – l'utilisation de voies dérogatoires, déjudiciarisées, de règlement des différends. » CIMAMONTI, Sylvie ; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ : Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 5-6.

⁴⁸⁰ CIMAMONTI, Sylvie ; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ : Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 8.

⁴⁸¹ STORME, Marcel. Préface. In: CADIET, Loïc. (Dir.) **Médiation & arbitrage Résolution alternative des litiges** : justice alternative ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 7.

⁴⁸² BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. Coimbra: Almedina, 2017, p. 248.

consensuelle. Il existe en effet une incitation à la participation et à la résolution consensuelle des différends. Si l'Administration Publique peut servir l'intérêt général sans agir de manière impérative et en se montrant moins interventionnelle, en vertu du principe d'efficacité et de proportionnalité, elle doit privilégier toutefois l'action participative et consensuelle.⁴⁸³ Par ailleurs, du point de vue tridimensionnel du droit, dans une conception selon laquelle la norme juridique est « une synthèse intégrale de faits ordonnés selon des valeurs différentes », et l'application du droit implique un processus dialectique complémentaire entre les faits et les valeurs⁴⁸⁴, il est entendu que ce processus sera beaucoup mieux élaboré à partir de l'apport de faits et de valeurs réelles et non par le biais de celles estimées ou choisies par les autorités.

Le système juridique brésilien, comme illustré, « fait pression pour le règlement non accusatoire et non judiciaire des différends ».⁴⁸⁵ L'État doit optimiser sa réponse aux demandes de la communauté et il est raisonnable de s'interroger sur l'option la plus efficace, les méthodes en amiable composition telles que la médiation doivent en effet être utilisées non seulement en guise de déjudiciarisation⁴⁸⁶ et pour éviter de dépenser des ressources publiques limitées, mais principalement pour des raisons substantielles telles que leur grande efficacité dans la résolution des conflits,⁴⁸⁷ dans la réalisation des droits et dans l'amélioration des relations juridiques. Les solutions consensuelles pour les droits qui admettent des transactions au niveau administratif devraient être privilégiées.

Il existe un « devoir normatif » pour l'Administration de se structurer, de s'organiser et de chercher à adopter des techniques en amiable composition.⁴⁸⁸ Les prérogatives administratives, telles que l'unilatéralité et l'impératif, n'ont pas besoin d'être utilisées a priori, le dialogue, le consensus et l'ajustement constituent des manières administratives d'agir plus conformes à l'actuel État de droit démocratique, centré sur la dignité de la personne humaine et les droits fondamentaux, qui doivent primer sur les mesures unilatérales, d'imposition et

⁴⁸³ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 361.

⁴⁸⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 67.

⁴⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 52.

⁴⁸⁶ La déjudiciarisation, qui peut être « provisoirement entendue comme le mouvement tendant à l'éviction ou au recul du juge, est aujourd'hui la grande affaire de la justice du XXI^e siècle. » CIMAMONTI, Sylvie ; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ : Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 5.

⁴⁸⁷ OTEIZA, Eduardo. ADR methods and the diversity of cultures: the latin american case, p. 161-177. In: CADIET, Loïc. (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 169.

⁴⁸⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 52.

accusatoires. Une pléthore d'options législatives adaptées à « l'ouverture de portes multiples » à la solution et à la prévention des conflits dans l'Administration Publique, mais nécessitant des mesures matérielles, exécutives et concrètes, spécifiques à la fonction administrative, sont identifiées afin d'être ouvertes et correctement utilisées.⁴⁸⁹ De plus, a priori, on ne peut pas imaginer qu'une décision de justice soit meilleure qu'un accord dans lequel les personnes concernées agissent et délibèrent sur leurs propres droits.⁴⁹⁰

En corollaire d'une bonne administration, et afin d'effectuer une tutelle directe et immédiate, l'Administration a le devoir d'adopter les mesures de dialogue et de règlement des différends les plus efficaces. Il existe ainsi des situations dans lesquelles l'adoption de moyens administratifs en amiable composition devient une obligation, et pas seulement une option, pour l'administrateur public⁴⁹¹.

En tout cas, à partir de la simple illustration des normes expresses du système juridique brésilien, on peut voir que l'adoption de mécanismes d'amiable composition entre les individus et l'administration publique n'est pas interdite par la loi, et qui plus est, qu'au contraire, elle est souhaitée par l'ordre juridique, notamment par la Constitution de la République et la législation nationale des trente dernières années. Ainsi, les solutions administratives d'auto-composition sont soutenues par l'art. 37 de la Constitution de la République, notamment dans les principes de légalité, d'efficacité⁴⁹² et de moralité.

Il ressort d'une analyse systématique et téléologique du système juridique brésilien menée sur les solutions consensuelles entre le Pouvoir Public et ceux privés, par force

⁴⁸⁹A cet égard, il est indiqué qu'« il ne suffit pas que des ADR soient mis à disposition au Brésil sans que chacun de ces mécanismes soit correctement orienté et interconnecté, également parallèlement au processus judiciaire commun, pour former un système de règlement des différends qui aille au-delà de la garantie formelle d'accès à la justice. » MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, vol. esp., p. 288-311, Porto Alegre: 2018, p. 295.

⁴⁹⁰NORMAND, Jacques. Clôture sur médiation. In: CADIET, Loïc. (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 200. Watanabe souligne que la pacification sociale est le plus important dans le travail des professionnels du droit et, dans cette ligne, souligne qu'un accord à l'amiable est « plus pertinent pour le juge, (...) qu'une condamnation brillante prononcée et qui sera confirmée par les juridictions supérieures. » WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação, p. 42-50. In: DELGADO, José; et. al. Mediação: um projeto inovador. **Cadernos do CEJ**, 22. Brasília: CEJ, CJF, 2003, p. 50. Disponible sur: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Accès le: 22 mars 2021.

⁴⁹¹BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, p. 237-258. In: MOREIRA, Antônio Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 248.

⁴⁹² Comme aussi soulignent BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda. Meios adequados de solução de conflitos em contratos de obras e serviços de engenharia, p. 402-412. In: BRAGANÇA, Fernanda et al. (Org.). **Solução de conflitos e sociedade**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021, pp. 408.

normative, que celles-ci doivent en priorité être adoptées par l'administration.⁴⁹³ Il n'existe pas une autorisation à l'omission administrative, un empêchement au dialogue et à chercher une composition amiable, renvoyant les conflits administratives à la juridiction. Bien au contraire, il est même reconnu le droit à une protection administrative effective, qui conditionne la reconnaissance et la mise en œuvre des droits par le biais de l'Administration.⁴⁹⁴ Cette fois, la fonction administrative dans l'État de droit démocratique brésilien, par disposition normative expresse, du guide constitutionnel systématique et téléologique, exige l'adoption prioritaire de mécanismes de résolution et de prévention des différends, propices au dialogue et au consensus entre les individus et l'Administration publique.

3.3 LA MEDIATION COMME MECANISME REGLEMENTANT A L'AMIABLE LA RESOLUTION ET LA PREVENTION DES CONFLITS ENTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES PARTIES PRIVÉES

Si l'on analyse le système juridique brésilien, qui s'inscrit dans la lignée d'autres pays, notamment la France, il est possible d'y identifier une tendance normative et la mise en place de mécanismes dialogiques-consensuels entre la communauté et le Pouvoir Public, dans l'exercice de ses fonctions étatiques, ce qui inclut la tendance à démocratiser la fonction administrative étatique. L'étude proposée se concentre sur ce point.

En ce qui concerne l'action administrative, la participation au dialogue et au consensus avec la collectivité peut intervenir à différentes étapes et au moyen de divers instruments, dans l'exercice du pouvoir normatif, dans l'établissement des décisions⁴⁹⁵, dans leur exécution ou dans la fonction juridictionnelle administrative. Le consensus dans la fonction judiciaire

⁴⁹³ On voit que l'ordonnancement est en grande partie orienté vers la pacification sociale. AZEVEDO, André Gomma de (Org.) 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 35.

⁴⁹⁴ Le droit à la protection administrative implique la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux dans l'exercice de la compétence administrative « sans avoir besoin de contrainte, en termes administratifs ou juridictionnels. Cela évite d'avoir à engager des poursuites pour réclamer leur réalisation, ou de poursuivre celles qui ont déjà été déposées, en augmentant le taux de satisfaction des droits fondamentaux et en dégageant le pouvoir judiciaire des petites poursuites, qui proviennent du refus de l'État de se conformer volontairement à ses obligations constitutionnelles et légales envers les citoyens. » HACHEM, Daniel Wunder. Crise do poder judiciário e a venda do sofá. o que a administração e a advocacia pública têm a ver com isso? **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**, 301/2016. São Paulo: RT, 2016.

⁴⁹⁵ Les conseils municipaux représentent un mécanisme pertinent de participation de la communauté et de dialogue avec le Pouvoir Public, se traduisant par la « plus grande correspondance au modèle de gestion publique partagée, ainsi qu'au principe démocratique ». BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015, p. 249.

fait référence à la prévention et à la résolution des conflits⁴⁹⁶ et peut se faire par le biais de commissions de conflits, d'accords substitutifs,⁴⁹⁷ ainsi que par le biais de la négociation, la conciliation et la médiation.⁴⁹⁸

Dans l'éventail des mécanismes de dialogue et de consensus entre la communauté et le Pouvoir Public, l'on trouve les formes en amiable composition de prévention et de résolution des conflits, appelées ainsi parce que les personnes impliquées, à travers le dialogue, chercheront des solutions consensuelles, construites à partir de leur participation et de leur collaboration respectives, ce qui diffère, en somme, des solutions adjudicatives – « hétéro-compositives » - dans lesquelles un tiers décide de la manière dont le conflit doit être résolu. Et, afin de délimiter l'objet de cette étude, à l'intérieur du panorama général traité, il a verticalisé le focus qui se tourne vers la médiation administrative comme s'il s'agissait d'une forme en « amiable composition », ou en « équité » de prévention et de résolution de conflit.

Un conflit survient lorsque les parties ont des objectifs différents, des perceptions divergeant de ceux-ci et les croient incompatibles.⁴⁹⁹ Il s'agit là d' « une partie de la complexité inhérente aux phénomènes humains, la négation de la légitimité du conflit est la négation de l'humain ». ⁵⁰⁰ Il existe cependant des situations dans lesquelles les interdictions et les obligations des normes sont claires et évidentes dans le cas concret où le conflit tend à ne pas exister ou est plus facilement résolu. La difficulté est plus grande lorsque plusieurs comportements sont autorisés et, tout du moins a priori, incompatibles.

L'incidence la plus sévère de la légalité dans la sphère publique ne suffit pas à exclure d'éventuels conflits, car il est fréquent qu'il existe des espaces normatifs qui admettent, tout

⁴⁹⁶ MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 16, n. 31, Jan./Jun. 2014. A respeito MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, 231, Rio de Janeiro, Jan/Mar, 2003, 129-156, p. 152-155.

⁴⁹⁷ Selon Diogo de Figueiredo Moreira Neto, les comités de conflits sont permanents pour agir chaque fois qu'il est possible et imminent qu'émerge un conflit d'intérêts relevant de sa compétence. Les accords substitutifs sont des instruments administratifs occasionnels chaque fois qu'il est constaté qu'une décision unilatérale dans une procédure peut être avantageusement remplacée par un accord dans lequel l'intérêt public peut être mieux servi et où, dans cette hypothèse, l'auteur exemplifie avec les dispositions de l'art. 5°, § 6°, de la loi n° 7.347/1985. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, 231, Rio de Janeiro, Jan/Mar, 2003, 129-156

⁴⁹⁸ L'arbitrage peut être envisagé sous l'angle consensuel en ce qui concerne l'accord des parties pour soumettre un éventuel conflit à l'arbitrage et le consensus quant à la définition de la chambre arbitrale et des arbitres. La décision arbitrale est cependant imposée, elle est déterminée par l'arbitre et n'est pas le résultat d'un consensus entre les parties.

⁴⁹⁹ Le conflit peut être défini comme un processus ou un état dans lequel deux ou plusieurs personnes diffèrent en raison de buts, d'intérêts ou d'objectifs individuels perçus comme mutuellement incompatibles. YARN, Douglas H. *Dictionary of Conflict Resolution*. San Francisco : Jossey Bass, 1999, p. 113. *Apud* Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF : Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2012, p. 27.

⁵⁰⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 94.

du moins dans un premier temps, des interprétations et des mesures variées. « Administrer c'est agir ; mais agir, c'est satisfaire certains et en mécontenter beaucoup d'autres. »⁵⁰¹ Les impasses s'avèrent inévitables dans les performances administratives où de nombreux intérêts sont en jeu, ainsi que des législations, des exigences et des possibilités, mais, en règle générale, sur la base de ressources limitées.⁵⁰² Le système juridique ne suffit pas, à lui seul, à résoudre le conflit.⁵⁰³

La procédure employée afin de régler le conflit peut le renforcer au lieu de le résoudre ou le solutionner formellement temporairement, alors que d'autres méthodes peuvent pour leur part contribuer à trouver des solutions plus larges, ayant des effets positifs directs et indirects.

Le pouvoir public s'est consacré à la recherche de mesures de résolution des conflits qui ne consistent pas à imposer le pouvoir du plus fort, ni même de l'État, ou qui ne tiennent pas compte de la participation directe du citoyen à la solution.⁵⁰⁴ L'objectif est de trouver des solutions qui ne soient pas seulement considérées comme adéquates en termes de contenu, mais également construites grâce à la collaboration de la communauté. C'est pourquoi les méthodes d'autocontrôle sont encouragées afin de répondre aux besoins de la communauté et de renforcer les relations et le tissu social.⁵⁰⁵

Au milieu des années 1970, surtout aux États-Unis et en Europe, l'on assiste à la multiplication et à la diversification des modes alternatifs, ce y compris dans des domaines intensément judiciairisés, même en droit pénal et administratif.⁵⁰⁶ Du fait de la reconnaissance accrue des droits de l'homme et de la dignité humaine, ainsi que du plus grand désir de participation démocratique, les méthodes participatives de prise de décision, telles que la médiation, se sont développées dans une perspective contemporaine.⁵⁰⁷

⁵⁰¹ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 1356.

⁵⁰² COSTALDELLO, Angela Cassia; et. al. Reflexos da nova lei de introdução às normas do direito brasileiro (Lei nº 13.655/2018) na gestão urbanística das cidades, p. 519-548. In: VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 521.

⁵⁰³ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 57-58.

⁵⁰⁴ CARDOZO, José Eduardo. Prefácio. In: Azevedo, André Gomma (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 9.

⁵⁰⁵ CARDOZO, José Eduardo. Prefácio. In: Azevedo, André Gomma (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 9.

⁵⁰⁶ Diverses expériences de recours à la médiation dans les litiges publics aux États-Unis d'Amérique sont mentionnées par MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 39-40.

⁵⁰⁷ Il convient de noter que la pratique de la médiation remonte à plusieurs périodes historiques et différents contextes, à cet égard, MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32-34.

Dans les processus d'amicable composition, les personnes impliquées doivent dialoguer, comprendre les divers points de vue, les intérêts et chercher ensemble des solutions afin de prévenir ou de résoudre les conflits. Dans cette méthodologie, ce sont les parties qui sont les protagonistes, non seulement elles participent, mais elles contribuent également à la solution, qu'elles construisent conjointement, pour faire émerger une solution appropriée à la réalité des faits et dans les limites de la légalité. Et, puisqu'il s'agit d'une amiable composition administrative, l'une des parties concernées est l'administration publique. Ainsi, l'amicable composition ou l'arbitrage en équité administrative comprend des mécanismes de dialogue et de consensus, tels que la médiation, dans lesquels l'Administration publique et les autres personnes impliquées⁵⁰⁸ préviendront et résoudront les controverses de manière administrative, c'est-à-dire sans dépendre de l'activité juridictionnelle.

Il est soutenu, à partir de ce qui a été exposé précédemment dans cette étude, dans une perspective démocratique et dialogique, que l'activité de composition doit être développée dans l'exercice de la fonction administrative. On n'exclut pas la possibilité, et la pertinence, d'une amiable composition avec l'Administration qui se produit dans le Pouvoir Judiciaire à n'importe quelle étape du processus judiciaire, mais l'on défend qu'il est nécessaire que la fonction administrative envisage l'amicable composition dans son exécution et la privilégie. L'accès à la justice ne doit pas être confondu avec celui au pouvoir judiciaire⁵⁰⁹ et doit être assuré de manière directe et immédiate par l'administration publique elle-même, en guise de prévention et résolution des conflits, en confiant au pouvoir judiciaire ceux qui ne peuvent être ainsi prévenus ou réglés.⁵¹⁰ L'acheminement administratif de la contestation et des mécontentements, « c'est une garantie de crédibilité et de pérennité » pour l'Administration, car il convient de « laisser sans issue les frustrations et les rancœurs dont l'accumulation serait instigatrice de plus grands périls pour l'autorité de l'Administration. »⁵¹¹

⁵⁰⁸ Il peut s'agir d'autres entités publiques ou administratives, mais l'objet de cette étude est quoi qu'il en soit l'individu, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale.

⁵⁰⁹ L'accès à la justice est d'une « importance capitale » parmi les nouveaux droits individuels et sociaux, puisque la propriété des droits n'a pas de sens, en l'absence de mécanismes pour leur revendication effective. « L'accès à la justice peut donc être considéré comme l'exigence fondamentale – le plus fondamental des droits de l'homme – d'un système juridique moderne et égalitaire qui cherche à garantir, et pas seulement à proclamer les droits de tous. ». CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. NORTHFLEET, Ellen Gracie. (Trad.). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 5.

⁵¹⁰ « L'accès à la justice apporte implicitement le principe d'adéquation » de manière à « obtenir une solution adéquate aux conflits, [...] en temps opportun ». WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação, p. 42-50. In: DELGADO, José; et. al. Mediação: um projeto inovador. **Cadernos do CEJ**, 22. Brasília: CEJ, CJF, 2003, p. 45. Disponible sur : <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Accès le : 22 mars 2021.

⁵¹¹ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 1357.

Malgré les dispositions législatives, les solutions d'amiable composition sont encore peu utilisées dans la pratique, sans pour autant les utiliser dès que possible». Afin de généraliser la prévention et la résolution administrative, certains débats concernent l'utilisation préalable obligatoire de la médiation et d'autres modes non juridictionnels de résolution de conflits comme un moyen de renforcer son utilisation.⁵¹² Il est également évident que le droit administratif est dépassé⁵¹³ et qu'il n'utilise pas les instruments les plus variés qui permettent de régler les conflits et d'atteindre l'efficacité administrative, indépendamment de l'interpellation judiciaire suscitée par un individu.⁵¹⁴ Par exemple, dans les sujets poussant constamment les particuliers à réclamer que justice soit rendue dans le cadre d'un procès contre le Pouvoir Public, tels que les compensations, les appels d'offres, les soumissions, les politiques publiques et les prestations de sécurité sociale et d'aide sociale, l'utilisation de mesures d'amiable composition demeure encore limitée, ce en particulier dans la sphère administrative.⁵¹⁵

L'on constate que la législation, en particulier la loi sur la médiation, n'intervient pas seulement pour « innover les textes juridiques », mais également dans le but de « renouveler la mentalité que l'on a du Droit » en solutionnant consensuellement des conflits, et que l'Administration doit participer à ce renouvellement⁵¹⁶ en adoptant l'option législative consistant à établir des règles pour réglementer l'amiable composition administrative, de sorte qu'elle recouvre et prévoie l'adoption de diverses formes de composition du conflit, y compris la médiation. Ainsi, la loi sur la médiation offre à l'administration un système multiple de résolution adéquate des conflits.

⁵¹² SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 218.

⁵¹³ En ce sens, Rodríguez-Arana Muñoz souligne que Rodríguez-Arana Muñoz « *Si la dignidad del ser humano y el libre y solidario desarrollo de su personalidad son el canon fundamental para medir la temperatura y la intensidad del Estado social y democrático de Derecho, entonces es llegado el tiempo en el que de una vez por todas las técnicas del Derecho Administrativo se diseñen de otra forma. De una forma que permita que los valores y parámetros constitucionales sean una realidad en la cotidianidad. Si el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado, no hay otro camino.* » RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social). **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015, p. 30.

⁵¹⁴ Comme l'ont relevé HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 257-258.

⁵¹⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 227-228.

⁵¹⁶ MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou « enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade ». **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015, p. 24. Disponible sur : <http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodeestudos/bibliotecavirtual.aspx?tipoPublicacao=82>. Accès le : 25 avril 2021.

La garantie fondamentale du droit de pétition, ancienne dans le système juridique brésilien, est sous-utilisée et mal interprétée dans l'administration publique. En général, les procès intentés contre le pouvoir public sont rarement précédés de demandes administratives⁵¹⁷ en raison de l'insuffisance de canaux et de procédures adaptés aux demandes, aux manifestations de la collectivité. L'excès de poursuites judiciaires est en grande partie dû à « l'absence totale de proximité entre l'administration et les citoyens, ainsi qu'au manque de moyens pour parvenir à la pacification des conflits internes». ⁵¹⁸

Les méthodes auto-administratives de résolution des conflits se situent entre les recours et le contrôle judiciaires, entre l'utilisation du pouvoir judiciaire et le recours direct à l'Administration dans le but que celle-ci, dans l'exercice de l'auto-tutelle, révise ses décisions.

519

Afin que soit réalisée l'amicable composition, certaines prérogatives administratives unilatérales devraient être supprimées en faveur du dialogue et de la co-construction de solutions, en les rendant compatibles avec les principes qui guident la médiation et l'Administration publique. L'élimination de l'action administrative imposée en faveur de solutions dialogiques ne signifie pas pour autant que sont violés les principes qui régissent le régime de l'administration publique. Les solutions dialogiques tendent à mieux réaliser ces principes, étant donné que leur consécration se produit dans un État de droit démocratique, dans le contexte d'une ample reconnaissance de l'être humain.

L'amicable composition, surtout si elle est développée dans la sphère administrative, exige et promeut un nouveau format de relation juridique entre l'Administration et les individus, plus proche et horizontal, imprégné de coopération⁵²⁰, davantage approprié à l'Administration publique démocratique. ⁵²¹

Parmi les formes en amiable composition, il convient de distinguer *la négociation*, la *conciliation* et la *médiation*.⁵²² Ces trois modes de résolution des conflits sont menés par les

⁵¹⁷ DAVI, Kaline. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, ano 7, n. 16, p. 183-196, 2008, p. 195.

⁵¹⁸ L'auteur, avocat public, défend la réglementation du droit de pétition afin que, dans la mesure du possible, l'Administration résolve les conflits découlant de sa fonction de manière interne, sans que le pouvoir judiciaire intervienne. DAVI, Kaline. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, ano 7, n. 16, p. 183-196, 2008, p. 195.

⁵¹⁹ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 1360, note 1029.

⁵²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 63.

⁵²¹ Il existe un mécontentement croissant à l'égard des « processus décisionnels autoritaires » qui ne correspondent pas à la volonté du peuple. MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 34.

⁵²² D'autres possibilités ne sont pas exclues.

parties, qui forment la résolution ensemble, avec ou sans la facilitation d'une tierce partie. Le mode de solution se caractérisant par l'hétéro-composition, menée par un tiers qui tranchera le conflit pour les parties, comme le juge dans les procédures judiciaires et l'arbitre dans les procédures d'arbitrage, en diffère.

Les formes en amiable composition ou en arbitrage équité - négociation, conciliation et médiation - sont basées sur des négociations entre les parties, qui sont développées par le biais de différentes procédures. Dans la *négociation*, l'on trouve les parties⁵²³, deux ou plus, qui sont assistées par des avocats, par des négociateurs, chacun défendant ses intérêts, mais essayant de les composer avec les autres⁵²⁴, sans qu'elle se caractérise pour autant par la présence et l'intermédiation d'un tiers neutre et impartial facilitant le processus délibératif. Dans la *conciliation*, est présent un tiers impartial, le conciliateur, qui facilite la communication entre les parties et peut intervenir dans la proposition de solutions liées aux intérêts des personnes impliquées. Dans la *médiation*, est également présent un tiers impartial, cependant, son rôle est plus intense au sens où il emploie des techniques pour assurer le dialogue entre les parties, afin que leurs intérêts soient dévoilés et qu'elles trouvent les meilleures solutions.⁵²⁵ Le médiateur joue un rôle prépondérant dans la communication, mais ne doit pas pour autant interférer dans la proposition de solutions.⁵²⁶ La *conciliation* est quant à elle davantage axée sur la facilitation de l'accord et le conciliateur y adopte une posture plus active dans la conduite de celui-ci⁵²⁷, tandis que la médiation, à partir de l'amélioration du dialogue entre les parties impliquées, facilitée par le médiateur, réalise une analyse plus large du contexte afin d'inciter les parties à exprimer leur avis sur l'accord.

La médiation présente une structure ternaire, ce qui la distingue de la négociation. « Il n'y a jamais de médiations directes », sans le tiers, l'intermédiaire. En dehors de sa structure, elle est aussi ternaire dans ses résultats, « ce qui la distingue radicalement de la justice », qui «

⁵²³ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

⁵²⁴ « L'étymologie de la négociation la situe dans l'univers du marchandage. Il y a discussion en vue de se rapprocher. [...] En outre, la négociation peut s'inscrire dans un rapport de force impitoyable, au contraire le processus de médiation garantit une communication éthique préservant l'égalité de dignité entre les médiateurs. » GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation.** Paris : PUF, 2020, p. 78.

⁵²⁵ La médiation est considérée comme plus efficace pour l'amiable composition des intérêts, à travers la stimulation du médiateur pour qu'ils soient satisfaits de la meilleure façon. Le médiateur « sert de lien entre les parties intéressées afin de les encourager à trouver une solution à leur controverse - transformant le désaccord conflictuel en un accord consensuel ». MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Administração pública e mediação: notas fundamentais*, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila. *et al. Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação.* Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 53.

⁵²⁶ Surtout en facilitant la médiation, comme cela est indiqué, par exemple, par SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos** : negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 55-62.

⁵²⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 72.

est binaire dans son résultat », la mission de la justice est de trancher le litige.⁵²⁸ Il y a une « conciliation » dans l'hypothèse où le tiers « ne remplit pas toutes les conditions que doit absolument remplir le tiers dans le cadre de la médiation »⁵²⁹.

La médiation s'avère efficace parce qu'elle est modérément solennelle, qu'elle exige engagement et respect, et qu'elle encourage les parties à construire elles-mêmes une solution, sans qu'un tiers décide pour elles. L'environnement de la médiation est établi en vue de la participation et la collaboration, et non pour la polarisation. Ce qui est à venir est valorisé. Dans cette intention de délibération⁵³⁰ et de co-construction, le rapport juridique établi dans l'amicable composition doit être d'égalité juridique. Dans la procédure, les parties doivent bénéficier des mêmes opportunités, du même espace pour parler, écouter, participer et collaborer. Rien ne devrait leur être imposé.

Au-delà de la résolution des conflits, la médiation est, avant tout, « un processus de communication éthique ». Ainsi, elle est reconnue pour la responsabilité et pour l'autonomie des parties qu'elle suscite, grâce auxquelles un tiers, avec l'autorité admise pour les composants, de façon neutre et impartiale « favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause. ».⁵³¹ La médiation est un outil de « rétablissement ou d'établissement de la communication » qui « apporte l'hormone de confiance permettant la relation et la résilience sociales » et rend propice la résolution des conflits. Les conflits ne font pas partie de la définition de la médiation, mais cette dernière ne l'empêche pas pour autant de régler efficacement les conflits.⁵³² Néanmoins, il ne faut pas restreindre la médiation « à une simple technique de règlement non juridictionnel des conflits », car il s'agirait d'une réduction attentatoire à l'autonomie et la plus réductrice de sa nature.⁵³³

La médiation, en tant que processus de communication, permet d'améliorer les manifestations et la compréhension entre les personnes impliquées, rend possible la discussion d'autres aspects, non seulement juridiques, par les parties, et révèle les valeurs et les perspectives à partir desquelles les personnes impliquées interprètent le conflit.⁵³⁴

⁵²⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 69.

⁵²⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 76.

⁵³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54.

⁵³¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 68.

⁵³² Ibid.

⁵³³ Ibid., p. 78.

⁵³⁴ Comme on le voit, le conflit implique d'autres problèmes sous-jacents, il « est le résultat de perceptions et de positions divergentes concernant des faits et des comportements qui impliquent des attentes, des valeurs ou des intérêts communs ». L'intégration passe par « une relation dialectique entre affirmation de soi et reconnaissance

Grâce à la capacité de la médiation à (ré)établir la communication et les liens sociaux, les parties, qui occupent initialement des positions antagonistes, peuvent résoudre le conflit par le dialogue.⁵³⁵ Selon Habermas, les actes de langage servent à « la production (ou au renouvellement) de relations interpersonnelles. »⁵³⁶ L'action communicative se présente comme une voie d'intégration et de stabilité.⁵³⁷ La médiation est ainsi considérée comme un « processus pacifique et non contradictoire d'ajustement des conflits », qui vise à adapter les personnes à la loi, en construisant sa propre structure à partir des règles pertinentes pour les personnes impliquées.⁵³⁸

La médiation a pour objectif spécifique de chercher les raisons sous-jacentes du conflit apparent, les intérêts et les besoins réels des parties. Le passage de l'apparence au réel est précisément ce qui permet d'identifier des aspects communs, des rapprochements entre les différentes personnes impliquées et d'entrevoir des solutions potentielles qui les satisfassent⁵³⁹ au-delà du conflit initialement supposé. En médiation, il existe un processus d'intégration pour la résolution des conflits dans un processus dans lequel l'individu et la communauté s'organisent et s'intègrent. En tant que processus, l'intégration vise à trouver, confronter et unifier les désirs et les intérêts des différentes parties et ne constitue pas seulement un engagement, mais un processus créatif visant à générer collectivement de nouvelles idées.⁵⁴⁰

Le médiateur agit afin d'encourager et de faciliter la recherche d'une solution par les parties, sans décider à leur place, et diffère en ceci de l'arbitrage. Les enjeux du conflit sont isolés et les options associées à une décision consensuelle sont analysées.⁵⁴¹

En tant qu'instrument administratif-consensuel de dialogue, la médiation représente une possibilité d'obtenir des solutions négociées, dans lesquelles les décisions administratives

». VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 19, 38.

⁵³⁵ SPENGLER, Fabiana Marion; MARCANTÔNIO, Roberta. Considerações sobre a teoria da ação comunicativa de Habermas e a mediação como forma de promover a comunicação para o tratamento de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 41/2014, p. 313-329, Abr-Jun, 2014.

⁵³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013, p. 167.

⁵³⁷ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 152-153.

⁵³⁸ SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciousa para conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 156.

⁵³⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

⁵⁴⁰ Selon la théorie de Mary Parker Follet du XX^{ème} siècle. HÉON, François *et al.* Mary Parker Follett: Change in the Paradigm of Integration. *In*: Szabla D., Pasmore B., Barnes M., Gipson A., p. 1-22. **The palgrave handbook of organizational change thinkers**. London: Palgrave MacMillan, 2017, p. 2, 7. Disponible sur : https://www.researchgate.net/publication/318578862_Mary_Parker_Follett_Change_in_the_Paradigm_of_Integration. Accès le : 28 jun. 2021.

⁵⁴¹ SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciousa para conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 158.

sont établies à partir de la pondération⁵⁴² et, surtout, à travers la « *réciprocité des concessions* », dès lors que tous les participants cèdent sur certains aspects afin de parvenir à l'harmonisation d'intérêts jusqu'alors opposés.⁵⁴³

Dans la médiation, reposant sur le dialogue, un échange consensuel est effectué en vue de former un consensus sur des questions controversées. Elle exige donc une reconnaissance et une compréhension mutuelles des revendications.⁵⁴⁴

« Le champ de la médiation n'a pas de limite. Il englobe tous les secteurs de l'activité humaine, de la sphère la plus intime à la plus publique. La médiation concerne les personnes publiques aussi bien que les particuliers». ⁵⁴⁵

Luciane Moessa de Souza souligne que, compte tenu de la relation constante entre les citoyens et les entités privées avec l'État, la médiation s'avère être une méthode de résolution des conflits pertinente pour le Pouvoir Public, car elle est pédagogique et transformative, ce qui permet d'apprendre des conflits et, ainsi, d'évoluer positivement face aux nouveaux conflits susceptibles de naître de la relation.⁵⁴⁶ Elle est capable de générer des aspects positifs tels qu'une plus grande rapidité dans la reconnaissance des droits et l'économie des ressources, en ayant des répercussions bénéfiques sur la communauté. ⁵⁴⁷

La médiation administrative, outre sa tentative de résoudre un certain conflit⁵⁴⁸, permet d'/de (ré)établir des dialogues et des relations entre les personnes et l'État, ce qui est fondamental. Elle peut promouvoir l'éducation, la citoyenneté, les droits de l'homme et la démocratie.⁵⁴⁹ Les techniques de médiation employées dans la relation entre les individus et le Pouvoir Public permettent de renforcer le tissu social.

⁵⁴² En ce sens, l'auto-composition tend à permettre une solution complète qui satisfasse les parties et renoue le dialogue entre elles. Il se tourne vers la recherche d'une composition « une pondération » de leurs intérêts dans diverses dimensions, afin que chaque partie tende à l'emporter, « gagnant-gagnant ». CADIET, Loïc ; CLAY, Thomas. **Les modes alternatifs de règlement des conflits**. 3.ed. Paris : Dalloz, 2019, p. 23.

⁵⁴³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008, p. 8. Disponible sur : <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53908>. Accès le : 14 août 2017.

⁵⁴⁴ SPENGLER, Fabiana Marion; MARCANTÔNIO, Roberta. Considerações sobre a teoria da ação comunicativa de Habermas e a mediação como forma de promover a comunicação para o tratamento de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 41/2014, p. 313-329, Abr-Jun./2014.

⁵⁴⁵ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 8.

⁵⁴⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 140.

⁵⁴⁸ En ce sens, Kazuo Watanabe considère que la médiation ne doit pas être utilisée comme un moyen de réduire le nombre d'affaires dans le système judiciaire car son principal objectif est de « donner un traitement approprié aux conflits ». WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação, p. 42-50. In: DELGADO, José; et. al. Mediação: um projeto inovador. **Cadernos do CEJ**, 22. Brasília: CEJ, CJF, 2003, p. 45. <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>

⁵⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 66.

Au Brésil, la médiation administrative, insérée dans le spectre de l'amicable composition, a été spécifiquement réglementée par la loi 13.140/2015 et se révèle être un instrument ayant la potentialité, simultanément, d'améliorer la démocratie et la légitimité de l'action administrative, puisqu'il s'agit d'un mécanisme de dialogue et de consensus, et d'étendre l'efficacité administrative. Compte tenu de la législation existante, ainsi que du système juridique actuel au Brésil, l'adoption de la médiation dans l'Administration Publique « n'est pas une question purement théorique », mais tient au devoir de proposer la tentative de l'amicable composition⁵⁵⁰ « comme une exigence pour la future installation légitime de conflit d'intérêts avec décision hétérogène ».⁵⁵¹ Avec encore plus d'insistance, la solution consensuelle dans les conflits collectifs est considérée comme plus appropriée, en général, dès lors qu'elle est associée à des questions techniques et juridiques complexes, à de nombreuses informations et des collisions potentielles entre les droits fondamentaux.⁵⁵²

Le recours de l'administration à la médiation est considéré comme un moyen permettant d'établir un espace impartial et plus horizontal de dialogue avec les parties prenantes, grâce à des chambres de médiation et à des médiateurs utilisant des techniques qui facilitent la résolution des controverses.⁵⁵³

Dans les méthodes en amiable composition et, surtout, dans la médiation, ce sont les parties elles-mêmes, à partir du dialogue mené par le médiateur, qui construisent les solutions pertinentes. Le médiateur facilite le dialogue entre les parties, afin de réduire les obstacles culturels, éducatifs, sociaux, économiques, techniques, entre autres, et de permettre de tenter d'identifier les intérêts communs et les possibilités. La technique en amiable composition de la médiation s'avère pertinente pour l'Administration Publique car elle « rend horizontale et équilibrée la position des parties impliquées » en faveur des transactions, dans les limites possibles de la négociation, en vue de la sécurité juridique, de la paix sociale, de l'effectivité des droits et de l'efficacité.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ Il y a compréhension au sens où la législation accorde une compétence de composition à l'Administration « de manière expresse et indéniable », raison pour laquelle elle doit se conformer à la loi, sous peine d'agir *contre la loi*. MOREIRA, Egon Bockmann ; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila et al. **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 46.

⁵⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila et al. **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 46.

⁵⁵² SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 143.

⁵⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila et al. **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 45.

La médiation est donc l'un des instruments disponibles afin d'apporter une solution négociée aux conflits⁵⁵⁵ et ce, parce qu'elle présuppose nécessairement la participation active des personnes impliquées et l'exposition de leurs besoins. Si elle est adoptée dans la sphère administrative, elle peut servir de mécanisme de rapprochement et d'intégration de la collectivité dans le Pouvoir Public. Ainsi, la médiation peut réduire les coûts publics et privés en permettant de mettre en œuvre des solutions plus rapides, simples, flexibles et créatives, donc davantage appropriées à la réalité⁵⁵⁶, à partir de la co-construction des personnes impliquées, de l'Administration et des individus, ce avec une potentielle plus grande efficacité dans la protection de l'intérêt général.⁵⁵⁷

En revanche, la rationalité contradictoire dans laquelle l'un perd et l'autre « gagne », lorsqu'il s'agit de la puissance publique, peut constituer une perte ou un risque excessif pour nombre d'individus, voire pour les générations futures. La médiation, à son tour, présente comme avantage sa vision du futur, à travers un processus flexible dans lequel les participants incluront et excluront des éléments de leurs perspectives, ce y compris dans ce qui se réfère à l'Administration Publique,⁵⁵⁸ ce qui nous permet de déduire que son utilisation est possible dans différentes structures administratives.

La législation prévoyant l'adoption de mécanismes d'autocontrôle de l'Administration, bien que non obligatoire et sans que des sanctions soient appliquées dans ce cadre, ne signifie pas que l'administrateur n'a pas le devoir d'évaluer son incidence dans des cas concrets, où il n'est pas possible de la considérer comme nulle. Cela signifie que la fonction administrative a acquis le pouvoir et le devoir de délibérer, en fonction du cas concret, en trouvant et

⁵⁵⁵ En ce sens, le rapport est pertinent : « J'ai vu que le palais de justice à portes multiples pouvait promouvoir cette possibilité pour les citoyens de faire l'expérience de la participation en choisissant le processus de résolution des conflits, en faisant l'expérience d'une forme différente de résolution des conflits, et en ayant plus d'options – pas seulement la salle d'audience et la coercition du tribunal comme principaux mécanismes de résolution des conflits ». SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the Multi-Door Courthouse. **University of St. Thomas Law Journal**, vol. 5, p. 665-674, 2008, p. 668. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221. Accès le : 3 juin 2021.

⁵⁵⁶ Même parce que « négocier, c'est générer des solutions, pas des problèmes ». MOREIRA, Egon Bockmann. Negociações público-privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei, p. 29-32. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31.

⁵⁵⁷ Les potentiels avantages de la médiation pour les intérêts publics seront examinés plus avant. La perspective d'efficacité envisagée se concentre sur la meilleure réalisation des principes et objectifs fondamentaux de la République et des droits et garanties fondamentaux, d'une manière compatible avec l'État de droit social et démocratique, avec l'amélioration du niveau de vie de la société et la mise en œuvre des participations des institutions démocratiques. GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito público. São Paulo: Manole, 2003, p. 18-19, 122.

⁵⁵⁸ BRAGA NETO, Adolfo. Mediação com a Administração Pública, p. 31-51. In: MOREIRA, António Júdice; *et. al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 48.

explicitant la manière la plus adéquate de résoudre les éventuels conflits. Le devoir de la bonne administration exige la prépondérance des solutions administratives immédiates, ce qui inclut l'amiable composition, tout spécialement la médiation, la solution judiciaire étant destinée aux affaires qui ne comportent pas la composition des intéressés ou dans lesquelles elle n'a pas réussi. Dans l'exercice de la fonction administrative, l'Administration doit appliquer la légalité avec plus d'efficacité et d'efficacités.⁵⁵⁹ Il lui faut tenir compte de la finalité engendrée par la médiation administrative et de l'accord susceptible d'en découler.

Parmi les possibilités de résolution des conflits, la médiation est appropriée à l'Administration Publique parce que la solution négociée s'adapte aux déterminations constitutionnelles, car elle permet de donner lieu à des solutions pacifiques, tend à réduire les coûts et anticipe les bénéfices pour la société et la jouissance des droits.⁵⁶⁰ Lorsqu'elle utilise la médiation pour résoudre les conflits, l'administration réalise le principe d'efficacité « par une résolution polyvalente et moins coûteuse des litiges » et favorise la légitimité de la décision « en permettant une plus grande participation collaborative des acteurs pour parvenir à un accord ».⁵⁶¹

La médiation s'avère être un instrument pertinent pour l'exercice démocratique et responsable de la fonction administrative de l'État, capable, avec d'autres instituts, de mettre en œuvre la tendance à l'action dialogique et consensuelle de l'administration de l'État, donc de façon non contradictoire, au bénéfice de tous.

3.4 CARACTERISTIQUES DU PROCESSUS DE MEDIATION ET POSSIBILITE DE RENOUVELLEMENT DES RELATIONS JURIDIQUES ENTRE LES PARTIES PRIVEES ET L'ADMINISTRATION

La médiation se développe selon un processus propre⁵⁶², avec des règles définies entre les parties et le médiateur. Ce dernier est chargé de « faciliter le dialogue entre les parties, de l'orienter vers une discussion centrée sur leurs véritables intérêts et de maximiser les chances

⁵⁵⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Negociações público-privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei, p. 29-32. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 32.

⁵⁶⁰ BADIN, Arthur Sanchez. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). A transação judicial como instrumento de concretização do interesse público. **Revista de Direito Administrativo**. vol. 252, setembro/dezembro 2009, p. 189-217. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 195 e 199-200.

⁵⁶¹ SALVO, Silvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. **Mediação na Administração Pública** – o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018, p. 59.

⁵⁶² GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 79.

de succès de l'éventuel accord conclu en procédant à des tests de réalité ».⁵⁶³ L'on peut considérer que la médiation présente quatre espèces fonctionnelles : la médiation créative et celle rénovatrice « destinées à faire naître ou renaître un lien »; les deux autres, donc la médiation préventive et curative, « étant destinées à parer à un conflit »⁵⁶⁴, peuvent être réalisées dans le cadre de la médiation administrative.

Dans l'Administration Publique, en général, il est entendu qu'il faut adopter des pratiques administratives qui envisagent des techniques de médiation dans les différents moments de l'exécution administrative. Il faut utiliser des outils qui facilitent la communication, le dialogue et préviennent l'apparition de conflits dans les différents organes et par les divers agents publics. En outre, il convient d'adapter le processus de médiation lui-même, qui tend à être curatif ou préventif, pour résoudre ou prévenir les conflits, sans pour autant abandonner le renforcement des liens et des relations juridiques.⁵⁶⁵

La loi n. 13.140/2015 a réglementé le processus de médiation, y compris dans le domaine des conflits administratifs, qui peut être judiciaire ou extrajudiciaire, guidé par les principes suivants : impartialité du médiateur ; isonomie entre les parties ; oralité ; informalité ; autonomie de la volonté des parties ; recherche du consensus ; confidentialité et bonne foi. Il s'agit là d'éléments déjà observés précédemment dans les médiations, comme le prévoit la résolution 125/2010 du CNJ. Dans le contexte français, la législation⁵⁶⁶ consacre également la médiation administrative entre l'Administration et les particuliers, à l'initiative des parties ou du juge, dans une structure de base similaire, mais avec un développement différent, comme nous l'analyserons dans cette étude.

La médiation peut être définie comme un processus en amiable composition dans lequel les parties⁵⁶⁷ sont assistées par un tiers impartial et neutre au conflit, le ou les médiateur(s), pour mieux comprendre leurs intérêts et leurs besoins et afin d'identifier et de

⁵⁶³ DAVID, Mariana Soares. A necessidade e admissibilidade da mediação administrativa, p. 295-315. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 306.

⁵⁶⁴ SIX, Jean-François. Le temps des médiateurs, p. 164. *Apud* GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 65.

⁵⁶⁵ Sur le potentiel de la médiation pour établir et renforcer les relations de respect et de confiance : MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

⁵⁶⁶ Par exemple, de manière générale, on trouve des dispositions relatives à la médiation dans les conflits administratifs dans le CRPA - *Code des relations entre le public et l'Administration*, dans la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle - J21 et dans le CJA - *Code de Justice Administrative*.

⁵⁶⁷ GUILLAUME-HOFNUNG considère qu' « on ne parle pas de parties, même dans l'hypothèse d'une médiation de conflits, car la notion de 'partie' appartient à une pensée binaire. Elle opère une partition entre des éléments en situation complexe (...). La médiation essaie de sortir du schéma victime-agresseur. Le terme de base est celui de 'médieurs' plutôt que celui de 'médiateurs' qui aurait l'avantage d'insister sur leur rôle actif. » GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 80.

négocier des solutions compatibles.⁵⁶⁸ Il s'agit d'un processus équitable et en amiable composition car les parties sont les protagonistes et elles trouveront et décideront elles-mêmes de la meilleure solution. Le médiateur est un chef d'orchestre du processus dialogique qui utilise des techniques pour faciliter le dialogue et dévoiler le conflit réel afin que les parties identifient et proposent des solutions répondant à leurs besoins. Le médiateur ne donne pas d'avis et ne décide pas de l'approbation ou de la désapprobation du comportement des personnes impliquées, il « agit sur un plan secondaire, en aidant le protagonisme des parties à rétablir le lien perdu ou endommagé ».⁵⁶⁹ Quant aux participants à la médiation, il y a au moins un médiateur, au moins deux parties, il peut y en avoir plus et leurs avocats.

La médiation suit une procédure logique basée sur le dialogue, sur l'égalité des personnes impliquées, et qui détermine à quels moments les parties peuvent parler et écouter. Bien qu'elle présente une séquence d'actes, la médiation est un processus pragmatique, souple⁵⁷⁰, oral et moins formel que le processus judiciaire. Celui de médiation ne se limite pas à la matérialisation écrite d'un acte de procédure, même s'il s'agit d'une médiation judiciaire. Les parties et le médiateur n'analysent pas les pétitions ou les motifs écrits, la conduite et le déroulement du processus reposent sur le discours des parties assistées de leurs avocats. C'est un processus guidé par le discours des personnes directement impliquées dans la controverse. Les caractéristiques du conflit, des parties et de leurs avocats, ainsi que l'expérience du médiateur, permettent un comportement procédural adaptable et plus approprié au cas. Il n'y a pas de limitation des parties par rapport à leur manifestation, au contraire, au fur et à mesure que les discours sont produits, les enjeux et le véritable conflit commencent à être révélés. La médiation est donc un processus qui vise à aller au-delà du conflit apparent et superficiel.

En résumé, la médiation comporte certaines étapes telles que : la *collecte d'informations* ; le *résumé* ; l'*identification des problèmes, des intérêts et des sentiments* ; la *génération d'options* ; l'*évaluation des propositions* et l'*accord*.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ YARN, Douglas E. Dictionary of Conflict Resolution. São Francisco: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999. p. 272. Apud AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 55.

⁵⁶⁹ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 99.

⁵⁷⁰ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 68.

⁵⁷¹ La nomenclature et le nombre de phases peuvent varier selon l'auteur, en fonction de la réglementation, mais en général, ce sont celles-là. À propos de : MOORE, Christopher W ; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 65-68. Dans le système brésilienne, par exemple : CNJ. **Manual de mediação judicial**. 6.ed. Brasília, 2016, p. 137-197. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Accès le: 20 juin 2020.

Lors de la *collecte d'informations*, chacune des parties s'exprime et est écoutée, ce qui permet que ses points de vue et ses intérêts, soient identifiés par elle-même, par l'autre et par le médiateur. La parole des parties et le dialogue se déroulent avec l'aide du médiateur, par le biais d'une véritable écoute ; il va les aider à se concentrer à manifester « leurs demandes en termes clairs, personnels et fidèles, leurs chagrins, leurs valeurs communes ou divergentes, leurs histoires ». ⁵⁷²

L'écoute attentive et l'observation permettent de comprendre les aspects sous-jacents et donnent ainsi au médiateur la possibilité de paraphraser les discours des parties et de recadrer les questions soulevées de manière neutre. ⁵⁷³ L'écoute active améliore non seulement ce que l'on écoute, mais aussi ce que l'autre personne dit. Écouter et comprendre ce que dit l'autre personne ne signifie pas que l'on est d'accord avec elle, mais une telle démarche constitue une base requise pour entamer une négociation. ⁵⁷⁴ Les parties, en écoutant les questions et les considérations du médiateur, tendent à percevoir le conflit sous un autre angle et à réfléchir à leurs intérêts réels. Le processus de médiation rend propice « une maïeutique qui demande une grande puissance personnelle en même temps qu'un relatif effacement, il va les acheminer vers leur solution ». ⁵⁷⁵

Après avoir recueilli les manifestations et les clarifications, le médiateur présente le *résumé* dans lequel il expose une version impartiale, neutre et prospective des faits de manière unique, sans jugement de valeur et sans caractère juridictionnel, en mettant en lumière les intérêts et les besoins réels des parties. Ces dernières manifestent et réfléchissent au résumé ⁵⁷⁶, si elles sont d'accord, si elles veulent compléter l'information.

À partir du résumé et d'autres séquences de discours, d'écoute et, éventuellement, de questions posées par le médiateur, on entre dans l'*identification des problèmes, des intérêts et des sentiments*. La question est un point de controverse à résoudre ⁵⁷⁷, les intérêts représentent

⁵⁷² GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 67.

⁵⁷³ « Il doit faire preuve d'une grande qualité d'écoute active, ce qui requiert attention et distanciation. Il doit repérer les mots importants, les traduire explicitement ». GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: PUF, 2020, p. 82. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 93.

⁵⁷⁴ FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 52-53.

⁵⁷⁵ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 67.

⁵⁷⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 94.

⁵⁷⁷ C'est un problème d'actualité que le parti met en avant. MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 70.

ce que les parties désirent réellement, leurs souhaits et leurs préoccupations,⁵⁷⁸ pas nécessairement, d'ailleurs, ils sont rarement juridiques et ne se limitent pas aux aspects financiers.⁵⁷⁹ Dans la technique de médiation, il existe des différences entre les intérêts apparents, appelés positions, et les intérêts réels, dans le processus de médiation desquels entrent souvent les parties, sans même être conscientes de leur existence.⁵⁸⁰

A partir du discours de l'autre et du repositionnement des enjeux par le médiateur, ceux-ci peuvent être vus sous différents angles, ce qui élargit la possibilité de compréhension et ouvre une perspective concernant la manière dont la solution du conflit peut contribuer à améliorer la qualité de vie des personnes impliquées.⁵⁸¹ Dans la médiation, une « reconstruction symbolique, imaginaire et sensible » du conflit est élaborée avec l'autre, afin de surmonter les divergences et de former des identités.⁵⁸²

Afin de résoudre les conflits, les parties ont besoin de se voir, de sortir de leur place et de trouver un « entre-nous », un espace de réciprocité, appelé « altérité », une nouvelle possibilité.⁵⁸³ La justice est vue dans le sens d'aider les gens à « améliorer leur qualité de vie, et non de décider de leur vie », en les soumettant à une décision prétentieuse sur ce qui est correct. Chercher à améliorer la qualité de vie de l'autre, à trouver les solutions adéquates pour elle, nécessite de s'imaginer à sa place.⁵⁸⁴ C'est ce que propose Nino, à savoir de se mettre "à la place d'autres êtres humains", ce qui implique la faculté intellectuelle d'imagination et l'attribut émotionnel de la sympathie humaine.⁵⁸⁵

Si la partie demeure isolée et repliée sur elle-même, elle cesse de connaître les intérêts et les besoins de l'autre partie et, dans une certaine mesure, n'est alors plus consciente de ses

⁵⁷⁸ FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 58.

⁵⁷⁹ On identifie les besoins humains fondamentaux qui tendent à prédominer parmi les intérêts, tels que : la sécurité, le bien-être économique, le sentiment d'appartenance, la reconnaissance et le contrôle de sa propre vie. FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 64.

⁵⁸⁰ Voici un exemple concret de la distinction entre position et intérêt : « lorsque le propriétaire se tourne vers son locataire et lui dit : » Si un voisin se plaint encore du bruit, je vous mets à la porte de mon appartement ! On peut imaginer que le propriétaire veut expulser le locataire ou ne plus avoir de bruit dans l'appartement. « Toutefois, derrière ces intérêts apparents se cachent d'autres intérêts (également appelés intérêts réels), qui sont ceux qui animent réellement le parti. Dans ce cas, on peut supposer que le propriétaire est intéressé à avoir une bonne relation avec les voisins de la propriété qu'il possède, avec le locataire lui-même, et que la relation de tous leur permettra de répondre aux attentes de cette relation ». AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 127-128, 191.

⁵⁸¹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 84.

⁵⁸² WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 58.

⁵⁸³ Ibid., p. 147.

⁵⁸⁴ Ibid.

⁵⁸⁵ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 176.

propres intérêts et ne parvient pas à comprendre le conflit. Ainsi, la médiation permet la connaissance réciproque des intérêts de chaque partie et l'identification de la consistance du conflit pour permettre ensuite de se donner les moyens de le résoudre.⁵⁸⁶ Il peut même arriver que le conflit soit apparent, en raison d'un manque ou d'une mauvaise communication et interprétation, et qu'après clarification, les parties se rendent compte qu'elles ont en fait les mêmes objectifs ou que leurs intérêts se complètent.⁵⁸⁷ La médiation crée un environnement de parole et d'écoute, « d'échange d'informations et de perspectives », qui élargit la vision des personnes impliquées.⁵⁸⁸

Le médiateur tente d'identifier les points de convergence entre les intérêts des parties pour leur permettre de visualiser les moyens de les concilier et de « rendre le consensus possible ».⁵⁸⁹ Une approche prospective est adoptée, il ne s'agit pas de décider si quelqu'un a raison ou tort, mais d'inciter les parties à trouver des solutions aux questions soulevées. « Le rôle du médiateur est de faciliter et de filtrer l'information »⁵⁹⁰, il est un tiers neutre, un catalyseur de solutions⁵⁹¹, il aide les parties à voir le conflit sous un angle différent et plus large, en éclairant davantage les intérêts et les problèmes et en adoptant une approche prospective et collaborative.⁵⁹² En identifiant les intérêts, il est possible de percevoir que plusieurs positions peuvent les satisfaire, parmi lesquelles l'on peut en identifier une qui répond aux différents intérêts en présence.⁵⁹³

⁵⁸⁶ MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 30.

⁵⁸⁷ On notera ici l'exemple simple mais éclairant de Roger Fischer et William Ury à propos de frères qui se sont battus pour une seule orange. Si nous analysons que l'un avait besoin de l'écorce pour faire un gâteau et que l'autre avait besoin de la partie intérieure de l'orange pour faire un bonbon, le conflit, en fait, était apparent car ils ne voulaient pas la même chose. Toutefois, si ces intérêts ne sont pas identifiés, il est d'usage de décider à mi-chemin et les intérêts sont partiellement réalisés alors qu'ils pourraient être maximisés. FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 58-59, 71-72.

⁵⁸⁸ BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação com a Administração Pública*, p. 31-51. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 47.

⁵⁸⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 128.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 129.

⁵⁹¹ MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 59.

⁵⁹² AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 129, 196.

⁵⁹³ Roger Fischer et William Ury illustrent cette importance en prenant pour exemple l'accord de paix entre l'Égypte et Israël, en 1978, à la conférence de Camp David, à partir du différend sur la péninsule du Sinaï. Au départ, les positions de ces pays étaient opposées : Israël voulait maintenir son occupation du Sinaï et l'Égypte exigeait la restitution de son territoire. Israël voulait se protéger des soldats égyptiens établis à la frontière et l'Égypte souhaitait pour sa part recouvrer sa souveraineté. De cette façon, il a été possible de conclure un accord et de satisfaire les intérêts des deux parties, de par la restitution de la zone et sa démilitarisation, cas dont la résolution est un exemple d'optimisation et de créativité. FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA,

Afin de permettre la compréhension des intérêts et l'identification des sentiments impliqués, le médiateur doit certes agir avec empathie, mais de manière neutre et impartiale. Il peut partager des conversations privées avec chacune des parties dans lesquelles il est possible d'approfondir l'investigation des intérêts et des sentiments impliqués.⁵⁹⁴ Au cours des sessions privées, le médiateur peut utiliser des techniques telles que l'inversion des rôles⁵⁹⁵ et la contextualisation du conflit, la recherche avec chaque partie, ainsi que des analyses de probabilité afin de savoir quels seraient les meilleurs et les pires contextes pour une résolution non consensuelle du conflit. Le médiateur amènera également chaque partie à identifier si elle serait capable d'adopter une mesure afin de satisfaire les intérêts de l'autre sans pour autant nuire à ses propres intérêts ou en les affectant de façon minimale, c'est-à-dire dans une pondération rationnelle. Le médiateur aidera à explorer des alternatives, à vérifier quels sont les points faibles et forts, à déterminer les différentes implications afin d'extraire le meilleur de ce que chaque partie a à offrir.

Si les parties utilisent un discours chargé, jugeant et polarisé⁵⁹⁶, le médiateur identifie les sentiments impliqués, les respecte et il accueille la partie avec empathie⁵⁹⁷ et affection⁵⁹⁸, mais il ne porte aucun jugement, neutralise le discours, il utilise des paraphrases et des contextualisations, et aide ainsi la partie à avancer de manière non contradictoire,

Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 58.

⁵⁹⁴ Ils peuvent être utilisés pour diverses raisons, par exemple : (i) afin de permettre l'expression de sentiments forts ; (ii) pour éviter une communication improductive ; (iii) dans le but d'identifier et de clarifier des questions qui ne sont pas encore visibles ; (iv) comme contre-mesure aux phénomènes psychologiques qui empêchent de parvenir à des accords ; (v) pour effectuer des strokes ; (vi) dans l'objectif d'appliquer la technique de l'inversion des rôles ; (vii) pour éviter un engagement prématuré avec des propositions ou des solutions qui pourraient ne pas satisfaire les parties ; (viii) afin de vérifier un éventuel déséquilibre de pouvoir ; (ix) pour travailler les aspects de négociation des parties ; (x) examiner les alternatives et les options ; (xi) dans l'objectif de sortir d'une impasse ; (xii) pour évaluer la durabilité des propositions ; entre autres. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 187.

⁵⁹⁵ « L'inversion des rôles consiste en une technique visant à stimuler l'empathie entre les parties au moyen d'un guidage afin que chacun perçoive le contexte également du point de vue de l'autre partie. » AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2012, p. 188.

⁵⁹⁶ « La polarisation de la relation consiste en la perception que la seule façon de comprendre cette relation consiste à ce qu'une personne impliquée ait entièrement raison tandis que l'autre, dans une position diamétralement opposée, a entièrement tort. Ou encore, l'un étant bon alors que l'autre est mauvais. Ou encore, l'un étant la victime tandis que l'autre serait le fautif ». AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 130.

⁵⁹⁷ C'est la validation des sentiments, qui consiste à les identifier, à les reconnaître, mais sans aucune approbation ou désapprobation. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 196.

⁵⁹⁸ L'affection, également appelée renforcement positif, « consiste en une réponse positive du médiateur à un comportement positif de la partie ou de l'avocat. » AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 185.

collaborative et tournée vers l'avenir. Il est courant que les parties, à certains moments, perdent de vue le différend et réfutent les points qui les ont contrariés. Le médiateur les aide de la sorte à en revenir aux questions à résoudre et à leurs intérêts respectifs.⁵⁹⁹

Le médiateur a pour rôle de neutraliser la relation polarisée, sans pour autant dévaloriser les sentiments des parties, mais en les amenant à percevoir un autre angle de conciliation, sans jugement, et à prendre conscience de la manière dont cette nouvelle perspective peut contribuer à améliorer le contexte de chacune des parties.⁶⁰⁰ Il s'agit là d'une contribution importante du médiateur, qui aide les personnes concernées à passer des positions aux intérêts.⁶⁰¹ « Le médiateur n'a d'autre ressource que l'autorité que lui reconnaissent les demandeurs de médiation, en s'adressant à lui. L'attitude active et constructive des parties a découlé de l'absence de pouvoir du médiateur, « facilitant l'émergence d'une solution qu'il leur appartient de trouver en toute autonomie ». Toutefois, le médiateur constitue une « garantie éthique de la réalité de la communication ».⁶⁰²

En plus de faciliter la communication entre les parties et l'identification des intérêts afin de délimiter les points de controverse éventuels, le processus de médiation cherche à amener les parties à une négociation intégrative et collaborative des intérêts en jeu. Parfois, ce qu'une partie demande ne correspond pas à ce que l'autre est prête à offrir, mais il peut arriver aussi au même but et trouver un moyen de les satisfaire.⁶⁰³ « Dans la plupart des cas, les intérêts réels des parties sont congruents » et la divergence perçue provient d'un manque de communication.⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2012, p. 191.

⁶⁰⁰ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2012, p. 130.

⁶⁰¹ MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 73.

⁶⁰² GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 73.

⁶⁰³ André Gomma de Azevedo illustre avec un exemple intéressant de Mary Parker Follet la composition des intérêts d'une manière constructive. « Elle raconte qu'une fois, dans la bibliothèque de l'université de Harvard, dans l'une des petites pièces, une personne voulait que la fenêtre soit ouverte et une autre préférerait que la fenêtre reste fermée. La solution à ce moment-là a été d'ouvrir une autre fenêtre dans la pièce voisine, où personne n'étudiait. Il ne s'agissait pas d'une solution de négociation, car il n'y avait pas de situation où l'on renonçait à ses souhaits ; ils ont tous deux obtenu ce qu'ils voulaient vraiment. Elle signale qu'elle ne voulait pas d'une salle fermée. Elle ne voulait tout simplement pas que le vent souffle directement dessus. De même, l'autre personne présente dans la pièce ne souhaitait pas spécifiquement que la fenêtre soit fermée, elle aimait simplement avoir plus d'air frais dans la pièce. En se renseignant sur les intérêts de chaque partie, ils ont pu envisager une solution qui intégrait les motivations des deux parties. » AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 90-91. FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 57.

⁶⁰⁴ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 152.

Dans l'optique d'une négociation intégrative, il existe ce que l'on appelle la « négociation fondée sur des principes »⁶⁰⁵, qui doit prendre en compte les intérêts réels des parties concernées, également dans le but de préserver les relations.⁶⁰⁶ La négociation basée sur des principes se fonde sur le traitement différencié des personnes et des problèmes, et en les séparant, elle se tourne vers les intérêts réels, vers la solution des problèmes, dans une tentative d'accord, reposant sur la négociation facilitée et la quête de gains mutuels de par l'adoption de critères objectifs. Dans la sphère publique, la médiation facilitatrice s'avère adéquate, ce qui n'exclut pas pour autant d'autres modèles et leur mélange, en fonction de chaque réalité administrative et de la nature du conflit administratif.⁶⁰⁷

Afin de parvenir à une composition intégrative, il est nécessaire de générer, de manière libre et créative, une variété de possibilités qui envisagent les intérêts des personnes impliquées⁶⁰⁸, afin de construire une mosaïque adéquate à la solution du cas concret qui couvre le mieux les gains mutuels et réconcilie les intérêts divergents.⁶⁰⁹ La négociation intégrative comprend « la satisfaction conjointe des intérêts des personnes impliquées »⁶¹⁰ dans une approche « et-et ».⁶¹¹ À cet égard, la médiation favorise la reconnaissance mutuelle, elle offre des outils qui reflètent le moment que vivent les parties et la façon dont elles aimeraient que l'autre partie se comporte.⁶¹² À la fin du processus de négociation, les parties

⁶⁰⁵ Il est important de préciser que la négociation raisonnée se distingue de la « négociation fondée sur les positions » ou de la « négociation distributive », qui est une négociation contradictoire et compétitive. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 85.

⁶⁰⁶ Adoptée par l'école de Harvard, cette méthodologie se base sur quatre aspects : a) séparer les personnes des problèmes ; b) rechercher les intérêts, c'est-à-dire les raisons pour lesquelles quelque chose est plaidé et pas seulement les positions, ce qui est externalisé au départ ; c) rechercher des possibilités créatives pour les personnes impliquées, avec des bénéfices mutuels et d) trouver des paramètres équitables pour identifier la solution. FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 22, 33-36.

⁶⁰⁷ Appelée médiation facilitative, en référence aux professeurs Roger Fisher, William Ury et Bruce Patton. La déclaration fait référence à la comparaison avec d'autres méthodologies telles que la médiation transformative, davantage axée sur la transformation de la relation, et la narration, qui l'est sur la réinterprétation du conflit, même si toutes visent une solution. La médiation pour la solution des problèmes génère de toute façon un apprentissage des parties et favorise des relations plus fonctionnelles, avec une plus grande aptitude à la résolution de nouveaux conflits et s'avère adaptée à l'espace public. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62-65.

⁶⁰⁸ « La recherche d'une solution unique, surtout face à un adversaire, tend à réduire la perspective d'une solution acceptable. » Même, la génération d'options tend à régler les restrictions émotionnelles à la négociation. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 81.

⁶⁰⁹ Ibid.

⁶¹⁰ Ibid., p. 91.

⁶¹¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 34.

⁶¹² BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação com a Administração Pública*, p. 31-51. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 33.

ont tendance à être plus satisfaites des négociations réalisées ou, si aucune solution n'est trouvée, le dialogue entre elles a tendance à s'améliorer, elles sont ainsi « plus mûres dans leur comportement en cas de conflit ». ⁶¹³ C'est en ceci que réside la fonctionnalité de la médiation pour (re)construire des liens ainsi qu'afin de prévenir et résoudre les conflits.

Dans la proposition d'une solution intégrative, c'est-à-dire d'une solution qui prenne en compte les intérêts des personnes concernées sous la forme et dans la mesure qu'elles jugent appropriée pour une efficacité maximale, la rationalité de la théorie des jeux peut être appliquée, ce qui implique de développer des stratégies coopératives afin que toutes les personnes concernées maximisent leurs gains. ⁶¹⁴ La négociation ne tourne pas autour des positions, perdant-gagnant, mais de la solution du problème, dans l'objectif de trouver une solution mutuellement satisfaisante qui atteigne un résultat maximal gagnant-gagnant. ⁶¹⁵

Afin d'établir « l'éthique de la négociation », il est pertinent ⁶¹⁶ que l'information soit complète, les parties doivent connaître le contexte factuel et juridique. Il est impossible qu'une négociation résultant de l'ignorance puisse être légitime. Dans cette optique, la participation d'avocats, pour assister les parties, est recommandée afin que le contexte juridique soit reproduit et que les risques et les conséquences juridiques soient assurés. Le médiateur n'a pas pour rôle de conseiller les parties, d'exprimer des opinions ou de suggérer des solutions, mais il a le devoir de vérifier si les parties comprennent le contexte factuel et juridique, notamment les potentielles conséquences de la négociation établie. La satisfaction des parties est liée à la légitimité de la médiation, de sorte qu'« il n'appartient pas au médiateur de mettre fin à la médiation pour le simple fait d'avoir déjà un éventuel concordat » ⁶¹⁷, s'il n'est pas possible de

⁶¹³ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 85.

⁶¹⁴ La théorie des jeux fait référence à une conception mathématique développée par le Français Émile Borel au début du vingtième siècle. John Von Neumann a systématisé cette théorie et, par la suite, c'est John F. Nash qui, en 1950, a supprimé le biais de la concurrence et a inclus l'élément coopératif. Nash a développé le concept d'« équilibre de Nash », dans l'idée qu'il est possible de maximiser les gains individuels en coopérant avec l'autre. La stratégie à développer doit envisager l'individu et le collectif : « Si chacun fait de son mieux pour lui-même et pour les autres, tout le monde est gagnant ». En cas de coopération avec les gains des autres, le gain individuel tend à être plus important que s'il n'y avait pas de coopération. Il ne s'agit pas là d'une perspective éthique sur la conduite des personnes impliquées, mais d'une rationalisation des résultats. Les personnes impliquées ont tendance à obtenir de meilleurs résultats avec des actions coopératives dans des relations continues. AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2012. AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 41-43, 47, 50-51.

⁶¹⁵ Elle est illustrée par l'hypothèse de deux personnes qui, en assemblant un puzzle, tentent d'élaborer « un accord mutuellement acceptable ». MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 72-73.

⁶¹⁶ FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 92-100.

⁶¹⁷ AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 100.

les satisfaire. Le but est de parvenir à un « accord raisonnable », entendu comme celui qui réalise, autant que possible, les intérêts des personnes impliquées, résout raisonnablement le conflit, qui assure la durabilité de l'accord et des relations et tient compte des intérêts de la collectivité.⁶¹⁸

En fonction de la connaissance que les parties ont de leur situation factuelle et juridique, de la connaissance des intérêts en jeu, ainsi que des perspectives d'autres scénarios de négociation, meilleurs et pires⁶¹⁹, une fourchette de ce qui est satisfaisant à négocier pour les parties est peu à peu établie.⁶²⁰ À partir des questions, des réponses et de l'écoute, cet éventail comprenant la satisfaction mutuelle tend à devenir perceptible et les parties, encouragées par le médiateur, peuvent envisager des options et proposer des solutions de dialogues qui cherchent à envisager les intérêts en jeu.⁶²¹

L'encouragement apporté par le médiateur aux parties, la perception de leurs intérêts, de la possibilité de proposer et d'ajuster des solutions qui les satisfont, leur confère autonomie, sécurité et dignité. Il responsabilise les parties, au sens où elles perçoivent leurs propres capacités et qualités⁶²² d'autodétermination. L'autonomisation permet aux parties de mieux identifier et résoudre leurs conflits, « en les éduquant avec des techniques de négociation et de médiation à un modèle préventif du conflit ».⁶²³

La prémisses de la médiation est la présence d'êtres humains, y compris dans les transactions commerciales.⁶²⁴ De par ses techniques, elle se présente comme un processus

⁶¹⁸ FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 27.

⁶¹⁹ Ce qui, selon l'école de Harvard, est appelé BATNA – *best alternative to a negotiated agreement*. FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 106-107. En portugais, est également utilisé le terme MAANA, correspondant à la meilleure alternative à la négociation d'un accord. VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 77.

⁶²⁰ Il convient de souligner que l'intérêt des parties et leur perspective d'une négociation satisfaisante peuvent ne pas être liés à des valeurs financières ou à des divisions mathématiques des actifs.

⁶²¹ « Le rôle du médiateur n'est pas de présenter des solutions mais de stimuler les parties à réfléchir à de nouvelles options pour la composition du litige. En effet, on s'attend à ce que la médiation ait un rôle éducatif et que si la partie apprend à chercher seule des options dans les controverses futures, elle aura tendance, dans les conflits futurs, à être capable de trouver de nouvelles solutions. » AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 189.

⁶²² « Cet objectif est atteint, normalement et habituellement, par le déroulement même de la médiation, mais peut être renforcé par l'emploi de techniques appropriées, dans lesquelles on vérifie comment chaque partie a compris les intérêts, les besoins, les valeurs et les désirs de la partie adverse. » AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 143, 159.

⁶²³ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 293.

⁶²⁴ FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 40.

d'humanisation⁶²⁵, tout à la fois au sens où la partie se perçoit comme un être humain et où elle perçoit l'autre, à partir de cette perception mutuelle, qui permet de trouver conjointement la meilleure solution.⁶²⁶ La compréhension, de cette façon, va au-delà de l'intérêt personnel pour également « comprendre ce que l'autre partie ressent, désire, a besoin et, à partir de cette compréhension, il y a un jugement moins partiel et plus coopératif »⁶²⁷ et le conflit commence à être perçu sous une autre perspective. C'est un mécanisme qui ne se limite pas à « décharger » le pouvoir judiciaire, qui « permet de parvenir à une solution qualitative du conflit, lorsque les parties agissent de manière autonome et responsable du résultat ».⁶²⁸

À partir de la composition issue des intérêts, des besoins et des possibilités des parties, à laquelle s'ajoute la créativité engendrée par la médiation, il est possible d'obtenir des solutions différenciées, créatives et plus appropriées aux intérêts généraux en jeu, puisque la médiation permet de résoudre des controverses dans un spectre beaucoup plus large que celui du contentieux judiciaire. Les parties concernées forment, en fonction de leurs besoins et de leurs possibilités, le cadre des problèmes qu'elles doivent résoudre, d'où l'existence d'un processus et d'une solution possible sur mesure.

On peut donc tirer de ce processus de médiation des effets positifs au-delà de la conclusion ou non d'un accord, tels que l'éducation à la résolution d'autres conflits, l'humanisation et l'amélioration des relations.⁶²⁹ Le processus de médiation permet de créer des liens, de percevoir les différences et de modifier « l'égoïsme de ses participants vers un renforcement et une reconnaissance mutuels, basés sur le respect réciproque. »⁶³⁰ En permettant aux personnes impliquées de communiquer et de participer à la solution

⁶²⁵ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 113-114.

⁶²⁶ La subsumption traditionnelle du fait à la norme fait parfois oublier l'élément central du conflit et de sa résolution : l'être humain. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 293.

⁶²⁷ Par exemple, la validation préconise la nécessité d'une reconnaissance mutuelle des intérêts et des sentiments en vue de rapprocher les parties et, par conséquent, d'humaniser le conflit en augmentant l'empathie, la compréhension et la reconnaissance réciproque. Il existe donc un processus plus humanisé de résolution des conflits. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 143, 234, 293.

⁶²⁸ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 99.

⁶²⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 139.

⁶³⁰ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação com a Administração Pública**, p. 31-51. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 32

éventuelle, la Médiation permet aux individus de quitter leur « minorité »⁶³¹ et de s'émanciper, ce dans le respect de la liberté et de la dignité.

Dans cette mesure, la médiation, adoptée par l'Administration Publique, permet de relier l'individu privé au Pouvoir Public et à ce dernier de percevoir les intérêts de celui-ci et, ainsi, d'atteindre l'intérêt public, surtout en ce qui concerne la réduction de la polarisation, l'augmentation de la pacification et l'amélioration de la relation entre les personnes et le pouvoir public puisqu'il aborde le conflit en termes larges, « tant dans le cadre intersubjectif [que] dans ses interfaces communautaires et sociales ». ⁶³²

En plus d'être un moyen adéquat de résolution des conflits, la médiation revêt également trois autres fonctions : la prévention des conflits, l'établissement et le rétablissement du lien social.⁶³³

La médiation peut servir d'instrument humanisé de liaison entre la communauté et l'administration publique pour une réalisation plus démocratique et réelle des intérêts généraux, ainsi que faire office de moyen de prévention et de résolution des conflits.⁶³⁴

On peut, éventuellement, se demander si l'Administration publique constitue un lieu propice à la médiation et la réponse est positive étant donné qu'elle agit « dans le tissu des relations sociales, puisque la matière première de sa méthode de travail se trouve, précisément, dans le pluralisme des valeurs et des diversités culturelles, sociologiques et affectives qui émergent d'une société en mouvement ». ⁶³⁵

Les techniques de médiation permettent l'harmonisation, la composition des intérêts, reposant sur des solutions construites par les participants eux-mêmes, et non imposées, ce qui tend à pacifier et à apporter une plus grande satisfaction et connexion entre les personnes

⁶³¹ « La minorité est l'incapacité de faire usage de sa compréhension sans la direction d'un autre individu. » KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é esclarecimento? P. 100-116. In: VIER, Raimundo; FERNANDES, Floriano de Souza. **Textos seletos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 100.

⁶³² BRAGA NETO, Adolfo. Mediação com a Administração Pública, p. 31-51. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 32.

⁶³³ Selon la résolution finale du 22 septembre 2000, des Actes du séminaire de Créteil. La recommandation définit la médiation comme : « Un processus de création et de réparation du lien social et de résolution des conflits de la vie quotidienne, dans lequel un tiers impartial et indépendant cherche, en organisant des échanges entre des personnes ou des institutions, à les aider à améliorer une relation ou à résoudre un conflit qui les oppose. » GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 15, 25.

⁶³⁴ Ici, il est fait référence à l'analyse de Perrineau du « Grand Débat National », qui a eu lieu en France en 2019, avec la participation d'environ deux millions de citoyens, dans laquelle l'auteur souligne que les débats n'ont pas seulement ouvert un espace de délibération, mais également d'espoir, d'inquiétude, d'angoisse, de remise en question... et ainsi construit l'intérêt collectif. PERRINEAU, Pascal. Le grand débat national : la démocratie participative à grande échelle. **Pouvoirs**, 2020/4, n° 175, p. 113 à 129. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2020-4-page-113.htm>. Accès le : 07 jan. 2021.

⁶³⁵ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 98.

impliquées, de manière à permettre le plus possible d'atteindre la définition et la réalisation des intérêts généraux, ce en particulier dans la perspective démocratique. La rationalité non contradictoire de la médiation, dans le sens d'un gain mutuel, favorise la réalisation de l'intérêt public et s'avère, même, plus adaptée aux conflits impliquant plusieurs intérêts généraux. Le processus de médiation prévoit la prise en compte des différents intérêts en jeu, dans une sorte de construction d'une mosaïque appropriée au cas concret et dans la perspective des intérêts et des besoins en jeu.

La solution adjudicative imposée par le juge est, par contre, en règle générale, fondée sur la rationalité de la perte et du gain, ce qui peut s'avérer préjudiciable à la réalisation des intérêts généraux, puisque quelqu'un ou quelques-uns va/vont « perdre » et un autre/d'autres va/vont « gagner » et, par conséquent, certains intérêts ne seront pas atteints. Si cette possibilité de négociation dialogique n'est pas rendue viable, on perd ainsi la possibilité de peser les intérêts par rapport aux données de la réalité et de les réaliser, peut-être au maximum, grâce à une solution adaptée au cas spécifique.⁶³⁶

La médiation établit donc un processus de participation et de collaboration entre l'Administration et les particuliers afin de permettre l'optimisation de la réalisation des intérêts généraux. On peut considérer que le processus de médiation permet la délibération, contrairement à une participation binaire, même directe, sous la forme « oui ou non » et donne la possibilité que la manifestation de chacun soit liée à celle des autres, dans une réflexion commune.⁶³⁷ La décision qui en résultera représentera une fusion.

En dehors de la solution du conflit plus contemporain, avec la maximisation des intérêts impliqués, en considérant les données de la réalité et, donc, en la reliant au cas concret, l'adéquation de la médiation aux conflits qui traitent d'intérêts généraux réside dans ses probables effets inter-relationnels. La médiation permet de (re)créer des liens et des relations qui, entre la communauté et le Pouvoir Public, sont fondamentaux pour le tissu social et démocratique, afin de soutenir l'Etat de droit démocratique et de légitimer ses actions.

⁶³⁶ Eduardo Oteiza, à partir des leçons de Mauro Cappelletti dans « Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee, Il Molino, Bologna, p. 90-90 », souligne que la solution juridique aux controverses peut renforcer les passions et les différences alors que la justice conciliatrice peut être plus efficace, elle peut permettre une plus grande proximité entre les parties, qui peuvent trouver des solutions sans gagnants ni perdants, de façon à favoriser la compréhension et la modification mutuelle des conduites. OTEIZA, Eduardo. *ADR methods and the diversity of cultures: the latin american case*, p. 161-177. In : CADIET, Loïc. (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 170.

⁶³⁷ Ressemblant à ce que Nino présente comme une conception épistémique de la démocratie. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 209-210.

La médiation permet la construction d'un nouvel espace public pour la citoyenneté, l'ouverture de la puissance publique et pour la démocratie participative et collaborative.⁶³⁸ Et il y a urgence, avant que les relations s'érodent car, même en France, prédomine encore la conception de la souveraineté nationale, considérant que, hormis le référendum, il y a un « manque de représentativité des élus et un contrôle insuffisant de leur activité ». « Il existe tout d'abord un fossé entre les représentants des représentés. »⁶³⁹

Ainsi, la contribution de la médiation va au-delà de la solution pacifique et appropriée des controverses dans le cas concret pour promouvoir l'apprentissage et l'amélioration des relations entre la communauté et le Pouvoir Public, elle favorise l'ouverture de la voie au dialogue, avec la possibilité d'étendre ses effets bénéfiques au-delà du cas concret résolu à l'amiable.⁶⁴⁰ Le principal objectif de la médiation est de « préserver les relations existant entre les personnages du conflit, qui, en parvenant à un consensus, auront de meilleures conditions pour continuer à vivre ensemble de manière amicale, civilisée et productive à partir de cet instant », donc, avec des apports sociologiques significatifs.⁶⁴¹

Pourtant, le processus de médiation constitue un instrument d'accès à la justice important, du point de vue de la satisfaction effective de la personne concernée par le résultat final du processus de résolution du conflit, par rapport à l'accès formel et numérique au système judiciaire.⁶⁴²

Les conflits, les désaccords tendent à exister, cependant le refus de l'Administration Publique de se saisir de ces derniers, les renvoie au Pouvoir Judiciaire, au préjudice des personnes directement impliquées, comme de l'intérêt public. Souvent, le pouvoir judiciaire

⁶³⁸ A cet égard, on peut considérer que l'apport de la médiation à la structuration du gouvernement est ouvert puisque cette notion « n'est pas exclusivement une question d'ouverture de l'information mais aussi un processus d'ouverture entre les gouvernés et les gouvernants grâce à une plus grande interaction entre eux. Cette interaction peut prendre à la fois la forme traditionnelle de la démocratie participative mais aussi la forme renouvelée de la démocratie collaborative ». BOUHADANA, Irène; GILLES, William. De L'Esprit des Gouvernements Ouverts. **International Journal of Open Governments**, Paris, v. 4, 2017, p. 14. Disponible sur : <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO>. Accès le : 10 jun. 2020. BOURGES, Fernanda Schuhli. **Médiation avec l'administration publique** - une voie possible pour la mise en œuvre du « gouvernement ouvert. Academic days on open government and digital issues – IMODEV, Paris, 03 nov. 2020. Présentation.

⁶³⁹ COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique ? **Cités**, vol. 18, n° 2, 2004, p. 41-61, p. 42-43, 52.

⁶⁴⁰ À cet égard, André Azevedo estime que l'autonomisation rendue possible par la médiation représente une « composante éducative dans le développement du processus auto-compositif » qui peut « être utilisée par les parties dans leurs relations futures ». AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF**: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 233.

⁶⁴¹ MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, vol. esp., p. 288-311, Porto Alegre: 2018, p. 294.

⁶⁴² AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF**: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 283.

n'est pas l'espace le plus approprié pour la définition et les moyens de réalisation des intérêts généraux, mais pour le contrôle de leur réalisation. Pourtant, sous le prisme de l'administration publique dans un État de droit démocratique, il n'existe aucune manière de justifier l'exercice de la fonction administrative fermée au dialogue et à la participation de la communauté.

Ainsi, dans l'exercice de sa fonction administrative, l'État doit éviter et résoudre les conflits découlant de son action ou de son omission. La fonction administrative exercée de manière verticale, polarisée, fermée au dialogue et à la composition de ses conflits finit par utiliser indûment ses prérogatives, par ne pas dialoguer avec la communauté et surcharger ainsi le système judiciaire de nombreux conflits.

L'ouverture de l'administration au dialogue, à la construction de relations plus horizontales avec la communauté et à la viabilité d'une amiable composition administrative peut réduire de manière significative le nombre de conflits soumis au pouvoir judiciaire et, surtout, produire des solutions plus efficaces pour les intérêts en jeu. Le dialogue, à travers la médiation, permet l'exercice de la citoyenneté au sens où, en tant qu'instrument, il rend possible aux personnes d'exercer la liberté de résoudre leurs propres conflits, ce y compris avec la Puissance Publique, et sans dépendre de l'Etat, dans l'exercice de la juridiction, qui décide à leur place. La citoyenneté s'exerce quand on fait l'expérience, avec l'autre, du mieux vivre.⁶⁴³

La médiation est un moyen de faire respecter l'autonomie, la citoyenneté, la démocratie et les droits de l'homme. Elle permet une prise de décision conjointe, sans qu'elle soit prise pour autant par un tiers, et offre une possibilité d'autodétermination, de respect des différences et de résolution des conflits. La médiation permet un « travail de reconstruction symbolique des processus conflictuels des différences qui permet la formation d'identités culturelles » et l'intégration « dans le conflit avec l'autre, avec un sentiment de pertinence commune », afin de mettre en évidence la responsabilité de chacun dans un conflit.⁶⁴⁴

L'Administration cesse d'être une fin en elle-même et devient une institution essentielle à la communauté dans la mesure où l'Administration publique s'adapte en tant que structure et activité au service objectif des intérêts généraux, et dans la mesure où ceux-ci sont définis de manière ouverte, plurielle et complémentaire, engagée dans la dignité humaine.⁶⁴⁵

⁶⁴³ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 118, 123.

⁶⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 66.

⁶⁴⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 17.

La médiation dans la sphère administrative s'avère être un instrument capable de générer des contributions positives à la participation et à la relation nécessaire⁶⁴⁶ devant exister entre le Pouvoir Public et la collectivité dans la définition et la réalisation des intérêts généraux de manière collaborative, avec des contributions à une plus grande efficacité, efficacité et légitimité de la fonction administrative.⁶⁴⁷ Ainsi, les conflits, soumis au processus de médiation, peuvent être utilisés en faveur de l'amélioration et de l'horizontalisation des relations entre le Pouvoir Public et les individus, associées à une réduction de la polarisation, en plus de l'effet durable et préventif car une amiable composition génère un apprentissage pour les situations futures.

La médiation des différences exige une action anticipée, soutenue, quotidienne et souvent discrète⁶⁴⁸ qui constitue une façon d'agir. Il est conseillé d'adopter la médiation et ses techniques de manière préventive au conflit et non seulement lorsqu'il a commencé, car il s'agit là d'une ressource possible afin de comprendre les motivations défendues par chacun, ce qui a pour effet positif d'éviter ou d'atténuer les conflits.⁶⁴⁹

La médiation tend à constituer une méthode appropriée pour la résolution des conflits, du point de vue de la nature, de la continuité et de l'importance du renforcement des relations entre les personnes physiques ou morales et l'État. Si nous partons de la compréhension de la relation dynamique et démocratique entre l'État et la société, « dans laquelle les citoyens peuvent et doivent définir le format et les missions de leur État et cet État existe et est légitimé dans la mesure où il sert ses citoyens », il apparaît que les citoyens et les entités privées entretiennent une relation constante avec l'État.⁶⁵⁰ L'existence de conflits est inévitable, mais la pratique de la médiation administrative permet une meilleure

⁶⁴⁶ Le conflit peut donc être abordé « dans le sens où il peut, s'il est mené avec une technique appropriée, être un moyen important de connaissance, de maturation et de rapprochement des êtres humains ». AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 283. « Lorsque nous comprenons le caractère inévitable des conflits, nous sommes en mesure de développer des solutions en amiable composition. » VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 34.

⁶⁴⁷ Les consultations et les audiences publiques sont certes des instruments démocratiques pertinents, mais ils ne s'avèrent pas encore suffisants pour la démocratisation administrative, ce pour plusieurs facteurs, parmi lesquels peu de contributions sont effectivement prises en compte, comme le souligne : FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público, p. 141-169. In: VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 156.

⁶⁴⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 65-66.

⁶⁴⁹ « La tendance est encore de demander une médiation uniquement lorsque tout va mal. Ne seraient-ils pas, à l'avenir, en train de développer effectivement le même rôle qu'avant le conflit ? Ils ne seraient plus les derniers recours pour résoudre le problème, mais ceux qui expliquent les motivations et les raisons des positions défendues. » GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 67.

⁶⁵⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

compréhension et un renforcement des relations entre la communauté et la puissance publique.

4 LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE COMME MOYEN APPROPRIÉ DE RÉSOUDRE ET DE PRÉVENIR LES CONFLITS DANS UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE DÉMOCRATIQUE - POSSIBILITÉS DE MISE EN ŒUVRE

Selon ce qui a été présenté, l'existence de conflits est naturelle, a fortiori dans des sociétés vastes et complexes, aux intérêts et valeurs différents, ainsi que face à un système juridique qui les envisage dans un État visant à garantir et à réaliser divers droits et, surtout, à valoriser l'être humain. Il s'avère donc important de se concentrer sur la meilleure façon de résoudre ces conflits et de maximiser l'application des droits.

L'administration publique doit adapter ses procédures à la perspective démocratique et dialogique pour permettre la poursuite de la délibération concernant les intérêts généraux. Il convient que la fonction administrative, dans un État de droit démocratique, soit démocratique et adopte des procédures qui permettent la participation et la collaboration de la communauté, détentrice des intérêts généraux. Cette transition est également identifiable dans le système français qui, depuis l'après-guerre et la mise en place de l'État-providence, a connu des réformes portées par « un mouvement de démocratisation », modifiant la hiérarchie, les structures et les méthodes telles que celle de la concertation. Le style de commandement rigide mené par l'autorité est remplacé par la participation, en recherchant l'implication des individus dans l'exercice des responsabilités administratives.⁶⁵¹

Jusqu'à présent, notamment au Brésil, ce sont encore les procédures administratives unilatérales et impositives qui prévalent, fermées au dialogue et à la participation de la communauté qui, lorsqu'elle n'est pas d'accord ou souhaite que l'on prête attention à ses intérêts légitimes, trouve plus facilement la « porte » juridictionnelle à ses plaidoyers.

Pendant, l'administration publique doit servir la communauté et traiter de manière adéquate la question des conflits inévitables, tâche qui s'avère inhérente à la fonction

⁶⁵¹ Bien qu'ils aient entraîné des modifications des références administratives, les principes traditionnels d'organisation n'ont pas été substantiellement modifiés. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris: PUF, 2019, p. 390.

administrative, et ce serait une erreur que de renvoyer toutes les controverses au pouvoir judiciaire, qui, bien sûr, n'agira pas en tant qu'administrateur public.

Le système juridique brésilien a créé, au cours des trente dernières années, une série d'instituts qui permettent l'exercice d'une fonction administrative dialogique et consensuelle, à l'origine d'une bonne administration se caractérisant par son efficacité. La médiation administrative, qui en fait partie, est présentée comme l'une des façons de résoudre les conflits à l'amiable, pour permettre que la plupart des controverses soient résolues et prévenues dans la sphère administrative, en bénéficiant de davantage d'informations, d'une plus grande participation des parties intéressées, voire même du personnel technique de l'Administration, ce qui débouche sur des résultats plus rapides et satisfaisants.

Malgré tout, cette « nouveauté » se heurte encore à la crainte de l'inconnu, à l'inertie, à la difficulté du changement, à la méfiance et, souvent, aux obstacles érigés en doute concernant la compatibilité de la médiation avec le régime juridique et administratif. Comme dans toute prestation administrative, l'Administration Publique n'a sans doute pas la même flexibilité et autonomie de volonté qu'un particulier, ce qui constitue une prémisse nécessaire à l'étude de ce thème. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que l'institut de médiation ne soit pas compatible avec le régime juridique des contrats administratifs⁶⁵², d'autant plus que son utilisation tend à être plus avantageuse, afin de mieux répondre aux intérêts généraux et appliquer la Constitution.

Il s'agit, dans cette section, sur la base des caractéristiques générales de la médiation et du régime juridique des contrats administratifs, d'anticiper certains obstacles et défis à affronter dans la mise en œuvre de la médiation administrative et de présenter des perspectives de compatibilité avec le régime juridique et administratif. En outre, elle vise à démontrer que la médiation peut être un mécanisme pertinent pour améliorer la réalisation des intérêts généraux dans une administration publique démocratique.

4.1 MÉDIATION ET ADMINISTRATION PUBLIQUE – OBSTACLES POSSIBLES ET COMPATIBILITÉ

La mise en œuvre de la médiation, dans les domaines les plus variés, notamment en droit administratif, en raison de la nouveauté et des caractéristiques de l'institut et de sa jonction avec l'Administration publique, liée aux intérêts généraux et à un régime juridique

⁶⁵² En ce qui concerne les transitions dans les références administratives, les principes traditionnels d'organisation n'ont pas été substantiellement modifiés. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 390.

différencié, est susceptible de rencontrer certains obstacles et difficultés, qui peuvent être surmontés, tels que : (a) *inégalité entre les parties – Administration et individus* ; (b) *changement du rôle joué par les personnes impliquées dans la résolution du conflit – de la passivité à la participation active de chaque acteur* ; (c) *espace pour la médiation et compatibilité avec la légalité administrative* ; et (d) *confidentialité de la médiation et publicité administrative*.⁶⁵³

a) l'inégalité entre les parties – administration et particuliers;

L'une des premières questions concernant l'utilisation de la médiation administrative se réfère à la possibilité qu'elle se développe avec des parties inégales, que ce soit en termes économiques, culturels, sociaux, techniques ou juridiques. Cette préoccupation découle du fait que la médiation se développe à partir de la participation active des parties et exige l'égalité entre elles dans le processus de médiation. Cependant, il n'existe souvent pas d'égalité entre eux et de ce fait, l'on soupçonne que « la partie la plus faible a tendance à se sentir moins protégée dans des systèmes différents de celui de la justice et (que) les désavantages peuvent ne pas être compensés ». ⁶⁵⁴

Dans les médiations entre les parties privées et l'Administration publique, l'inégalité tend à être une constante, car aucune partie privée n'est équivalente à l'Administration. Juridiquement, en tant que parties impliquées dans une médiation, elles posséderont les mêmes droits et devoirs, auront la même position juridique, avec la réduction et la suppression des prérogatives publiques.⁶⁵⁵ La médiation avec l'Administration exige que celle-ci, dans un premier temps, réserve ses prérogatives et se montre ouverte au dialogue et à la négociation, ce toujours dans les limites de son régime juridique. C'est donc l'adoption par l'Administration d'une « posture de négociation préalable » qui est préconisée, par le biais de

⁶⁵³ Il s'agit d'une analyse anticipée des possibles obstacles pouvant être résolus par des solutions propositionnelles, car il existe peu d'expériences pratiques. L'implémentation dans la réalité administrative permettra un meilleur dimensionnement et d'améliorer la compatibilité entre les principes de la confidentialité de la médiation et la publicité administrative. Ceux-ci ont été présentés afin de faire en sorte d'indiquer son caractère préliminaire, afin que soit nécessaire sa transposition permettant de contribuer à sa mise en œuvre.

⁶⁵⁴ OTEIZA, Eduardo. *ADR methods and the diversity of cultures: the latin american case*, p. 161-177. CADIET, Loïc. (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute résolution** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 170.

⁶⁵⁵ Il est toutefois souligné qu'en termes de négociation, l'inégalité n'est pas directement liée aux questions économiques, mais principalement à la meilleure alternative à l'accord négocié (BATNA) qui avantage une partie par rapport à la meilleure alternative à l'accord négocié de l'autre partie. « Aucune méthode ne peut garantir le succès si tous les avantages sont de l'autre côté. » FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 105, 109.

relations plus horizontales avec les individus et l'exercice de pouvoirs unilatéraux de manière subsidiaire.⁶⁵⁶

Dans une première perspective, l'on peut considérer que l'inégalité constituerait un obstacle au développement de la médiation, cependant, celle-ci représente un environnement sûr, préparé en vue de la manifestation et du dialogue des personnes, facilité par un médiateur et favorisé par l'utilisation de techniques adaptées. C'est en cela que le rôle du médiateur s'avère pertinent, puisqu'il lui incombe de trouver un équilibre entre neutralité et impartialité, sans pour autant faire l'impasse sur tout déséquilibre préjudiciable au processus de médiation.

Dans le contentieux administratif, par exemple, la partie n'a pas de participation active, ce qui peut être confortable et fournir une égalité supposée, puisque la relation procédurale a lieu par le biais des avocats, devant le juge, qui est le grand protagoniste, mais la partie n'aura pas l'opportunité de manifester ses intérêts réels ni de participer activement à la construction d'une solution au conflit.

Le processus de médiation est régi par un principe de simplicité, il est souple, oral, s'avère moins formaliste et implique la participation directe des parties, encouragée par le médiateur, qui travaillera également sur la perception du langage, le ton de la voix, les expressions et la posture corporelle. En utilisant des techniques telles que l'écoute active, notamment des propositions implicites, la validation, la recontextualisation, les séances privées et l'inversion des rôles, le médiateur favorise la manifestation des parties et le dévoilement de leurs enjeux, intérêts et sentiments impliqués.⁶⁵⁷

Dans le processus de médiation, la capacité à exposer les problèmes et les intérêts n'est pas directement liée à de supposées différences sociales, économiques, techniques ou culturelles.⁶⁵⁸

Dans tous les cas, le médiateur, de manière neutre et impartiale, en utilisant certaines techniques, doit agir pour équilibrer et égaliser les parties dans le processus de médiation, car il ne sera pas possible d'entamer une négociation satisfaisante si les intérêts et les problèmes ne sont pas identifiés. Le médiateur veille à « l'éthique de la communication »⁶⁵⁹, il reconforte

⁶⁵⁶ VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 270-271.

⁶⁵⁷ Concernant les outils de communication: ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash Editora, 2016, p. 66-102.

⁶⁵⁸ D'après l'observation participative réalisée lors des sessions de médiation et de conciliation, dans le cadre du TJPR, il a été perçu que les personnes ayant une éducation et des ressources financières plus modestes avaient plus de facilité pour présenter leurs intérêts que les parties ayant une éducation et des ressources financières plus importantes, qui finissaient par s'en tenir à plusieurs aspects moins profonds, afin de masquer leurs véritables intérêts. Les avocats de ces parties ont eux-mêmes contribué à rendre plus difficile une expression claire de leurs intérêts.

⁶⁵⁹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 91.

les parties, « les élève au même niveau et permet d'arrondir les angles, de calmer les esprits, et ainsi de définir l'objet de la négociation avec plus de clarté et de précision ». ⁶⁶⁰ En outre, il doit s'assurer que les parties participent de manière équitable et, surtout, qu'elles sont en mesure d'exprimer leurs problèmes et intérêts.

Le médiateur va contrebalancer l'inégalité des parties pour faciliter la manifestation et permettre la construction commune de solutions. ⁶⁶¹ Ainsi, les parties, lors de la négociation de l'accord, seront en « égalité procédurale : elles méritent un respect équivalent et réciproque » ⁶⁶², sans oublier toutefois qu'il est conseillé de se faire accompagner par des avocats. La médiation est en mesure de garantir la rationalité procédurale et le médiateur peut garantir l'équilibre entre les parties ⁶⁶³, en offrant une égalité procédurale plus substantielle que la simple égalité formelle. Cependant, il ne doit pas se montrer négligent dans l'utilisation des techniques, si elles s'avèrent nécessaires, surtout pour supprimer et équilibrer les inégalités, sinon, une neutralité excessive, dans le sens d'une omission, pourrait contribuer à accentuer certaines inégalités réelles. ⁶⁶⁴ En outre, le médiateur peut suggérer que des évaluations techniques soient effectuées. Ces informations doivent être présentées aux parties et au médiateur afin d'analyser les options de résolution du conflit. ⁶⁶⁵

C'est la différence entre la médiation et la simple négociation, dans laquelle la présence et la technique employée par le médiateur peuvent assurer l'égalité et l'équité dans le processus, la manifestation et les négociations satisfaisantes. Dans la négociation, qui a pour caractéristique de se développer sans la présence d'un tiers impartial, un plus grand équilibre originel et réel est recommandé entre les parties, sinon, la négociation ne serait pas équilibrée.

Au terme du processus de médiation, même si un accord n'est pas conclu, puisqu'il a existé la possibilité de parler, d'écouter et de délibérer, il est fort probable qu'il y ait une

⁶⁶⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e *alternative dispute resolution***: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54.

⁶⁶¹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 76.

⁶⁶² MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e *alternative dispute resolution***: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54.

⁶⁶³ Dans ce sens, TONIN, Mauricio Moraes. Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos. In: NASCIBENI, Asdrubal Franco *et al.* (Coord.). **Temas de mediação e arbitragem III**. 3.ed. São Paulo: Lex Editora, 2019.

⁶⁶⁴ « La présence et l'intervention d'un tiers ne compensent pas nécessairement l'inégalité intellectuelle, économique et le déséquilibre des forces de négociation présentes. Une idée s'est développée selon laquelle la neutralité du médiateur pourrait même accentuer ce déséquilibre. » NORMAND, Jacques. Clôture sur médiation. CADIET, Loïc. (Dir.) **Médiation & arbitrage** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 200.

⁶⁶⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 319.

autonomisation des parties, ce qui tend à avoir un effet plus important sur les personnes défavorisées, généralement peu habituées à être entendues et considérées. Dans cette perspective, la médiation avec l'Administration Publique peut être un mécanisme approprié pour la participation et la collaboration des individus de manière démocratique, tout en ayant la possibilité d'être inclusive, éducative et pacificatrice.⁶⁶⁶

D'autre part, le processus de médiation présuppose le volontariat, de sorte que la participation est libre et qu'à tout moment, la partie dispose de la même liberté de mettre fin à la médiation, ce qui devrait être clarifié pour les personnes qui étaient impliquées avant le début du processus. De la sorte, si le médiateur constate que les participants ne sont pas libres ou que, même si toutes les techniques possibles sont employées, il existe un grand déséquilibre, il peut mettre fin au processus.⁶⁶⁷

b) changement du rôle joué par les personnes impliquées dans la solution du conflit – de la passivité à la participation active de chaque acteur ;

Un autre facteur qui peut se présenter comme un obstacle est le changement de perspective procédurale des parties dans la résolution des conflits.⁶⁶⁸

Dans le modèle juridictionnel, les parties finissent par se soumettre aux règles de procédure et à celui qui décidera, de manière passive, en imposant une décision. Dans le processus de médiation en résolution amiable, en revanche, les règles de procédure servent de guide, mais les parties sont les protagonistes et elles décideront elles-mêmes de l'orientation et

⁶⁶⁶ En ce sens, il est établi que la médiation peut générer « un grand apprentissage pour les personnes, qui sauront mieux comment gérer leurs conflits et le caractère didactique de la procédure, parce que les personnes adopteront d'autres attitudes lorsque d'autres conflits se produiront à l'avenir. BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores*. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, 11, p. 29-46, 2010, p. 20.

⁶⁶⁷ À cet égard, par exemple, le Code de déontologie des médiateurs, du Conima - Conseil national des institutions de médiation et d'arbitrage - établit au point IV, 6, que le médiateur doit « veiller à ce que les parties aient une voix et une légitimité dans le processus, assurant ainsi l'équilibre des pouvoirs » ; et au point V, 8, qu'il doit « suspendre ou mettre fin à la médiation lorsqu'il conclut que sa poursuite peut porter préjudice à l'une des parties médiées ou lorsqu'il y a une demande des parties ». CONIMA. *Código de Ética para Mediadores*. Disponible sur : <https://conima.org.br/mediacao/codigo-de-etica-para-mediadores/>. Accès le 09 juin 2021.

⁶⁶⁸ Le changement est souvent un facteur de résistance, ce qu'André Azevedo illustre par le cas suivant : au milieu du XIXe siècle, le médecin hongrois Ignaz Semmelweis a constaté que les médecins de l'époque portaient des vêtements noirs et des manteaux de fourrure pour se distinguer et passaient même directement des salles d'autopsie aux salles d'accouchement, ce qui était à l'origine d'un taux de mortalité élevé chez les parturientes. Ce médecin a proposé l'hygiène des mains avec un produit à base de chlore et, grâce à cela, les décès ont baissé de 85%. Plus tard, il a réussi à convaincre de la nécessité pour les médecins de changer leur façon de s'habiller en ne portant plus des vêtements foncés mais blancs, ce qui a été à l'origine d'une autre réduction des taux de décès. À l'époque, de nombreux médecins étaient sceptiques en raison de la proposition de changer de nombreuses conventions sociales et ils ne croyaient pas non plus qu'ils étaient susceptibles de transmettre des maladies. Néanmoins, les changements opérés, malgré les résistances, ont permis d'améliorer la santé. V. RISSE, G.B.; SEMMELWEIS, Ignaz Philipp. *Dictionary of Scientific Biography* (C.C. Gillespie, ed.). New York: Charles Scribner's Sons, 1980. *Apud* AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 291-292.

de la solution éventuelle du conflit, elles peuvent fixer un agenda, la portée de ce dernier et définir les priorités. La médiation est centrée sur les personnes et pas seulement sur l'affaire.⁶⁶⁹ Un tel changement s'avère significatif en ce qui concerne le rôle des partis et génère des gains en termes d'autodétermination. En outre, en plus de gagner en autonomie, les personnes impliquées auront également une plus grande responsabilité dans les décisions prises, ce qui représente également un défi.⁶⁷⁰

Il n'est pas rare que le processus judiciaire soit si lourd pour les personnes impliquées et pour l'intérêt public, que, même après le prononcé d'une sentence, le conflit subsiste ou, même, qu'il augmente entre les parties, que leurs relations se détériorent, puisque, en général, il est nécessaire d'adopter la procédure d'exécution forcée d'une sentence⁶⁷¹, ce qui indique que d'autres moyens de régler les différends ne sont pas à exclure et peuvent s'avérer plus efficaces. L'Administration Publique a le devoir d'adopter des mesures pour contribuer à réduire et à résoudre des conflits liés à l'exercice de ses activités, ainsi qu'afin d'améliorer la relation avec la communauté et de promouvoir la pacification sociale.

Il peut arriver que, même s'ils sont pleins de bonne foi, les administrateurs éprouvent des difficultés à permettre la résolution constructive des litiges⁶⁷² par manque de connaissances et de formation, en raison de la force de l'habitude, par peur du changement, ce qui n'exclut pas la nécessité de sa mise en œuvre, ne serait-ce que de manière partielle et expérimentale. Il s'agit là d'un changement, mais la résolution administrative par la médiation peut permettre d'accéder à des solutions plus pratiques, simples, connectées à la réalité, plus rapides et efficaces. Il est rappelé que la communication est inhérente à la nature humaine.

c) espace de médiation et compatibilité avec la légalité administrative;

Un autre aspect qui pourrait se présenter comme un obstacle concerne la légalité, la moindre autonomie de l'Administration Publique pour décider et adopter des solutions aux conflits avec un particulier. L'on peut donc se demander s'il y a de la place pour la médiation dans l'administration publique.

⁶⁶⁹ BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores*. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, 11, p. 29-46, 2010, p. 20.

⁶⁷⁰ En ce qui concerne la dépendance à l'égard d'un autre, Kant la dépeint comme une « minorité » et affirme qu'il est « confortable d'être mineur ». Il est difficile de se détacher de la « minorité ». KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: que é esclarecimento?* P. 100-116. *In*: VIER, Raimundo; FERNANDES, Floriano de Souza. **Textos seletos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 101-102.

⁶⁷¹ AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 295.

⁶⁷² AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 294.

Adopter la médiation en tant que processus de solution et de prévention des conflits dans l'Administration Publique ne signifie pas l'abandon du régime juridique qui guide la performance administrative, mais seulement que la façon dont l'Administration exercera son activité sera modifiée. Il s'agira de passer d'une exécution unilatérale ou d'une non-exécution - omission - à une autre consensuelle, composée avec la partie privée, dans la légalité.

Grâce à la médiation, l'Administration pourra dialoguer avec le particulier, écouter ses perspectives, ses intérêts et besoins, ainsi que présenter les siens, surtout ses limites. Le processus dialogique, n'affecte en lui-même pas la légalité, au contraire, c'est un moyen de l'accomplir, surtout dans le cadre de l'approche constitutionnelle-démocratique. Il peut arriver qu'à partir de cet échange, de ce dialogue, les parties vérifient la possibilité d'adopter d'autres solutions, ignorées dans une perspective isolée, mais qui peuvent permettre d'envisager de manière plus complète et pondérée les intérêts de la personne privée et ceux généraux, les besoins de l'Administration. Il peut arriver que la partie privée comprenne la limitation administrative et vérifie s'il n'existe pas d'autres solutions possibles et, pacifiquement, s'en convainque. Par ailleurs, la reconnaissance administrative du droit d'une personne par l'Administration est inhérente à la légalité et ne nécessite pas de décision judiciaire.⁶⁷³

Il se trouve que dans la médiation avec l'Administration, on ne peut pas aspirer à ce qu'elle ait la même autonomie qu'un particulier, de même que dans ses autres modes d'exécution elle n'a pas cette équivalence. Après le dialogue, l'accord éventuel, la composition des intérêts doit nécessairement être protégée par la légalité, sans oublier que la légalité administrative diffère de celle à laquelle est soumis le particulier. Ainsi, comme tout acte, contrat ou processus administratif, le mécanisme de médiation avec l'Administration Publique sera limité à la légalité, en particulier, l'accord qui en résulte éventuellement. La réduction progressive de la production d'actes administratifs unilatéraux, dans lesquels l'agent public définit l'intérêt public protégé et les moyens de l'accomplir, dans l'objectif de produire des décisions réfléchies et composées, ne supprime pas la nécessité pour ces dernières d'obéir à la légalité. En fait, sous l'angle de la légalité, il s'agit plutôt de décisions qui sont davantage compatibles avec le système juridique, au sens large.

Le fait que l'Administration n'ait pas la même autonomie de négociation que les parties privées ne signifie pas pour autant qu'elle ne puisse pas adopter la médiation et qu'elle n'ait pas le pouvoir d'agir et de choisir, dans la marge de la légalité, des solutions adéquates à

⁶⁷³ TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria)- versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 264, ano 42, p. 83-107, fev. 2017, p. 85.

l'intérêt public et aux parties privées impliquées, souvent meilleures pour ces deux catégories que l'action administrative unilatérale et imposée, comme celle que le Pouvoir Judiciaire pourrait établir.

Avec la place centrale de la Constitution dans le système juridique, l'Administration ne peut agir de manière mécanisée et entièrement prédéterminée par la loi, face aux principes constitutionnels, aux divers droits et garanties fondamentaux et aux réalités distinctes, qui « doivent être pesés dans le processus de concrétisation des valeurs constitutionnelles ».⁶⁷⁴

Le concept de légalité de l'État de droit démocratique correspond à la juridicité⁶⁷⁵, à une dimension plus large que le simple droit formel.⁶⁷⁶ La loi ne représente elle-même plus la « principale norme de comportement pour la vie publique ou privée ».⁶⁷⁷ Nous avons donc une légalité liée à la constitutionnalité, dans le sens d'agir en conformité avec le système juridique⁶⁷⁸, ce qui, dans une certaine mesure, élargit le champ de l'action administrative, avec un plus grand degré d'abstraction et des possibilités matérielles de réalisation, toujours conformes à l'ordre.

L'adoption de la médiation administrative et, par conséquent, la réalisation des accords, sont liées à la conception de l'intérêt public qui n'est pas seulement ancrée à la stricte légalité, au sens où l'on cherche à savoir si « les avantages abstraits d'une solution consensuelle (agilité, satisfaction, économie, efficacité, citoyenneté) » correspondent à l'intérêt de la collectivité.⁶⁷⁹ En outre, si le comportement contradictoire ne contribue pas au bénéfice de la communauté, il est inutile de le maintenir.

Il existera des cas où la loi sera plus contraignante, dans lesquels la médiation sera difficile, ou impossible à utiliser, puisque l'Administration sera liée à la loi de manière plus restreinte, en disposant de peu, ou pas, de place pour l'action et la délibération, ainsi que pour les solutions consensuelles et la médiation. Néanmoins, face à un cas concret, il peut toujours

⁶⁷⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 170.

⁶⁷⁵ Comme le stipule la Loi fondamentale de Bonn, art. 20, §3. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142.

⁶⁷⁶ Ce concept a été adopté il y a quelques années dans l'article 2, paragraphe unique, I, de la loi 9.784/1999, la loi de procédure administrative, qui établit que dans les procédures administratives, le droit et la loi prévalent.

⁶⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125.

⁶⁷⁸ Ibid., p. 130.

⁶⁷⁹ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 139.

être possible de clarifier un fait, de négocier le paiement d'une amende en plusieurs fois⁶⁸⁰, ou son remplacement par des services ou des biens, par exemple. Il existe d'autres aspects qui peuvent être définis sans violer la légalité afin, au contraire, de mieux servir la légalité.

Des situations de légitimité juridique évidente de la prétention de la partie privée peuvent se produire, de sorte que son acceptation, « qu'elle soit administrative ou judiciaire [...], est donc un acte contraignant, et il n'y a pas de place, dans ce cas, pour des considérations d'opportunité et de convenance, qui impliqueraient le non-respect pur et simple de l'ordre juridique émis par l'État lui-même ».⁶⁸¹

D'autre part, il existe de nombreuses hypothèses normatives dotées de grands espaces de pouvoir discrétionnaire⁶⁸² qui, dans une perspective démocratique et de prévention, ainsi que de résolution des conflits, peuvent et doivent, être remplies avec la participation et la collaboration de la collectivité, assurée par le dialogue et la composition de la médiation.⁶⁸³

Les espaces de discrétion conférés par la législation à l'Administration existent et sont généralement remplis par celle-ci, par l'intermédiaire de ses agents, de manière unilatérale avec le contenu et les mesures qui sont considérés d'intérêt public. Le processus de médiation ne créera pas, ou ne changera pas ces niches décisionnelles existantes établies par la législation, il ne fera que contribuer, grâce à l'ajout des données de la réalité, ainsi qu'à l'apport des intérêts et des besoins réels de la communauté, à ce qu'elles soient remplies de manière plus démocratique et satisfaisante, lorsque cela est possible selon la loi. En outre, les possibilités d'interprétation peuvent être multiples et représentent un espace « dans lequel une interprétation consensuelle peut être construite »⁶⁸⁴, qui envisage les intérêts en jeu et ceux généraux.

En s'inspirant des leçons de Celso Antônio Bandeira de Mello concernant la discrétion, le processus de médiation permettra le rapprochement entre le texte et les faits, ainsi que le

⁶⁸⁰ Conforme ponderam MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 62.

⁶⁸¹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 179.

⁶⁸² Le pouvoir discrétionnaire existe, lorsque l'administration dispose d'une certaine liberté d'action. « C'est un pouvoir modelable, gradué selon une 'échelle de discrétion' ». Il existe un pouvoir discrétionnaire lorsque la conduite à adopter n'a pas été établie par une règle de droit et que les hypothèses de ce pouvoir sont « omniprésentes et diversifiées dans l'activité administrative. » MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 9.ed. Paris : Montchrestien, 2005, p. 279.

⁶⁸³ En fait, « la démocratie repose sur le principe de l'autonomie des individus. Être libre, c'est n'obéir qu'aux règles que l'on a soi-même définies. La fiction de la représentation est une exception majeure à ce principe. » COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique ? **Cités**, vol. 18, n° 2, 2004, p. 41-61, p. 42-43, 50.

⁶⁸⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 174.

développement d'une meilleure subsomption entre la réalité concrète et l'hypothèse normative, quand il sera, alors, possible d'évaluer s'il reste de la place pour la délibération. Il peut même arriver qu'une hypothèse normative initialement discrétionnaire, à la lumière de la réalité perçue à partir du dialogue fourni par la médiation, indique une seule solution possible dans ce cas spécifique.⁶⁸⁵ La médiation est, avant tout, un processus de communication, de compréhension, pouvant donner lieu à un accord sur les divergences restantes.

S'il existe un accord, il doit répondre aux paramètres légaux, ce qui peut fournir une marge de décision plus ou moins grande, cependant, celle-ci existe généralement par rapport au temps et à la manière d'exécuter la disposition légale. Même avec les prévisions législatives, elles ne s'avèrent souvent pas suffisantes pour les cas concrets, en particulier ceux complexes. La législation sert de ligne directrice dans les limites des accords, mais « bien souvent, elles seront insuffisantes pour établir un accord durable », qui devient plus complexe en fonction du nombre de personnes impliquées. Ainsi, « le système juridique fournit le 'squelette' de l'accord, mais il appartient aux parties de fournir les 'tissus fluides' » et, de ce fait⁶⁸⁶, « une procédure ouverte à la participation de toutes les parties intéressées est requise, ainsi que le recours à un tiers médiateur ou facilitateur de dialogue ».⁶⁸⁷

L'amélioration de l'action administrative « nécessite une participation », les particuliers peuvent donc intervenir de manière instructive en fournissant des informations inconnues de l'administration et pertinentes pour la présomption de fait de la décision⁶⁸⁸, ou le renvoi à une décision renfermant un contenu différent, qui sert mieux l'intérêt public. En outre, la participation aux décisions administratives constitue un droit des particuliers.⁶⁸⁹

Les citoyens, détenteurs légitimes des intérêts et des ressources publiques, ont le droit de participer et de dialoguer avec l'Administration dans la formation du mérite de l'acte administratif⁶⁹⁰, dans une sorte de contrôle social concomitant à la pratique de l'acte, contrôle auquel le Pouvoir Judiciaire n'a pas accès, hormis en ce qui concerne la légalité de cette

⁶⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 971.

⁶⁸⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 71.

⁶⁸⁷ Ibid., p. 173.

⁶⁸⁸ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 121.

⁶⁸⁹ Ibid.

⁶⁹⁰ Le mérite de l'acte administratif peut être compris comme « le champ de liberté prévu par la loi et qui peut effectivement subsister dans le cas concret, de sorte que l'administrateur, selon des critères de convenance et d'opportunité, décide entre deux ou plusieurs solutions admissibles dans la situation en cause, en tenant compte de la réalisation exacte du but légal, étant donné l'impossibilité d'identifier objectivement celle qui serait la seule appropriée ». MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 973.

procédure de décision, bien que de façon large, mais sans pouvoir évaluer le mérite lui-même, le combler, en décider autrement.

L'administration est dotée de pouvoirs discrétionnaires et, dans le cadre de cette prérogative, elle prend quotidiennement des décisions, de manière unilatérale, censées être légales et conformes à l'intérêt public. L'adoption de mécanismes consensuels, la participation et la collaboration au processus décisionnel et à son contenu accroissent la transparence et la légitimité. Le changement ne réside pas dans le pouvoir discrétionnaire et l'espace de décision, mais dans la manière dont cette dernière sera prise, de manière partagée avec la collectivité, dans une relation plus horizontale. Dans l'espace de discrétion naît la possibilité de négociations, de conciliations et de médiations entre l'Administration et les particuliers afin de trouver, face à une réalité complexe, la disposition la plus raisonnable par rapport à la finalité juridique et la réalité.

Les accords représentent donc le partage des prérogatives administratives⁶⁹¹ entre l'Administration et les particuliers et, de cette façon, leur relation devient plus réelle et matérielle, transparente et démocratique. L'Administration se trouve, donc, en même temps, en position d'autorité et d'écoute dans une rationalité de coproduction.⁶⁹²

L'adoption de la médiation représente un changement procédural par rapport à la pratique des actes unilatéraux, dont la finalité en vue de la réalisation des intérêts généraux doit être maintenue. La participation et la collaboration à la décision administrative, à la formation de l'accord, constituent des moyens de respecter la procédure légale et la proportionnalité des décisions publiques, qui intègrent également l'intérêt public.⁶⁹³ Quant au contenu, dans les limites de la légalité et de la régularité, avec la contribution des individus et l'inclusion des intérêts de ces derniers/ des parties dans la médiation, la disposition tendra à être plus efficace et légitime dans la réalisation des intérêts généraux dans ce contexte décisionnel. En outre, la probabilité que les participants à l'accord ne respectent pas ses termes est réduite.⁶⁹⁴

⁶⁹¹ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. UFPR, 2019. (dissertação), p. 155.

⁶⁹² TROSA, Sylvie. L'intérêt général : une réalité introuvable ? **Lavoisier**, Gestion & Finances Publiques, n. 3, p. 82-87, 2017/3, p. 82, disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-gestion-et-finances-publiques-2017-3-page-82.htm>. Consulté le : 05 Juillet 2021.

⁶⁹³ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponible sur : <<http://www.bidforum.com.br/bi/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611>>. Accès le : 14 août 2017.

⁶⁹⁴ Ibid .

La légalité ne s'avère ainsi pas incompatible avec l'adoption de la médiation administrative. Elle conformera son espace délimité au droit strict, à la légalité et au contenu apporté par les personnes impliquées. En ce qui concerne les intérêts privés, il y a davantage de place pour la médiation et les accords. Néanmoins, il est toujours pertinent que les décisions consensuelles émanent d'un processus de médiation, dans l'espace du Pouvoir public, tout en respectant la légalité. Les solutions consensuelles fournies par le processus de médiation, face à l'existence de la marge juridique, représentent des voies de réalisation constitutionnelle à partir de la fonction administrative, des mécanismes par le biais desquels la démocratie et la bonne administration sont effectives.

d) la confidentialité de la médiation et de la publicité administrative.

Un autre obstacle possible initialement rencontré dans le cadre de la résolution amiable et, surtout, dans celui de la médiation, concerne la publicité. Le processus de médiation se caractérise par la confidentialité.⁶⁹⁵ L'on imagine cependant que l'adoption de solutions consensuelles au sein de l'administration comporte le risque de voir se pratiquer des comportements contraires à l'intérêt public, mais, ce risque existe aussi dans la pratique d'autres actes et contrats. Les actes unilatéraux peuvent dissimuler plus efficacement d'autres intérêts sous-jacents.⁶⁹⁶

Le dialogue et la résolution amiable exigent la pluralité des participants, ce qui accroît la transparence et la participation au processus décisionnel, par rapport à une action unilatérale.

La médiation menée par un tiers impartial et l'accord qui en résulte éventuellement sont en mesure d'accroître la transparence du processus de négociation et de prise de décision. La participation de certains agents publics – notamment de techniciens – d'autres parties prenantes et, dans certains cas, de représentants du ministère public et des Cours des comptes, peut accroître la transparence des accords. Néanmoins, dans la régulation des processus de résolution amiable, il est possible de réguler les filtres et la nécessité d'une délibération collégiale pour les cas plus complexes et concernant des valeurs financières plus élevées. Dans certains cas, entre autres, dans les conflits collectifs, une publicité préalable peut même s'avérer nécessaire afin d'inciter les parties intéressées à participer

⁶⁹⁵ BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores*. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, 11, p. 29-46, 2010, p. 20.

⁶⁹⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 553.

La publicité et la transparence, à la différence du privé, sont inhérentes à la prestation publique, c'est pourquoi la médiation administrative doit être adoptée à leur égard, de sorte que le secret dans l'administration soit l'exception. La Loi 13.140/2015, qui prévoit la résolution amiable dans l'Administration Publique, dans son article 2, VII, a établi, parmi les principes de la médiation, la confidentialité, qui est propre au processus de médiation et s'avère pertinente pour le bon développement de ses techniques, prévues dans les articles 30 et 31. La Loi n'a pas stipulé de particularité concernant la pondération entre la publicité de la performance administrative et la confidentialité de la médiation, en revanche, elle a largement couvert le contenu de la médiation.

Dans le cadre de la médiation administrative française, l'article L213-2 du *Code de justice administrative* – le CJA, au contenu similaire, a également établi la règle de la confidentialité des constatations et déclarations produites au cours de la médiation sans le consentement des parties.⁶⁹⁷ Il s'ensuit donc que, dans une médiation administrative, seront présents les principes de confidentialité propres à celle-ci, et de publicité, inhérents à l'exécution administrative. Ainsi, il faudra procéder à la « modulation de l'efficacité du principe de publicité »⁶⁹⁸, en tenant compte du type de processus de médiation et des contenus impliqués.

La publicité a une matrice constitutionnelle et un lien avec d'autres principes constitutionnels, notamment avec les fondements et le contrôle républicains, de sorte qu'elle prévaut et que sa suppression de la publicité constitue une exception.⁶⁹⁹ Cependant, la loi sur la médiation est à l'origine d'un assouplissement législatif concernant le principe de publicité, maintient certes le devoir de publicité, mais dans des dimensions différentes, comme pour d'autres questions administratives.⁷⁰⁰

Les processus de résolution amiable, en particulier la médiation, comportent différentes étapes se caractérisant par des contenus et des objectifs distincts dans le développement de la résolution amiable. De même, dans le cas de la médiation avec l'Administration Publique, interviendra la participation de différentes personnes et de diverses

⁶⁹⁷ Avec des exceptions pour des raisons impérieuses d'ordre public ou liées à la protection de l'intérêt supérieur des enfants ou de l'intégrité physique ou psychologique des personnes.

⁶⁹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Administração pública e mediação: notas fundamentais*, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 66.

⁶⁹⁹ Nesta perspectiva, EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 160.

⁷⁰⁰ Il existe des distinctions, par exemple, entre la publicité relative à la fonction publique, aux procédures disciplinaires administratives et aux appels d'offres et marchés.

informations, avec des objets plus pertinents pour le Pouvoir public, comme un contrat public, ou un contenu plus proche de la sphère privée, par exemple, relatif à une relation non contractuelle, soumettant chacun à des régimes juridiques différents.⁷⁰¹ Ainsi, en harmonisant les principes de confidentialité et de publicité, ce qui est proposé, ce sont des degrés et des moments différenciés de publicité, gratuite et sans restriction ou sur demande.

Au début du processus de médiation, des informations, des rapports, des dialogues sont échangés afin que les parties concernées et le médiateur comprennent le conflit et commencent à entrevoir les possibilités de résolution de ce dernier, ce qui peut prendre plus d'une séance. Ensuite, le médiateur en présente le résumé et, sous cette même forme, plusieurs propositions créatives peuvent être développées et les parties elles-mêmes et leurs avocats, avec l'aide du médiateur, émettent des considérations concernant les mesures qui servent le mieux les intérêts en jeu⁷⁰²et, nécessairement, l'intérêt public. On entrevoit qu'avec la maturation des propositions, le processus commence à se diriger vers un éventuel accord et, selon la réglementation et la complexité, il peut y avoir une publicité interne simultanée, par exemple avec la présentation de l'analyse des propositions par un collège préalablement établi.

Ainsi, en distinguant les étapes du processus de médiation, il est entendu qu'avant la délimitation des propositions, en raison de l'environnement de confiance et de confidentialité qui s'établit entre les participants, un espace plus confidentiel doit être ménagé pour assurer la créativité, bien que dans une moindre mesure, parce qu'il s'agit du Pouvoir Public. Ainsi, la publicité devra se produire à un moment ultérieur⁷⁰³et avec un contenu adapté aux différents niveaux, interne, externe, aux organismes de contrôle, aux tiers intéressés, etc.⁷⁰⁴

⁷⁰¹ Surtout lorsqu'il s'agit de médiation entre des particuliers et l'administration publique. Il peut s'agir d'une médiation concernant un marché public, qui aura un niveau de publicité plus élevé, car son objet est public, mais il peut également s'agir d'une médiation entre un particulier et l'Administration en dehors d'une relation subjective spécifique, du contexte contractuel, par exemple en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice moral et esthétique.

⁷⁰² Concernant les étapes de médiation : ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash Editora, 2016. BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores*. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, 11, p. 29-46, 2010, p. 22.

⁷⁰³ Il y aura une « suspension provisoire » de la publicité. MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Administração pública e mediação: notas fundamentais*, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 68.

⁷⁰⁴ En termes comparatifs, nous citons par exemple une médiation administrative urbaine réalisée en France, judiciairement homologuée devant le TA de Poitiers. On a observé que dans le contenu de la décision judiciaire d'homologation, figurait la publicité du résumé de l'accord de médiation, sans couvrir les discussions, les débats, les documents, entre autres. **FRANCE. TA Poitiers, 12 juillet 2018, n° 1701757. Disponible sur : <http://poitiers.tribunal-administratif.fr/content/download/139098/1408234/version/1/file/TA86%20-%201701757%20ano.pdf>. Accès le : 17 juillet 2021.**

Quant aux séances privées, moment de plus grande confidentialité de la médiation, pendant lesquelles, notamment la partie privée, traitera de ses intérêts et besoins personnels, le degré de confidentialité entre le médiateur et la partie doit être respecté au maximum, il s'agit là d'un devoir éthique, qui doit être respecté, hormis en cas d'autorisation de la partie ou d'hypothèse de crime, comme cela est prévu dans les articles 31 et 30, paragraphe 3, de la loi n. 13.140/2015.

Après la conclusion de l'accord, ses termes et sa motivation, qui doit être solide, comme nous le verrons plus avant, doivent être publiés simultanément et à l'extérieur. Le résumé des accords doit être publié pour le grand public, sur plusieurs canaux, sur le site web de l'organisme, le portail de transparence, avec des données ouvertes.⁷⁰⁵

Les documents et informations publics doivent également être accessibles au public intéressé, contrairement aux informations et documents privés présentés en séance, qui peuvent avoir un degré de publicité et de contrôle d'accès moindre, en fonction de la décision des parties, tout en étant toutefois accessibles aux organes de contrôle. On distingue ainsi, à des fins de publicité, le contenu des séances de médiation de l'accord obtenu à l'issue du processus de médiation et les motivations respectives.⁷⁰⁶ La confidentialité dans la médiation fait référence aux « aspects personnels sous-jacents à la question centrale du désaccord », qui peuvent être respectés sans violer le devoir administratif de transparence.⁷⁰⁷

Quant au devoir de confidentialité du médiateur à l'égard des dialogues tenus entre les parties et entre lui et elles en séances privées, il n'est pas en cause, car il s'agit là d'un devoir éthique du médiateur, hormis lorsqu'il détecte la possible commission d'un délit.

Ce qui est proposé, par conséquent, c'est une gradation des niveaux et de la chronologie de la publicité, ainsi que de son contenu en termes objectifs et subjectifs⁷⁰⁸, comme cela se produit pour d'autres actions administratives, comme, par exemple, dans le

⁷⁰⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 184.

⁷⁰⁶ DAVID, Mariana Soares. A necessidade e admissibilidade da mediação administrativa, p. 295-315. *In*: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal.** São Paulo: Almedina, 2020, p. 300.

⁷⁰⁷ SOUZA, Mara Freire de; BUENO, Flavia Scarpinella. Mediação: uma solução adequada para os conflitos ambientais entre a Administração Pública e o administrado, p. 361-382. *In*: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal.** São Paulo: Almedina, 2020, p. 369.

⁷⁰⁸ Dans cette problématique, l'expérience de l'arbitrage concernant le binôme confidentialité et publicité peut être adoptée en tant que paramètre dans le contexte de la médiation, avec différents degrés de publicité. À cet égard, sont citées les dispositions de l'art. 13 du décret n° 46.245/2018 de l'État de Rio de Janeiro, qui établit la publicité des actes documentaires de la procédure d'arbitrage, hormis dans les cas de secret juridique ou industriel, sur demande de la partie intéressée, en préservant la confidentialité des audiences. GABBAY, Daniela Monteiro. YAMAMOTO, Ricardo. Entre a norma e a prática: desafios na redação da cláusula de mediação em contratos administrativos, p. 189-213. *In*: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal.** São Paulo: Almedina, 2020, p. 193-194.

cas d'une procédure disciplinaire administrative, dans laquelle il existe également la dimension de la vie privée des personnes impliquées et la même chose se produit dans les procédures judiciaires. On en déduit, en outre, que chaque action publique a des degrés différents de publicité, par exemple, dans le cas d'un concours public la grande publicité s'applique aux actes de convocation du concours et aux résultats, qui sont même publiés, mais les épreuves réalisées par les candidats ont un degré et une chronologie de publicité différents, car elles ne sont pas publiées dans la presse.

Si l'on considère que la publicité et la transparence, ajoutées à la forte motivation, permettent les contrôles de l'action publique et réalisent les autres principes, il se trouve qu'elles s'avèrent⁷⁰⁹ inévitables, ce qui n'empêche pas l'ajustement des degrés et des moments de publicité. La publicité la plus large est donnée aux résultats de la résolution amiable, que ce soit en cas d'accord ou même d'échec, et aux motivations, hormis dans les hypothèses où la Constitution et les lois assurent le secret.⁷¹⁰ Il s'avère toutefois important d'établir dans le règlement différents niveaux de publicité, et que cela soit précisé aux parties au début du processus.

Certains des potentiels obstacles à la mise en œuvre de la médiation administrative ont été présentés. Tels qu'ils sont analysés, ils ne sont qu'apparents, ils ne constituent pas de véritables obstacles à l'établissement de la médiation dans la sphère administrative, car dans une analyse plus détaillée, il apparaît qu'ils sont susceptibles d'ajustements et de compatibilité avec le régime public.

4.2 LA MEDIATION ADMINISTRATIVE COMME MECANISME D'AMÉLIORATION DE LA REALISATION DES INTÉRÊTS GÉNÉRAUX

La compatibilité entre l'intérêt général, le recours à la médiation dans la sphère administrative et les accords respectifs est un aspect qui peut éventuellement entraver la mise en œuvre de la médiation. Ainsi, séparément, sur ce point, l'analyse portera sur la perspective de compatibilité de l'institut avec l'indisponibilité de l'intérêt général et la façon dont l'utilisation de la médiation peut améliorer la réalisation des intérêts publics.⁷¹¹

⁷⁰⁹ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 160.

⁷¹⁰ Selon les articles 23 et 24 de la loi 12.527/2011, loi d'accès à l'information dans l'administration publique.

⁷¹¹ On remarque qu'en droit administratif brésilien, l'expression "intérêt public" est la plus utilisée dans le sens de l'intérêt général.

On peut supposer que la médiation dénature le devoir de l'Administration de poursuivre l'intérêt général et que l'indisponibilité de cet intérêt exclurait la possibilité, pour l'Administration, de dialoguer avec les particuliers et de parvenir à des accords. Dans le droit administratif brésilien, il existe encore une résistance et une incertitude juridique concernant l'adoption de moyens de résolution amiable de conflits souvent au motif supposé de l'indisponibilité de l'intérêt général, mais, il s'agit, en réalité, d'une atteinte multidimensionnelle à l'intérêt général. L'hypothèse susmentionnée doit être examinée et clarifiée.

L'approche proposée est opposée à cette idée que la médiation dénature le devoir de l'Administration de poursuivre l'intérêt général, au sens où elle considère que les mécanismes consensuels de résolution des conflits devraient être adoptés par l'administration publique brésilienne comme un moyen d'améliorer la réalisation des intérêts publics et d'exercer une bonne administration. Une « vision aveugle et déformée du sens juridique de 'l'intérêt général' » peut conduire à penser « qu'à travers des actes administratifs consensuels, l'administration matérialiserait un intérêt privé, alors qu'en réalité c'est l'intérêt général lui-même qui est prépondérant ». ⁷¹²

La judiciarisation inutile des conflits, sans même la possibilité de dialogue et de tentative de solution extrajudiciaire finit, dans de nombreux cas, par représenter une violation de l'intérêt général. Ainsi, la conception rigide et littérale de l'indisponibilité de l'intérêt général peut représenter, plus qu'on ne peut le mesurer, la disponibilité même au sens de la non-réalisation des intérêts publics, donc « la violation du principe d'indisponibilité ». ⁷¹³

L'indisponibilité n'est pas synonyme d'omission, l'Administration a le devoir d'instrumentaliser les canaux de dialogue, de recevoir et d'apprécier les demandes de la communauté, ainsi que d'agir, de réagir, de décider, d'apporter des solutions et d'assumer ses responsabilités. L'activité administrative est exécutive, concrète et immédiate et, en outre, il ne dépend pas d'une intervention judiciaire. ⁷¹⁴ Décider ne signifie pas nécessairement

⁷¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 112.

⁷¹³ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. UFPR, 2019. (dissertação), p. 106.

⁷¹⁴ En ce sens, le « principe de la non-nécessité de l'intervention juridictionnelle dans les relations de droit public » est reconnu, de sorte que les droits et devoirs doivent être respectés indépendamment des procédures judiciaires, y compris en vertu des principes de légalité et de moralité. TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria)- versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 264, ano 42, p. 83-107, fev. 2017, p. 85-88.

répondre au plaidoyer du citoyen, mais prendre une décision motivée, même si elle est négative, sur la base d'un dialogue et d'une procédure juridique régulière. Une telle action diffère du fait de simplement ne pas offrir la possibilité de mécanismes de dialogue, de ne pas analyser le cas ou de le faire de manière superficielle et de le renvoyer au pouvoir judiciaire en invoquant l'indisponibilité de l'intérêt général. De même, selon le cas, reconnaître l'existence d'un droit du citoyen et d'un certain devoir de l'Administration sert effectivement l'intérêt général, ce qui ne viole pas son indisponibilité.

L'indisponibilité de l'intérêt général oblige l'Administration publique à toujours rechercher et accomplir l'intérêt général⁷¹⁵, mais les instruments à cette fin peuvent varier. L'indisponibilité représente la protection de la collectivité, ainsi que de l'intérêt général, contre l'ingérence de la puissance publique et des gouvernants, au sens où ils doivent respecter la loi et l'objectif légal. Ainsi, dans l'exercice de la fonction, il n'y a pas de place pour l'autonomie de la volonté, pour le choix de l'intérêt personnel, « il y a adhésion à un but préalablement établi », en l'occurrence l'intérêt général tel qu'il est défini dans la Constitution de la République ou dans les lois, qui appartient à la collectivité et non à l'entité gouvernementale. Le sens de la fonction correspond à « l'idée d'un attachement indéniable à une fin préétablie qui doit être satisfaite au profit d'un tiers » (traduction libre), la collectivité. Si les intérêts de la personne privée sont conformes à l'objectif public, ils peuvent être mis en balance. La défense des intérêts publics ne se fait pas « contre les particuliers », mais doit viser à concilier les intérêts de l'individu et ceux de ces derniers dans la dimension de leur appartenance à la collectivité.⁷¹⁶⁷¹⁷

Cependant, dans de nombreuses situations, entre le contenu normatif de la Constitution et des lois et l'action administrative concrète, il y a un long chemin, jalonné de diverses options, nécessitant d'opérer de nombreux choix. L'un des aspects du problème étudié consiste à se demander si ce long chemin de décisions entre les règles et les actions administratives dans un état de droit républicain et démocratique, en partant de l'hypothèse que les intérêts à atteindre sont ceux de la collectivité, ne devrait être parcouru que par des agents publics et aboutir à des actes unilatéraux de l'autorité. On pense que non. Il est temps

⁷¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello précise que l'indisponibilité de l'intérêt général découle de la subordination de l'activité à la loi, de sorte qu'il est possible de déduire de ses considérations l'indisponibilité au sens où l'Administration ne s'écarte pas des limites et des finalités légales. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 75. Assim como destaca: FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. UFPR, 2019. (dissertação), p. 78.

⁷¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 98.

⁷¹⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo**. 6.ed. Curitiba : Juruá, 2012, p. 17.

de reconnaître la nécessité de porter une attention adéquate aux droits, y compris à ceux collectifs ou diffus qui « ne peuvent plus se passer de processus négociés et consensuels ». ⁷¹⁸ Selon le point de vue de Nino, il est difficile de représenter des intérêts très différents des nôtres, car l'on peut très facilement faire des erreurs factuelles et logiques et se montrer inconsciemment partial. Une réflexion individuelle isolée n'obtient guère de résultats impartiaux. ⁷¹⁹

Ce qui est considéré comme étant propre à l'intérêt général dans le système juridique d'un État de droit libéral ne correspond pas à ce qui l'est dans un État de droit démocratique et social. ⁷²⁰ Dans ce dernier cas, l'intérêt général ne se limite pas au respect de la loi en termes formels, mais comprend également le respect et la réalisation des droits à la liberté, des droits sociaux et, dans l'optique de la composante démocratique, la réalisation des droits démocratiques et l'élargissement de la participation de la communauté aux décisions publiques. L'intérêt général ne correspond pas seulement à ce que la loi établit et à ce que l'administrateur décide unilatéralement. Il participe à un réseau dynamique d'acteurs, il est enrichi de ressources sociales qui permettent aux êtres humains d'agir collectivement en se mettant en quête de bénéfices mutuels. ⁷²¹

Dans un État de droit démocratique, qui valorise la dignité de la personne humaine et ses droits fondamentaux, l'intérêt général est lié ⁷²² à la collectivité dont il émane. C'est pourquoi, pour qu'il se réalise au mieux, un dialogue et une collaboration entre le Pouvoir Public et la collectivité s'avèrent nécessaires. L'omission administrative concernant le rattachement à la collectivité finit, ne serait-ce qu'indirectement, par disposer indûment de l'identification et de la réalisation correcte des intérêts publics.

L'action administrative dialogique et consensuelle s'avère non seulement possible, mais est également nécessaire face au plus grand nombre de droits assurés et demandés à l'État, afin de réduire l'action administrative unilatérale et d'augmenter le besoin de

⁷¹⁸ VENTURI, Elton. Transaction de direitos indisponíveis ? **Revista de Processo**, vol. 251/2016, p. 391 - 426, São Paulo : RT, 2016.

⁷¹⁹ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 181.

⁷²⁰ Signale RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, p. 127-144, janvier/ mars 2006. p. 13-14.

⁷²¹ TROSA, Sylvie. L'intérêt général : une réalité introuvable ? **Lavoisier**, Gestion & Finances Publiques, n. 3, p. 82-87, 2017/3, p. 84, disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-gestion-et-finances-publiques-2017-3-page-82.htm>. Consulté le : 05 Juillet 2021.

⁷²² En ce sens, Justen Filho souligne que la dignité de la personne humaine est le principe fondamental dont émanent les autres, même l'intérêt général, car sa suprématie et son indisponibilité sont liés à la réalisation de celle-ci. JUSTEN FILHO, Marçal. La notion d'intérêt général et la personnalisation du droit administratif. **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, São Paulo, 26, p. 115-136, 1999, p. 116.

manifestation⁷²³ et d'accommodation des autres droits affectés par une décision. Il faut qu'il existe des instruments garantissant la participation des parties intéressées afin d'instaurer un meilleur équilibre entre les intérêts publics, défendus par l'administration et ceux privés, notamment en améliorant la qualité des décisions.⁷²⁴

Ainsi, la fonction administrative, dans une perspective démocratique, doit être exercée à l'aide de mécanismes qui permettent la participation et la collaboration de la communauté afin que les intérêts définis et réalisés soient plus fidèles aux véritables intérêts publics.⁷²⁵ L'intérêt général ne représente pas un bouclier pour l'Administration Publique lui permettant de se tenir à l'écart et de se fermer à la participation de la communauté. Au contraire, il justifie l'utilisation de méthodes consensuelles afin de matérialiser la Constitution de la République.⁷²⁶

La préservation et l'indisponibilité de l'intérêt général dans le système juridique actuel exigent des solutions réfléchies et non contradictoires, qui évitent la judiciarisation et visent le respect immédiat et total des droits, ainsi que l'efficacité, corollaire d'une bonne administration. Par conséquent, un nouveau « modèle administratif de gestion est préconisé, c'est-à-dire un modèle qui crée les conditions (objectives et subjectives) de la participation politique des citoyens comme étant nécessaires pour une administration publique démocratique »⁷²⁷.

Selon ce constat concernant le système juridique brésilien, ainsi que les effets négatifs potentiels que la judiciarisation excessive génère pour les intérêts publics, il convient de soutenir la nécessité d'effectuer une tentative préalable de composition consensuelle avec l'Administration, par le biais de la médiation, alors que la voie judiciaire est subsidiaire. La technique consensuelle contribue à la sécurité, évite les litiges judiciaires et permet de

⁷²³ FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público, p. 141-169. In: VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 156.

⁷²⁴ COSTALDELLO, Angela Cassia; et. al. Reflexos da nova lei de introdução às normas do direito brasileiro (Lei nº 13.655/2018) na gestão urbanística das cidades, p. 519-548. In: VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 529.

⁷²⁵ Il est important de souligner que dans le contexte du droit européen, le traité concernant le projet de Constitution pour l'Union européenne prévoyait le principe de la démocratie participative à l'article I-47. Disponible à l'adresse suivante : https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf. Consulté le 11 juin 2021.

⁷²⁶ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 140-141.

⁷²⁷ BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015, p. 309.

répondre à l'intérêt général d'une manière plus rapide, davantage appropriée et plus économique, par rapport à la protection juridictionnelle.⁷²⁸

Les formes administratives consensuelles se heurtent encore à « une interprétation mécaniste, détachée de la réalité, du principe de l'indisponibilité de l'intérêt général », comme si ce dernier présentait une « signification absolue et homogène, qui refuse les interprétations dissidentes »⁷²⁹. Il s'agit toutefois d'une fausse impression. L'action administrative doit être axée sur l'intérêt général et sa réalisation maximale, ce qui ne s'avère pas possible. Toutefois, l'identification de l'intérêt général à réaliser n'est pas un processus automatique découlant uniquement de la loi.

La législation montre de plus en⁷³⁰ plus que des relations dialectiques entre l'État et la société, marquées par le consensualisme et la négociation, sont possibles, avec une interpénétration des espaces publics-privés, ouverts à « la conclusion d'accords et à l'arrangement des intérêts pour mieux servir l'intérêt général »⁷³¹, de sorte que le système normatif brésilien est orienté vers les définitions et les réalisations des intérêts publics de manière dialogique et pas seulement unilatérale. En outre, l'on observe une augmentation de la participation à l'administration en tant que moyen de réduire le manque de confiance dans le modèle représentatif de la démocratie.⁷³²

Cette ouverture nécessite que soient réalisées des modifications administratives, « d'une organisation de service autocentrée vers une organisation en réseau, aux processus transparents et ouverte aux débats démocratiques ». ⁷³³ La médiation, en ouvrant un espace propice à la parole et à l'écoute, au dialogue, avec l'aide d'un tiers neutre et impartial, s'avère être un instrument d'une grande pertinence pour l'exercice de la fonction administrative démocratique,⁷³⁴ en termes procéduraux⁷³⁵ et matériels. Elle a la capacité à rendre viable le

⁷²⁸ VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 197.

⁷²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 193.

⁷³⁰ Comme illustré dans ce document.

⁷³¹ VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 94.

⁷³² Point de vue défendu par OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa*, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 169.

⁷³³ TROSA, Sylvie. L'intérêt général : une réalité introuvable ? **Lavoisier**, Gestion & Finances Publiques, n. 3, p. 82-87, 2017/3, p. 85, disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-gestion-et-finances-publiques-2017-3-page-82.htm>. Consulté le : 05 Juillet 2021.

⁷³⁴ « L'élévation du niveau d'instruction de la population » renforce la perception d'une « crise de la représentation. » Les citoyens « perçoivent mieux que jamais le caractère relativement fictif de la démocratie représentative et la nécessité de contrôler les gouvernants », tout comme l'urgence de la recherche de solutions pour y remédier, ce qui révèle une plus grande maturité des citoyens. COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique ? **Cités**, vol. 18, n° 2, 2004, p. 41-61, p. 42-43, 50.

processus de dialogue administratif-démocratique nécessaire, afin de donner davantage de légitimité à l'action administrative⁷³⁶, de permettre un plus grand contrôle de celle-ci par la communauté, en générant moins de conflits et davantage de pacification.

Cela est d'autant plus vrai si la disposition matérielle résultant du processus prend en compte les intérêts des personnes concernées. Ainsi, le processus de médiation est aussi important que l'accord qui en résulte et « la négociation des intérêts fait partie du processus de maturité démocratique ». ⁷³⁷ La médiation, sert ainsi d'instrument à la concrétisation de l'intérêt général aussi bien en ce qui concerne la participation et le dialogue que les solutions de composition des intérêts impliqués. « Il y a dans la médiation une dynamique d'émancipation pour une gouvernance partagée ». ⁷³⁸

Du fait que toute action administrative doit réaliser les intérêts publics, sous peine de détournement d'objectif, le processus de médiation avec l'Administration Publique est soumis à l'ordre juridique public et doit nécessairement être viser la meilleure définition et réalisation des intérêts publics.

Cependant, « Il ne fait aucun doute que l'intérêt général est un concept rebelle aux définitions ». ⁷³⁹ C'est de l'ordre juridique que sont extraits les intérêts publics, mais ceux-ci sont naturellement indéterminés, à des degrés divers. ⁷⁴⁰ L'indétermination est un attribut qui permet d'adapter le concept juridique et de le rapprocher du monde réel. ⁷⁴¹ Il est pertinent de préciser que l'intérêt général n'est pas celui du gestionnaire public, ni de la structure administrative. L'intérêt général, dans le contexte d'un État de droit démocratique, correspond aux intérêts de la collectivité, en tant que membres à part entière de celle-ci, il est orienté vers

⁷³⁵ Nous soulignons la note de Luísa Netto concernant la pertinence de la procédure pour l'équilibre entre les intérêts publics et privés. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 139-141.

⁷³⁶ Sur cette potentialité de médiation, le président du Conseil de l'Europe de l'époque, Gabriel Nissim, en juin 2010, devant le Comité des droits de l'homme, « inscrivait la médiation au cœur du projet du vivre-ensemble dans le respect des droits de l'homme. » Il a souligné qu'une « communication éthique entre les individus est un élément constitutif de l'exigence démocratique contemporaine ». GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 95.

⁷³⁷ GUERINI, Caroline Gonçalves; RAINER, Yahn. A concertação administrativa e os dilemas na efetivação dos acordos ambientais no Brasil. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino. (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de. (Org.) **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 362.

⁷³⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 97.

⁷³⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 60.

⁷⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 215.

⁷⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, 26, p. 115-136, 1999, p. 116.

la réalisation des droits et garanties fondamentaux et est centré sur l'être humain, dont la liberté et la participation ne peuvent être limitées aux élections.⁷⁴² Comme le pense Nino, la discussion avec les autres contribue à la détection d'erreurs factuelles et logiques et « la dynamique de la connaissance de la vérité tend à aller de la minorité à la majorité » et non l'inverse.⁷⁴³

L'administration publique n'est donc pas détentrice des intérêts publics, elle en est la représentante et l'exécuteur. Ils fonctionnent, en même temps, comme une limite et un fondement de l'action publique⁷⁴⁴, dernier aspect qui rend nécessaire l'amélioration de l'action publique, en la rendant plus proche des désirs de la communauté, mais, d'autre part, l'intérêt public en tant que limite doit permettre d'assurer l'équilibre de la composition des intérêts. Il s'agit donc d'une notion bivalente, qui justifie la mise en place de mécanismes de résolution amiable dialogique, car elle sert de limite aux compositions elles-mêmes.

L'interprétation des dispositions constitutionnelles, surtout de celles possédant un contenu plus abstrait et évaluatif, dépend de la réalité et n'a pas un sens unique.⁷⁴⁵ Parfois, il n'y aura pas de réponse au conflit dans le système, celle-ci ne peut être obtenue qu'à partir du cas concret, afin de vérifier quelle option interprétative applique le mieux la Constitution. La réalité s'avère pertinente pour analyser si l'interprétation choisie, lorsqu'elle s'applique à l'affaire, permettra effectivement d'atteindre l'objectif constitutionnel souhaité.⁷⁴⁶ Ainsi, dans ce contexte, il existe rarement une réponse correcte aux questions pratiques, car elles impliquent une interprétation et une mise en balance des intérêts.⁷⁴⁷

Les intérêts publics nécessitent une pondération et des évaluations lorsqu'ils sont appliqués pour réduire ou supprimer l'indétermination et vérifier ce qui est le plus approprié au cas concret.⁷⁴⁸ L'action unilatérale, le choix et la réalisation des intérêts publics par les seuls gouvernants ne suffisent pas à inclure ni à satisfaire les intérêts et les besoins de la

⁷⁴² COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique ? *Cités*, vol. 18, n° 2, 2004, pp. 41-61, p. 58.

⁷⁴³ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 175.

⁷⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3.ed. Brasília : Gazeta Jurídica, 2017, p. 231. HACHEM, Daniel Wunder. La double notion juridique d'intérêt général en droit administratif. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, année 11, n. 44, p. 59-110, apr./jun. 2011, p. 62.

⁷⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7e édition, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 287.

⁷⁴⁶ Ibid., p. 288.

⁷⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 165.

⁷⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 217.

collectivité, qui sont multiples et hétérogènes.⁷⁴⁹ Il existe d'innombrables intérêts considérés comme publics, qui, dans le contexte démocratique, subissent une réorganisation constante.⁷⁵⁰ La participation au processus de décision améliore l'assimilation de la décision à prendre car il est ainsi possible de connaître l'autre, ses besoins et, en fonction de cette réalité, de revoir et d'ajuster sa propre demande.

Dans l'objectif du droit à une bonne administration et à une protection administrative efficace, le Pouvoir Public a le devoir d'adopter des mécanismes qui permettent la participation et la collaboration de la communauté dans la composition des intérêts publics en vue de la réalisation de leurs droits.⁷⁵¹ Les intérêts des personnes doivent être respectés et valorisés par l'Administration lorsqu'elle est sur le point de prendre une décision susceptible de les amener à se confronter, de sorte que, « si nécessaire, le moindre sacrifice possible leur soit imposé »⁷⁵², afin de composer à l'avance, de prévenir ou de réduire les éventuels conflits.

Participer, s'exprimer, collaborer, intégrer la communauté et viser la réalisation de ses droits sont des facettes de la dignité de la personne humaine, de sa valorisation, de son importance et de son lien avec les autres.⁷⁵³ Le paradoxe est que, malgré la grande avancée des médias, les gens sont de plus en plus réduits au silence par ceux qui devraient précisément leur donner la parole, mais ne leur réservent que le droit de vote et celui d'intenter une action en justice.⁷⁵⁴ Ainsi, avant même de discuter le contenu de tout accord, ses limites et ses compositions avec les intérêts publics, le Pouvoir public a le « devoir autonome »⁷⁵⁵ de mettre

⁷⁴⁹ « Les citoyens votent pour des hommes politiques très différents d'eux, en raison de leurs compétences spécifiques, mais en même temps ils se sentent éloignés de cette classe politique qui n'est pas à leur image. La professionnalisation de la politique accroît la distance entre représentants et représentés, surtout pour les plus démunis, qui s'identifient difficilement à l'élite politique et qui s'en remettent d'autant plus aux élus qu'ils ne se sentent pas en mesure de les contrôler. Cela se traduit en outre par une vision parfois très différente des choses entre représentants et représentés. » COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique ? *Cités*, vol. 18, n° 2, 2004, pp. 41-61, p. 53.

⁷⁵⁰ Justen Filho fait remarquer que ces réorganisations ressemblent à un kaléidoscope, « dans lequel chaque arrangement est distinct de celui existant durant les moments antérieurs et postérieurs » (traduction libre). JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, 26, p. 115-136, 1999, p. 121.

⁷⁵¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa administração pública*. HACHEM, Daniel Wunder. (Trad.). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37-43.

⁷⁵² COSTALDELLO, Angela Cassia *et al.* Reflexos da nova lei de introdução às normas do direito brasileiro (Lei nº 13.655/2018) na gestão urbanística das cidades, p. 519-548. In: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019, p. 521.

⁷⁵³ Il est souligné que « La médiation cherche le respect de l'égalité », ce qui est garanti par l'article 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. « La médiation contribue aussi à l'effectivité de l'article 11 de la Déclaration de 1789 'La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme'. On peut même envisager que la médiation soit une nouvelle liberté publique. » GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La médiation*. Paris : PUF, 2020, p. 95.

⁷⁵⁴ Une « démocratie des silencieux » et « l'exercice d'une citoyenneté du silence » sont identifiés. WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis : Habitus, 2001, p. 124.

⁷⁵⁵ Dans cette proposition de devoirs autonomes, à partir de la compréhension qu'ils rayonnent à travers le système juridique et doivent être exécutés, indépendamment de la demande. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla

en œuvre des canaux de dialogue et de contribution de la communauté, parmi lesquels la médiation présente plusieurs caractéristiques pertinentes et non négligeables.⁷⁵⁶

Dans cette optique, il n'y a aucune raison de refuser le dialogue et la médiation en raison de l'indisponibilité de l'intérêt général *a priori*, mais qui sera analysé *a posteriori*⁷⁵⁷, au cours de la médiation, de l'identification des intérêts, des besoins et de leur compatibilité avec l'intérêt général.

Dans le processus de médiation administrative, afin de respecter les intérêts publics, il s'avère nécessaire d'évaluer les intérêts réels du particulier et de l'Administration⁷⁵⁸, afin de vérifier s'ils correspondent aux intérêts publics et dans quelle mesure, afin de pouvoir ensuite les peser et les composer face au cas concret.

Il est rappelé que les intérêts d'un individu privé peuvent se présenter sous différentes dimensions privées⁷⁵⁹, qui correspondent à des commodités personnelles et égoïstes, ou publiques, se référant à la qualité d'intégration de la collectivité. En ce qui concerne la dimension privée, elle n'est pas l'ennemie des intérêts publics, puisque ceux-ci sont composés de certains aspects des intérêts privés, mais, en tout cas, ils ne sont pas identiques⁷⁶⁰, ce qui

titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, Aug./Déc. 2013, p. 640. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 68-70. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2014, p. 491.

⁷⁵⁶ « La résolution des conflits ne constitue qu'une des branches de la médiation et n'obéit pas uniquement à des considérations managériales, sa rentabilité politique économique et sociale n'est pas négligeable. » Les conflits ont un coût et « leur mauvaise résolution ruine une société au sens économique et humain du terme ». GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 97.

⁷⁵⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; GONÇALVES, Cláudio Cairo. Justiça multiportas, desjudicialização e negociação na Administração Pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil, p. 139-155. In: NOLASCO, Rita *et al.* (Coord.). **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. São Paulo: RT, 2021, p. 148.

⁷⁵⁸ Il est rappelé que dans les techniques de médiation facilitatrice et intégrative, la position - qui est apparente - est séparée des intérêts - qui sont les véritables prétentions plus profondes et généralement non apparentes. ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash Editora, 2016, p. 107-108.

⁷⁵⁹ Pourtant, tout intérêt ne correspond pas à un droit. « Il y a des intérêts qui sont protégés par le système juridique, alors que d'autres ne le sont pas. [...] On peut alors dire qu'au milieu d'une mer d'intérêts, un ensemble plus restreint d'entre eux est élevé à la dignité de droits subjectifs, d'autres espèces ne bénéficiant pas de cette protection par la loi ». Selon François Ost, on peut visualiser les intérêts sous la forme d'un cercle, dont le noyau représente les droits subjectifs, assurés au maximum. Ensuite, il y a les intérêts légitimes, dotés d'une certaine protection juridique, puis ceux simples, indifférents, qui sont facultatifs et, dans la quatrième couche, les intérêts illicites, dont la réalisation est pénalisée. OST, François. *Entre droit et non-droit : l'intérêt*. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). *Droit et intérêt*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2, p. 10, 36-37. *Apud* HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 79, 83.

⁷⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 83.

est dû au fait que chaque particulier compose le tout, le public, et que ce dernier est le fruit de la collectivité des particuliers.

L'intérêt général est « une fonction qualifiée des intérêts des parties ». Il existe une « relation intime et indissoluble entre le soi-disant intérêt général et les soi-disant intérêts individuels ». ⁷⁶¹ L'intérêt général est une partie de l'intérêt des individus, qui correspond à leur participation en tant que membres de la collectivité. ⁷⁶² Il n'existe donc pas d'intérêt général déconnecté de celui des membres de la collectivité ; s'il en était ainsi, « le sentiment de coexistence de l'individu dans la communauté » serait éliminé. ⁷⁶³ Concernant cette interconnexion, Habermas affirme que « l'autonomie privée et publique, les droits et la souveraineté du peuple se présupposent mutuellement ». ⁷⁶⁴

Ainsi, les intérêts des citoyens comportent des dimensions tout à la fois privées et publiques. Chaque individu a des besoins personnels et d'autres en tant que membre de la collectivité. ⁷⁶⁵ Il peut arriver que, dans certains cas, ils ne coïncident certes pas, mais puissent être équivalents ou complémentaires, de sorte que l'accomplissement de l'un sera aussi, dans une certaine mesure, celui de l'autre. ⁷⁶⁶ Il existe une interconnexion entre les sujets et une reconnaissance réciproque de leurs droits. ⁷⁶⁷ L'intérêt général peut être représenté par « un intérêt individuel concrètement partagé par des segments importants de la société ». ⁷⁶⁸

Comme le souligne Daniel Hachem, il est possible d'identifier, que l'expression « intérêt général » est utilisée par le droit administratif pour des notions différentes ⁷⁶⁹, dont

⁷⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 60.

⁷⁶² Ibid., p. 61.

⁷⁶³ Il existe une implication mutuelle, « tout ensemble n'a son existence préservée que dans la mesure où les cellules qui le composent existent également avec la liberté nécessaire et suffisante pour assurer leur individualité » (traduction libre). BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo**. 6.ed. Curitiba : Juruá, 2012, p. 15.

⁷⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 116.

⁷⁶⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo**. 6.ed. Curitiba : Juruá, 2012, p. 15.

⁷⁶⁶ Par exemple, il existe des situations claires dans lesquelles les intérêts poursuivis par les particuliers sont en harmonie avec ceux publics, comme dans les actes traditionnels du pouvoir de police, ceux qui sont ampliatifs ou bénéfiques aux particuliers, dans les demandes d'autorisation et de permis d'environnement, ainsi que dans les concessions ou permissions d'utilisation de biens publics par des particuliers.

⁷⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 120-121; 124.

⁷⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, 26, p. 115-136, 1999, p. 124.

⁷⁶⁹ Le terme « intérêt » est polysémique, car de nombreux concepts juridiques l'utilisent. Selon Daniel Hachem, François Ost soulève cette question et rappelle que le Vocabulaire juridique de G. Cornu accorde plusieurs sens à ce terme, par exemple, selon le sens n° 2, l'intérêt correspond à un bénéfice, un avantage et ne signifie pas un droit, alors que d'après celui n° 4, tel est le cas, il veut dire « droit ». OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). Droit et intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2, p. 11. *Apud* HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito

l'une «se réfère à un intérêt général au sens large et générique, considéré comme l'ensemble des intérêts protégés par le système juridique », dans une perspective de limitation de l'action administrative. L'autre notion implique « un intérêt général au sens strict, spécial, qui, s'il est présent, autorise l'Administration publique à agir » et, si cet intérêt qualifié est présent, l'Administration peut exercer ses prérogatives.⁷⁷⁰

Il existe donc des intérêts publics dans une perspective générique et plus large⁷⁷¹ et d'autres plus spécifiques, qui se traduisent par « l'intérêt de la communauté elle-même considérée (intérêt général), à identifier dans le cas concret par l'Administration publique ». L'intérêt général au sens large est une notion proche de ce que l'on considère comme la légalité administrative, la nécessité de respecter le système juridique dans son ensemble.⁷⁷² Les intérêts spécifiques correspondent, quant à eux, à une compétence attribuée par le système juridique, « hypothèse dans laquelle sera autorisée sa prévalence sur les intérêts individuels et collectifs (intérêts spécifiques) également protégés par le système normatif ». ⁷⁷³

Le système juridique prévoit divers intérêts publics, y compris dans leur dimension spécifique et restreinte, qui peuvent, dans certains cas, donner lieu à des controverses.⁷⁷⁴ Les intérêts spécifiques peuvent également être prévus dans des dispositions normatives qui donnent lieu à plusieurs possibilités de réalisation. De même, il peut y avoir des controverses entre des intérêts publics dans leur perspective large et d'autres publics spécifiques, défendus dans une certaine situation par l'administration, mais qui s'avèrent compatibles avec un autre intérêt général spécifique. Face à ces possibilités, il est pertinent d'avoir un espace de dialogue

Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 79.

⁷⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, année 11, n. 44, p. 59-110, apr./jun. 2011, p. 67.

⁷⁷¹ Au sens large, « tous les intérêts légalement protégés sont envisagés, englobant à la fois l'intérêt de la communauté en tant que telle (intérêt général) et les intérêts individuels et collectifs (intérêts spécifiques), lorsqu'ils sont envisagés par le droit positif » (traduction libre). Il englobe donc les domaines les plus variés du droit. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 68-70.

⁷⁷² HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 71.

⁷⁷³ Ibid., p. 68-69.

⁷⁷⁴ Par exemple, l'installation d'une industrie dans une région qui ne dispose que de peu d'emplois et de revenus, mais subit une dégradation environnementale excessive, il existe un conflit entre les droits à la libre entreprise, au travail et au développement, même si c'est sous l'angle économique et, éventuellement, social, et les droits à la santé et à un environnement équilibré. On peut voir que la défense de l'intérêt général peut être effectuée dans les deux sens, mais c'est la pondération, utilisée dans les collisions de droits fondamentaux, qui permettra de régler ce conflit. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 168.

et de réaliser une tentative de composition extrajudiciaire, parce que, en définitive, la relation conflictuelle entre les individus et l'Administration et la soumission de ceux-ci à tous les effets néfastes de procédures judiciaires coûteuses pour tous ne relèvent pas de n'est l'intérêt général.

L'intérêt général est souvent protégé de manière générique et abstraite, par des normes générales et abstraites⁷⁷⁵, par exemple, la protection de la santé.⁷⁷⁶ Toutefois, dans l'accomplissement de cet intérêt général, il existe des questions pratiques, spécifiques au contexte, qui doivent être réglées, de préférence avec les personnes concernées. Parfois, il s'agit de délibérer concernant les moyens qu'il convient de mettre en œuvre pour satisfaire un certain intérêt ou sur les aspects de cet intérêt qui seront satisfaits ou, finalement, de définir lequel des intérêts publics en jeu prévaut dans cette circonstance, sans empêcher pour autant l'accord d'établir des solutions adaptées à des moments ultérieurs ou dans certaines conditions.⁷⁷⁷ Par exemple, s'il résulte d'un accord que la puissance publique se conformera à une mesure qui représente l'intérêt général, dans un contexte donné, elle n'éliminera pas l'intérêt général mais le remplira, et peut-être de manière plus complète et plus efficace.

Il est habituel que les actions administratives fassent intervenir plusieurs principes et aient des répercussions sur les intérêts et les droits des individus auxquels correspondent d'autres principes et il peut, éventuellement, être nécessaire de les mettre en balance.⁷⁷⁸ Dans

⁷⁷⁵ L'application de la notion d'intérêt général « n'est pas un simple jugement fiscal de simple légalité » (traduction libre). GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 267-318, jul./dez. 2017, p. 281.

⁷⁷⁶ À cet égard, Robert Alexy souligne que les droits constitutionnels et fondamentaux sont abstraits et doivent être réalisés, autant que possible, en fonction des possibilités juridiques et de la réalité, cette dernière dépendant des options d'action. Les possibilités juridiques de réalisation, en plus de dépendre des règles, sont déterminées par les principes opposés, qui peuvent se référer à des droits constitutionnels individuels ou collectifs en conflit. En cas de collision, un équilibrage s'avérera nécessaire (traduction libre). « *Fundamental or constitutional rights are rather abstract rights [...] constitutional rights have to be realized to the highest degree that is actually and legally possible. The actual possibilities of realization depend on alternative ways of action.* » « *The legal possibilities of realization, in addition to being dependent on rules, are determined essentially by means of opposing principles. These opposing principles can refer either to colliding constitutional rights of other individuals or to collective goods. In any case of collision a weighing or balancing becomes necessary.* » ALEXY, Robert. Rights, legal reasoning and rational discourse, 143-152. **Ratio Juris**. Vol. 5 NO. 2 July 1992, p. 146-147.

⁷⁷⁷ Selon la théorie des principes d'Alexy, ce sont des mandats d'optimisation, qui doivent être exécutés au maximum, selon la proportionnalité afin d'atteindre l'optimum pareto. (traduction libre). « La procédure de pesée rationnellement structurée est fournie par la théorie des principes. Les principes sont des commandes à optimiser. En tant que tels, ils impliquent ce que (...) l'on appelle la règle de la proportionnalité (...) les droits en tant que principes exigent la Pareto-optimalité ». ALEXY, Robert. Rights, legal reasoning and rational discourse, 143-152. **Ratio Juris**, vol. 5, n. 2, Oxford, July 1992, p. 149.

⁷⁷⁸ La fonction administrative consistant à peser les intérêts concurrents et le sacrifice minimal est identifiée. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 236.

un cas concret, il est rare d'identifier un seul intérêt général qui soit commun à tous. Il est donc courant qu'il existe plusieurs intérêts publics, tous protégés par le système juridique.⁷⁷⁹

La médiation est menée afin de déchiffrer les intérêts réels des personnes impliquées, qui divergent des positions qui correspondent au plaidoyer immédiat, souvent contaminé par des sentiments négatifs que les difficultés de communication et l'approfondissement du conflit, sans solution, font surgir. Ainsi, le processus de médiation, à partir de l'utilisation de ces techniques et de la création d'un espace propice au dialogue, peut prouver que l'intérêt particulier n'est souvent pas si différent de celui général, ce qui renforce la réalisation de l'intérêt général, d'une manière riche que le Pouvoir public n'avait même pas imaginée. Dans ce contexte, l'instauration du dialogue et la possibilité de composition des intérêts offerte par la médiation, qui, en fait, devrait exister à la base de l'action administrative démocratique, revêtent une grande importance.

L'administration elle-même peut défendre un intérêt supposé public sans qu'il le soit pour autant, c'est-à-dire que, dans ce cas, elle adopte une position qui semble être publique, mais un intérêt qui ne l'est pas. A certains moments l'intérêt général dit primaire, détenu par un citoyen, se heurte à un intérêt général dit secondaire⁷⁸⁰, défendu par l'Administration comme apparemment primaire⁷⁸¹, par exemple, dans l'hypothèse où le Pouvoir Public aurait causé des dommages à un citoyen et aurait le devoir de l'indemniser. Dans une telle situation, l'Administration ne défend pas l'intérêt général, mais un autre illicite, le non-respect du système légal.⁷⁸² On entrevoit que la Loi de l'action populaire, n. 4.717/1965, dans son article 6, § 3, a prévu la possibilité pour le demandeur, un citoyen, d'agir pour la défense de l'intérêt général et, dans ces cas, a permis que la personne morale de droit public ou privé, dont l'acte fait l'objet d'une contestation, puisse s'abstenir de contester la réclamation, ou agir du côté du demandeur.

En cas de conflit entre les principes, l'un d'entre eux aura « la priorité sur l'autre dans certaines conditions ». En réalité, « les principes ont des poids différents » et c'est celui qui a

⁷⁷⁹ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 44-45.

⁷⁸⁰ Cette distinction s'appuie sur la doctrine de Renato Alessi, dont la diffusion dans le droit administratif brésilien peut être attribuée à MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 65-69

⁷⁸¹ Selon HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 315.

⁷⁸² Il s'agit certes là d'une situation surréaliste, mais courante, puisqu'il semble s'agir d'« une activité financée par les contribuables (le cabinet de droit public) mise au service de la défense d'actes illégaux commis contre ces mêmes contribuables » (traduction libre). SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 166.

le plus de poids dans un cas donné qui prévaut. Il s'agit d'analyser concrètement lequel des intérêts divergents a le plus de poids. Entre les principes il n'existe pas une priorité absolue.⁷⁸³ Le caractère *prima facie* des principes exige qu'ils soient appliqués « dans toute la mesure du possible dans le cadre des objectifs juridiques et factuels existants ».⁷⁸⁴

Selon la théorie d'Alexy, la loi de collision, la préséance d'un principe sur les autres, est définie à l'aide de la proportionnalité dans ses trois aspects : adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict. Les deux premiers renvoient à l'optimisation des principes en conflit devant les possibilités factuelles, tandis que la proportionnalité au sens strict découle de l'ensemble des principes, des fondamentaux qui régissent ce domaine - commandements d'optimisation des normes en conflit.⁷⁸⁵

Le test d'adéquation évalue si le moyen (M) s'avère adéquat, s'il facilite la réalisation du but recherché et s'il ne contrarie pas d'autres buts, selon les connaissances existant à l'époque.⁷⁸⁶ Le test de nécessité évalue quelle mesure est la plus adaptée à l'objectif visé, « pour le rendre plus probable », si elle y répond « à la même échelle et avec une rapidité de résultat comparable », ainsi que par rapport aux coûts. Le moyen le plus adéquat pour atteindre le but recherché est évalué et le plus préjudiciable à d'autres fins est écarté.⁷⁸⁷ Le test de nécessité est proche de l'évaluation de l'opportunité et de la commodité, lié aux faits et aux politiques, et se caractérise par sa grande pertinence pour l'activité typiquement administrative et permet de davantage limiter le contrôle judiciaire, dont l'analyse devra se référer à des options concrètes.⁷⁸⁸

Alexy illustre la maxime de nécessité de la façon suivante : l'Etat a l'objectif Z, qui repose sur le principe P1, et pour l'atteindre, il a deux possibilités de mesures M1 et M2. Il arrive que M1 finisse par affecter un autre principe P2 et que M2 l'affecte dans une moindre mesure. De la sorte, si l'on choisit la mesure M2, il y a une optimisation des principes, la P2

⁷⁸³ Robert Alexy illustre cet équilibre et cette préséance devant le cas concret à partir de l'exemple de l'affaire Lebach, dans laquelle la chaîne de télévision ZDV, en faisant usage de sa liberté d'informer, avait l'intention de diffuser un documentaire sur l'affaire concernant la mort de quatre soldats, pendant leur sommeil, dans un dépôt d'armes et de munitions de l'armée allemande, situé près de la ville de Lebach. La question controversée était que l'un des condamnés était sur le point de quitter la prison au moment de la diffusion du documentaire et défendait ses droits fondamentaux de protection de la personnalité et, en particulier, le droit à la resocialisation. La Cour constitutionnelle fédérale a estimé qu'il existait un précédent général de la liberté d'informer à condition de traiter des « faits criminels actuels ». Cependant, dans le cas analysé, il s'agissait de la répétition de nouvelles, concernant un crime grave, sans caractère actuel d'information, qui mettait en danger la resocialisation du détenu, donc, dans de telles conditions, elle a compris que la protection de la personnalité prévalait. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2014. p. 93-94, 97, 99-102.

⁷⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2014. p. 103-104.

⁷⁸⁵ Ibid., p. 116-118.

⁷⁸⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 171-173.

⁷⁸⁷ Ibid., p. 174-175.

⁷⁸⁸ Ibid., p. 175.

pouvant être réalisée dans une plus large mesure, compte tenu des possibilités factuelles. L'analyse de la nécessité indique, en ce sens, que l'objectif doit être atteint par la mesure la moins contraignante. Cependant, si M1 et M2 affectent tous deux P2, de sorte que la meilleure façon d'atteindre P2 consisterait à n'adopter ni M1 ni M2, la question n'est plus phatique, mais se déplace vers la sphère de la possibilité juridique, vers « l'équilibre entre P1 et P2 (proportionnalité au sens strict) ». ⁷⁸⁹

La proportionnalité au sens strict fait référence aux possibilités juridiques, nécessaires lorsque l'efficacité d'un principe interfère avec un autre. C'est la pondération, qui consiste à apprécier quel principe a le plus de poids dans la circonstance factuelle. Dès lors qu'il engendre un sacrifice ou une limitation aux autres principes, ce principe sera plus important. Le poids de ce principe est analysé en termes matériels et abstraits dans le système et en termes concrets. Plus l'intervention sur d'autres principes s'avère importante, et plus le poids du principe qui prévaut dans l'affaire doit être grand. ⁷⁹⁰ Les principes liés à la démocratie et à la dignité humaine ont un poids important. La théorie de la pondération n'est pas une formule algorithmique visant à résoudre tous les problèmes, mais permet la conduite argumentée rationnelle des décisions, dont l'exposition dans un cas concret doit être effectuée de manière transparente et permettre le contrôle. ⁷⁹¹

La rationalité de la théorie de la pondération peut être utilisée dans la médiation, sans représenter pour autant une violation de l'intérêt général, au contraire, comme étant un moyen, avec la participation des personnes impliquées, de le localiser et de le réaliser avec plus de précision, de transparence et de rationalité.

L'indisponibilité de l'intérêt général n'empêche pas la réalisation de certaines considérations, en observant la raisonnable et la proportionnalité et, donc, les négociations, pour savoir si elles apportent plus d'avantages à la protection et à la réalisation de l'intérêt en jeu. ⁷⁹²

L'action administrative consensuelle permet d'atteindre des résultats qui satisfont les intérêts des personnes concernées, « dans une réalité où la satisfaction des intérêts publics est

⁷⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2014. p. 118-120.

⁷⁹⁰ Selon la théorie d'Alexy, telle qu'elle est rapportée par Branco, plus le principe est proche de la vie humaine et de l'autonomie de l'individu, et plus son poids est grand. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 177-179.

⁷⁹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 180-188.

⁷⁹² VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, vol. 251/2016, p. 391 – 426. São Paulo: RT, 2016.

une tâche partagée entre le ‘public’ et le ‘privé’ ». ⁷⁹³ Cette manière de procéder satisfait les parties concernées, en « augmentant ainsi le bien-être collectif et encourageant le développement coopératif ». ⁷⁹⁴

Il s'ensuit que l'espace de médiation permettra à la communauté de présenter ses intérêts et d'autres possibilités de mesures, qui peuvent se référer aux mêmes principes envisagés par la mesure initialement prévue par l'autorité publique et, ainsi, dans le dialogue et l'analyse des propositions, sera vérifiée la mesure qui réalise le mieux ce principe ou qui le fait sans affecter d'autres principes, mais à l'inverse en les optimisant. En outre, les intérêts et les mesures présentés par la communauté peuvent se référer à d'autres principes et, précisément pour vérifier la possibilité d'un accord et son contenu, il sera nécessaire de peser les principes dans ce cas particulier. A cet égard, une décision motivée et conséquentialiste doit être rendue, mettant en évidence les mesures disponibles et les principes pondérés, que ce soit par rapport à la composition des intérêts ou dans le cas où celle-ci ne se produirait pas.

Ainsi, la médiation, avec ses techniques, en établissant un environnement neutre de dialogue et de consensus, dont l'égalité de manifestation est assurée par le médiateur, peut être présentée comme un instrument pertinent à la pondération démocratique d'intérêts publics plus fidèles à la réalité. C'est un instrument qui permet d'accomplir la « personnalisation du droit administratif » ⁷⁹⁵ et de l'intérêt général, en le sortant de son abstraction et de son anonymat vers une identité - individuelle, collective ou diffuse. L'intérêt général doit être compris comme la réalisation de la dignité humaine, afin de satisfaire les besoins de la collectivité, à un certain moment et dans un espace donné, afin d'appliquer des valeurs fondamentales, significatives pour tous. ⁷⁹⁶

Comme on le voit, lorsque des intérêts sont également protégés par le système juridique et s'opposent, il est nécessaire de réfléchir, en favorisant son homogénéisation, pour ne pas privilégier totalement l'un d'entre eux et nuire à l'autre ou aux autres également de manière absolue. C'est « la solution qui réalise le plus intensément tous les intérêts » ⁷⁹⁷ qui doit être recherchée. Toutefois, une telle harmonisation doit respecter la procédure légale et, dans ce but, la médiation s'insère comme un processus dialogique et consensuel, équilibré par un tiers neutre et impartial.

⁷⁹³ GUERINI, Caroline Gonçalves; RAINER, Yahn. A concertação administrativa e os dilemas na efetivação dos acordos ambientais no Brasil. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino. (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de. (Org.) **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 362.

⁷⁹⁴ NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2014, p. 176.

⁷⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, 26, p. 115-136, 1999, p. 130.

⁷⁹⁶ Ibid., p. 130-131.

⁷⁹⁷ Ibid., p. 132-133.

Si l'intérêt général peut être atteint en consonance avec les intérêts défendus par les particuliers, cela se fera certainement d'une manière plus intégrale et valorisante pour l'intérêt général lui-même. Il n'y a aucune raison de ne pas reconnaître et appliquer les droits et de confier au pouvoir judiciaire leur réalisation tardive s'ils peuvent et doivent être réalisés au siège administratif.⁷⁹⁸ Les effets négatifs des conflits avec l'Administration publique doivent être résolus de manière efficace, dans un délai raisonnable, car la prolongation des pendants judiciaires génère des coûts directs et indirects de différentes dimensions.⁷⁹⁹ Il n'est certainement pas dans l'intérêt général d'ignorer les gens, de ne pas tenir compte de leurs besoins, dont beaucoup font partie de l'intérêt général lui-même, et de gonfler les prétentions judiciaires.

En outre, la relation d'opposition entre l'administration et les particuliers se heurte de manière véhémente aux principes qui régissent l'action administrative tels que la confiance, la sécurité juridique, la moralité, l'économie, l'efficacité et la dignité de l'être humain.⁸⁰⁰ En outre, il n'est absolument pas logique que la puissance publique consacre du temps, des ressources humaines et financières à adopter une posture contradictoire à l'égard de la communauté. Le respect de la dignité humaine exige que le gouvernement emploie tous les moyens et ressources disponibles de la manière la plus efficace et la plus rationnelle afin d'y répondre.⁸⁰¹

Ainsi, en ce sens, des moyens dialogiques et consensuels sont disponibles pour résoudre et prévenir les controverses, plus conformes à la dignité humaine, d'ailleurs, les promoteurs de celle-ci, devraient prendre le pas sur ses adversaires. Celles-ci, par le biais de la juridiction, sont nécessaires de manière subsidiaire – étant plus lourdes et plus coûteuses –, lorsqu'elles s'avèrent inévitables, mais pas comme point de départ de toute controverse. Une telle démarche n'est ni raisonnable ni compatible avec la dignité humaine en tant qu'élément fondateur du système.⁸⁰²

Le processus de médiation met en lumière les aspects nodaux de la controverse, il est adapté à la résolution de « conflits complexes et multiformes », puisqu'il permet de traiter des

⁷⁹⁸ RIVERO, Antole; CAMARATTA, Martín. Nuevos paradigmas desde la Administración Pública para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dic. 2015, p. 140.

⁷⁹⁹ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 28.

⁸⁰⁰ Ibid., p. 27.

⁸⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, 26, p. 115-136, 1999, p. 131.

⁸⁰² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 46.

aspects non apparents et de « travailler avec des intérêts et des besoins multiples, en les harmonisant et en recherchant des compensations et des solutions créatives qui maximisent la protection » des intérêts multiples et des différentes personnes impliquées.⁸⁰³ Cela ne signifie pas pour autant qu'il s'agit de la meilleure façon de résoudre tous les conflits, mais, il est nécessaire que le pouvoir judiciaire ne soit pas le seul et ne doive pas constituer le principal moyen de résoudre les conflits entre l'Administration et les individus. C'est l'adoption d'un traitement approprié aux conflits et de mesures préventives dans la sphère administrative qui est préconisée à cet égard, en privilégiant les modes en résolution amiable, en particulier la médiation.

Conclure des accords avec des parties privées, en compatibilité avec le respect et l'indisponibilité de l'intérêt général, ne consiste pas à renoncer pour autant à la réalisation d'un intérêt général au profit d'un intérêt privé égoïste, mais à identifier les meilleures mesures et/ou à chercher à rendre compatibles deux ou plusieurs intérêts publics abrités par le système juridique et éventuellement à les maximiser. L'intérêt général peut résider dans l'exécution de l'accord.⁸⁰⁴ Il est important de souligner que « l'intérêt général lui-même n'est pas un vide qui permet l'imputation de n'importe quelle raison qui peut convenir à n'importe qui ». ⁸⁰⁵

Un autre aspect qu'il convient de prendre en compte dans un règlement concerne l'atteinte éventuelle aux intérêts publics du fait de l'absence de solution amiable au conflit, en raison de l'échec de la conclusion d'un accord. Il peut arriver qu'au moment de la négociation, la composition elle-même n'apporte pas de contributions significatives à l'intérêt général, même si elle ne le contredit pas, mais les effets résultant de la non-composition peuvent être extrêmement préjudiciables à l'intérêt général et doivent être pris en considération. Le concordat peut éviter des dommages futurs à l'intérêt général.

Dans la perspective d'une bonne administration et d'une tutelle administrative directe et immédiate, il est nécessaire d'établir les canaux par lesquels la communauté peut se manifester, interagir avec le Pouvoir Public et présenter ses intérêts et ses propositions, notamment la médiation, qui constitue un environnement propice au dialogue, à un meilleur équilibre entre les parties impliquées, au (ré)établissement de relations, ainsi qu'à la résolution et la prévention des conflits.

⁸⁰³ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 70.

⁸⁰⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial, p. 143-187. In: **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 165.

⁸⁰⁵ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 267-318, jul./dez. 2017, p. 309.

Afin de comprendre l'éventail des possibilités de recours à la médiation dans la sphère administrative, souvent obscurci par l'interprétation erronée de l'indisponibilité de l'intérêt général, il est important de revenir sur les précisions apportées par Daniel Hachem. Il convient en cela de noter que l'intérêt général a un sens objectif, de sorte qu'il peut parfaitement contenir des droits, fondamentaux ou non, individuels, diffus et collectifs. L'intérêt général correspond à ce qui est objectivement protégé par le système juridique. Ainsi, il est universel, c'est-à-dire que tous les cas qui se trouvent dans la même situation devraient bénéficier d'une protection égale par la règle. L'intérêt privé, quant à lui, est celui « subjectivement voulu par toute personne, physique ou morale, publique ou privée, pour la satisfaction de sa convenance personnelle ». ⁸⁰⁶ Les « véritables intérêts publics » ne s'opposent pas au respect des « revendications privées légitimes » et ne sont pas compatibles avec le « déficit chronique d'efficacité des procédures administratives et judiciaires ». ⁸⁰⁷

La clarification de l'étendue de la notion d'intérêt général et la perception que ses détenteurs sont plusieurs, ou même un individu singulier, permet de lever tout malentendu quant à l'indisponibilité de l'intérêt général. L'élucidation permet de confirmer la possibilité d'adopter un processus de médiation et de signer un accord entre un particulier et l'Administration publique et, malgré cela, de protéger et peut-être même de mieux réaliser un intérêt général.

Le fait que l'une des parties soit privée ne signifie pas pour autant, a priori, qu'elle soit à la recherche d'un intérêt privé, au sens de la seule satisfaction de ses convenances, elle peut soutenir la défense d'un intérêt général ⁸⁰⁸, qui doit être considéré et pesé par l'Administration quelle que soit la partie, de manière objective et universelle. Ainsi, l'intérêt général défendu revêt un caractère objectif, peu importe à qui et pour qui, ce qui correspond à ce que l'on appelle l'intérêt général au sens large.

L'intérêt général au sens strict correspond à une compétence administrative et à un pouvoir d'agir. Toutefois, les dispositions normatives confient généralement à l'autorité publique le soin d'évaluer si cette compétence est effectivement remplie dans le cas concret.

⁸⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 84-85.

⁸⁰⁷ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 29.

⁸⁰⁸ « Les droits subjectifs à caractère individuel doivent invariablement être considérés comme relevant de l'intérêt général (lato sensu). » La différence est que l'intérêt général au sens strict confère une compétence et un pouvoir d'agir dans un certain sens. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 86-87.

Ainsi, face aux faits, l'autorité publique évaluera si l'intérêt général, qui exige une certaine mesure, est présent.⁸⁰⁹ La compétence, dans ces cas, ne sera configurée que si les conditions indiquées dans l'énoncé normatif - qui utilisera le terme « intérêt général » - constituent en quelque sorte une hypothèse normative ou d'autres termes abstraits, et dans les deux cas il y aura une compétence discrétionnaire pour l'évaluation du cas concret et si celui-ci répond à l'intérêt général.⁸¹⁰

Il se trouve que cette compétence pour évaluer le cas concret n'est plus compatible avec une analyse unilatérale et seulement par la perspective publique, selon l'État de droit démocratique, la valorisation de la personne humaine et une conséquente horizontalisation des relations entre le Pouvoir Public et les individus.⁸¹¹ L'évaluation de la correspondance ou non du cas concret à l'intérêt général énoncé dans la déclaration normative – dans le cas de l'intérêt général au sens strict – peut et doit s'appuyer sur la participation et la collaboration de la communauté, ce qui permettra d'aboutir à une connaissance plus réelle des faits, du point de vue des personnes concernées.

Ainsi, l'une des voies appropriées pour cette participation et l'identification de la réalité de manière plus fiable est le processus de médiation, qui n'en exclut pas d'autres et ne

⁸⁰⁹ « Il s'agit de situations dans lesquelles l'énoncé normatif fait une référence au second degré à la décision administrative, puisque la sélection au premier degré est préalablement opérée par la loi » (Traduction libre). Un exemple est l'expropriation, pour laquelle il existe une autorisation législative, à condition que, dans le cas concret, les exigences légales soient respectées. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 88.

⁸¹⁰ Il est toutefois précisé que la particularité de l'intérêt général au sens strict n'est pas l'utilisation de l'expression intérêt général ou d'autres qui donnent lieu à un pouvoir discrétionnaire, mais « la nécessité de la présence de cet intérêt général particulier pour permettre l'action administrative » (traduction libre). Toutefois, même si l'intérêt général au sens strict est identifié, cela ne signifie pas pour autant que les prérogatives publiques prévaudront toujours, « cela dépendra des circonstances du cas spécifique, puisque les deux intérêts en jeu trouvent un support normatif » (traduction libre). L'arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, jugé par le Conseil d'État français, en est une illustration. Dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que, malgré l'intérêt général de circulation justifiant l'expropriation d'un bâtiment abritant un hôpital psychiatrique, il s'agissait du seul hôpital de la région. Ainsi, en mettant en balance l'intérêt général de circulation de la collectivité et celui collectif des patients, ce dernier a prévalu et l'acte d'expropriation a été considéré comme nul et non avenu. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 88, 101-102. FRANÇA. **Conseil d'État**, 78829, Arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, le 20 octobre 1972. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007642995/>. Accès le : 28 juillet 2021.

⁸¹¹ Certains juristes se demandent si « c'est encore la meilleure option pour le système judiciaire national que les conflits liés aux droits indisponibles soient toujours 'résolus' par la formule traditionnelle de l'adjudication étatique, réalisée, en règle générale, de manière solitaire et imposante. Ne serait-il pas plus approprié, légitime et démocratique que ces conflits soient de plus en plus susceptibles de faire l'objet de négociations franches qui, afin d'en plus, impliquer nécessairement le ministère public, le parquet, les autres entités collectives de protection des intérêts ou des droits en litige et même directement la population concernée, qui serait toujours sous la supervision du pouvoir judiciaire ? La réponse semble évidente, inévitable » (traduction libre). VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, vol. 251/2016, p. 391 – 426. São Paulo: RT, 2016.

signifie pas non plus qu'il résoudra tous les obstacles au rapprochement et à la bonne relation entre le Pouvoir Public et les particuliers, cependant, il peut générer de grandes avancées. Le « développement de la médiation révèle l'émergence d'un comportement civique nouveau ».⁸¹²

Selon le principe d'efficacité, face au pouvoir discrétionnaire, l'administration doit choisir l'option la plus efficace, même s'il existe d'autres possibilités de respecter la règle.⁸¹³ Toutefois, pour que l'administration puisse trouver la solution optimale, il est nécessaire d'analyser la réalité, y compris la participation et la collaboration de ceux qui réaliseront ou non cette efficacité. Le dialogue entre l'administration et les personnes concernées, de manière préventive, s'avère pertinent dans cette identification.

Ainsi, le dialogue ne signifie pas que l'on accepte, et encore moins que l'on adhère complètement à la demande de l'autre, il ouvre des perspectives pour une nouvelle solution, qui n'avait potentiellement pas été envisagée par les personnes impliquées avant sa réalisation. Ainsi, la participation dialoguée et la composition des intérêts, en plus de permettre une identification plus précise de l'intérêt général dans le cas concret⁸¹⁴, permet de rendre cette identification plus efficace, d'améliorer la transparence de l'action publique et de fournir de plus grandes subventions à la motivation.

Les activités publiques doivent être gérées en tenant compte de la vitalité de la réalité qui émane des citoyens.⁸¹⁵ Le droit à une bonne administration met en lumière le lien existant entre les intérêts publics et les droits des citoyens, qui contraste avec la version fermée et unilatérale de l'intérêt général.⁸¹⁶ En outre, la composition préalable des intérêts, avec la participation et la collaboration de la communauté, tend à réduire les litiges, et les ajustements nécessaires à l'action administrative peuvent être effectués de manière dialogique et en résolution amiable. Ainsi que l'a déclaré Diogo de Figueiredo Moreira Neto, « dans le cadre du droit administratif, il n'est jamais question de négocier l'intérêt général, mais de négocier les moyens de l'atteindre avec une plus grande efficacité ». En outre, la résolution des conflits

⁸¹² GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 102.

⁸¹³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 182-183.

⁸¹⁴ « Dans le moment historique actuel, c'est une conception concrétiste du phénomène juridique qui prévaut, c'est-à-dire que l'on comprend que les décisions juridiques doivent partir de problèmes concrets, en tenant compte des particularités de ces problèmes » (traduction libre). MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria do ato administrativo à luz das alterações da LINDB*. In: VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 34.

⁸¹⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan/mar. 2003, p. 22.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 31.

sert l'intérêt général.⁸¹⁷ Ainsi, dans la perspective où la bonne résolution des conflits est un intérêt général, on peut entrevoir le devoir de l'Administration de prévenir et de résoudre les conflits de manière administrative.

Il s'ensuit que la participation et le dialogue avec la communauté, qui sont propagés par la médiation, contribueront à l'identification et à la construction concrète des intérêts publics afin de mieux les réaliser et non comme une façon de s'en débarrasser, dans le sens de leur non-réalisation. A l'inverse, bien souvent, lorsque l'Administration ne se montre pas ouverte au dialogue et à la composition des intérêts avec les parties privées, sans justification, elle se défait de l'intérêt général, au sens où elle n'adopte pas de mécanismes participatifs et démocratiques qui permettraient d'améliorer la réalisation des intérêts publics.⁸¹⁸ Le fait de ne pas adopter de moyens participatifs et dialogiques en vue de la réalisation des intérêts publics, face au système juridique brésilien, finit par représenter une disposition induite de l'intérêt général puisqu'elle ne permet pas une plus grande réalisation des dispositions légales et constitutionnelles et n'assure pas de connexion avec la réalité.

Il est considéré que la résolution amiable est compatible avec le principe d'indisponibilité et doit être adoptée dans la mesure où elle est compatible, ainsi que dans le respect des autres principes du régime juridico-administratif. L'adoption du processus de composition, comme la médiation, en elle-même, ne viole pas l'indisponibilité, l'accord éventuel devra être le fruit d'une réflexion et amplement motivé, en indiquant, notamment, les conséquences potentielles de sa non-application et celles recherchées par sa conclusion.

Le dialogue et la relation juridique dialectique permettent l'épanouissement de données de la réalité, jusqu'alors inconnues de l'administration publique, et favorisent l'identification de solutions créatives, innovantes et satisfaisantes pour l'intérêt général. L'exercice des prérogatives, ne signifie en lui-même pas l'accomplissement de l'intérêt général, qui tend à être mieux accompli par l'élargissement des idées et le dialogue, avec la construction conjointe de solutions appropriées.⁸¹⁹ La procédure même de dialogue, de

⁸¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, 231, Rio de Janeiro, Jan/Mar, 2003, 129-156, p. 154.

⁸¹⁸ Dans la doctrine française, le principe d'indisponibilité est identifié à partir de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel la souveraineté réside essentiellement dans la nation, nul ne peut exercer une autorité qui n'en émane. C'est un principe lié à l'action publique, qui peut être violé lorsque l'autorité n'exerce pas ou mal ses pouvoirs, d'entre autres hypothèses. MAILLOT, Jean-Marc. L'indisponibilité des compétences en droit public français. **Petites Affiches**, Paris, n. 194, p. 3, sept. 2004. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200419401?em=L%27indisponibilit%C3%A9%20des%20comp%C3%A9tences%20en%20droit%20public%20fran%C3%A7ais>. Accès le : 02 août. 2021.

⁸¹⁹ À cet égard, Vivian Valle, parmi les conclusions de sa thèse, vérifie que le consensualisme n'est pas incompatible avec les principes de suprématie et d'indisponibilité de l'intérêt général. Elle explique que face à un

discussion, d'écoute et de recherche de solutions, même si celles-ci ne sont pas trouvées, est, en elle-même, une manière de réaliser l'intérêt général en ce qui concerne l'exercice de la démocratie participative et collaborative et l'efficacité de la bonne administration.

Dans cette perspective, la « médiation peut rendre la délibération moins illusoire » et devenir « un pilier de la démocratie » si le médiateur a « une extériorité suffisante » pour ne pas exercer d'influence.⁸²⁰

La médiation offre un espace public de dialogue, d'apport de données sur la réalité, avec des mécanismes garantissant l'égalité juridique de participation et de collaboration afin de permettre de trouver des solutions consensuelles concernant la réalisation des intérêts publics. Les décisions obtenues dans ce format tendent à être moins contraignantes et à davantage préserver les droits en jeu, de sorte que son adoption est justifiée. La décision unilatérale peut ne pas être aussi fiable et efficace pour englober les véritables intérêts publics en jeu, voire mettre en péril plusieurs intérêts publics, avec des effets négatifs potentiels, tels que, par exemple, la polarisation des relations, le mécontentement, la diminution de la légitimité de l'action publique, la déconnexion entre les individus et le gouvernement et la judiciarisation, de sorte que tout le monde y perd, directement ou indirectement.

Les décisions administratives, confrontées à la complexité de l'hétérogénéité des intérêts, nécessitent une participation afin d'accroître la proximité des auteurs et des destinataires de ces décisions.⁸²¹ Selon la théorie de la démocratie délibérative d'Habermas, les décisions adoptées à la suite d'un processus participatif ont tendance à être davantage respectées^{822, 823}. L'environnement dialogique et participatif tend à générer la pacification et

conflit, il doit exister des mécanismes consensuels obligatoires. VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 275.

⁸²⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 92-93.

⁸²¹ Les situations complexes sont de plus en plus nombreuses, du changement climatique à l'obésité, en passant par l'illettrisme et le racisme, par exemple. Ainsi, il est devenu inévitable d'agir de concert avec les citoyens, car la société est devenue plus complexe, plus exigeante et en mutation rapide, des nouveautés surgissent, en effet, sans cesse et à grande vitesse. Outre le défi que représente l'optimisation des ressources, qui sont rares, les décisions exclusivement unilatérales ne sont plus adaptées. Les citoyens doivent également agir en tant qu'acteurs des décisions pour le bien-être de tous, mais pour ce faire, il est nécessaire que les autorités publiques encouragent cette participation, qui doit être volontaire, dans un climat de confiance mutuelle. TROSA, Sylvie. L'intérêt général : une réalité introuvable ? **Lavoisier**, Gestion & Finances Publiques, n. 3, p. 82-87, 2017/3, p. 84-85. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.cairn.info/revue-gestion-et-finances-publiques-2017-3-page-82.htm>. Consulté le : 05 Juillet 2021.

⁸²² « On constate que les décisions prises de manière participative génèrent une satisfaction accrue. Cette forme de codécision assure des services publics réactifs, qui répondent mieux aux priorités fixées en concertation avec la communauté des habitants et développe chez ces derniers un fort sentiment de responsabilité et d'appartenance. » TROSA, Sylvie. L'intérêt général : une réalité introuvable ? **Lavoisier**, Gestion & Finances Publiques, n. 3, p. 82-87, 2017/3, p. 86, disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-gestion-et-finances-publiques-2017-3-page-82.htm>. Consulté le : 05 Juillet 2021.

l'accommodation des divergences insurmontables.⁸²⁴ La validité légitime suppose l'assentiment de tous, discursivement, dans une « pratique d'autodétermination des membres du droit qui se reconnaissent mutuellement comme membres égaux et libres d'une association librement constituée ». ⁸²⁵ Il y a des indications au sens où le « *faire ensemble* », de manière engagée, avec l'implication des parties concernées, est le secret de la durabilité, de la recherche constante d'amélioration et de qualité.⁸²⁶

Ce qui ressort est le raisonnement en ce sens que, s'il s'agit d'un État républicain et démocratique de droit, dans lequel le pouvoir émane du peuple, les formes de participation, de dialogue et de consensus avec les membres de la communauté doivent être privilégiées afin de servir les intérêts publics. L'administration publique a le devoir inévitable de chercher à satisfaire les intérêts publics, mais le système juridique brésilien n'indique pas que la fonction administrative doit être de préférence unilatérale et autoritaire.⁸²⁷

Malgré tout, la nécessité d'actes unilatéraux n'est pas niée, par exemple, dans les cas urgents et extrêmes de danger pour l'intérêt général ou dans les situations où la loi prévoit que le commandement soit adopté par l'Administration, de manière contraignante, après l'échec des tentatives consensuelles ou lorsqu'il n'est pas possible d'adopter le dialogue ni les solutions consensuelles en tant que moyen de sauvegarder les intérêts publics. Néanmoins, il s'avère important de souligner la nécessité de mettre en balance la participation avec d'autres principes du système juridique⁸²⁸ en vue d'instaurer un équilibre.

Ainsi, l'on défend la primauté du dialogue et du consensus dans l'action administrative, en tant que moyen d'exercer une bonne administration et, à cette fin, la médiation apparaît comme un instrument pertinent. Selon M. Juarez Freitas, il est plus que

⁸²³ Ce point de vue est défendu par OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa*, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 167-168. Selon Habermas, l'humanité forme « le système de référence pour l'ancrage », « les raisons décisives doivent pouvoir être acceptées, en principe, par tous. » « Les antagonismes d'intérêts nécessitent un ajustement rationnel entre les intérêts concurrents et les approches axiologiques [...] par le biais de négociations équitables [...] prenant en compte même des arguments différents. » HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997, p. 143.

⁸²⁴ FREITAS, Juarez. *Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos*. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, Sept./Déc. 2017, p. 41.

⁸²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 143.

⁸²⁶ « La Finlande, pays organisateur en 2006 de la 4e conférence européenne de la qualité dans les administrations, avait choisi pour thème : 'Construire une qualité durable'. » TROSA, Sylvie. *L'intérêt général : une réalité introuvable ?* **Lavoisier, Gestion & Finances Publiques**, n. 3, p. 82-87, 2017/3, p. 85, disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-gestion-et-finances-publiques-2017-3-page-82.htm>. Consulté le : 05 Juillet 2021.

⁸²⁷ On adopte, au contraire, une conception selon laquelle l'Administration ne détient pas le monopole de l'intérêt général, elle « doit partager cette attribution avec la société ». MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 235.

⁸²⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 235.

temps d'abandonner les solutions monochromatiques à court terme et de se tourner vers des stratégies anticipatives⁸²⁹, en l'occurrence, la prévention des conflits, la solution anticipée et amicale des controverses, la préservation de la dignité, du bien-être, des relations et la réalisation des droits.

La prévention et la résolution des conflits avec les individus, la promotion de la paix et l'amélioration des relations, correspondent elles-mêmes à un intérêt général pertinent, qui figure dans le droit positif brésilien, d'autant plus que le contenu des solutions dialogiques-consensuelles est susceptible d'améliorer la réalisation des intérêts publics à travers des accords qui favorisent la maximisation des intérêts. En outre, la participation à l'action administrative permet l'engagement, l'appartenance et la défense conjointe et renforcée des intérêts publics.

4.3 LES DÉFIS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA MEDIATION ADMINISTRATIVE - UN NOUVEL OUTIL POUR LA FONCTION ADMINISTRATIVE

Des obstacles supposés à la mise en œuvre de la médiation administrative ont été présentés et élucidés, qui peuvent être rendus compatibles avec le régime juridique propre aux activités administratives, sans constituer, par conséquent, un empêchement.

Selon ce qui a été analysé jusqu'à présent, le processus de médiation extrajudiciaire doit être adopté par l'Administration publique, c'est-à-dire, en premier lieu, par la force du système juridique brésilien, en particulier, comme résultat de la constitutionnalisation du droit administratif et d'un constitutionnalisme démocratique, axé sur la réalisation des droits et la valorisation de l'être humain, qui exigent de nouveaux mécanismes de relation entre l'Autorité Publique et les individus, surtout en ce qui concerne la prévention et la résolution des conflits. De même, la réticence de l'administration et le manque de traitement adéquat des conflits favorisent une judiciarisation excessive⁸³⁰ qui, en plus de retarder la réalisation des droits, de générer des coûts divers et d'engendrer une insécurité juridique, détériore les relations entre

⁸²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006, p. 173.

⁸³⁰ Daniel Hachem considère que la judiciarisation excessive doit être analysée à partir de ses causes « et parmi elles, la posture défensive de l'Administration et le plaidoyer public pour accorder spontanément par voie administrative les droits détenus par les citoyens, ce qui finit par conduire le Pouvoir Public en tête de liste des principaux plaideurs dans le Pouvoir Judiciaire avec une participation dans plus de 65% des actions.» HACHEM, Daniel Wunder. Crise do poder judiciário e a venda do sofá. o que a administração e a advocacia pública têm a ver com isso? **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**, n. 301/2016. São Paulo: RT, 2016.

les parties, polarisées par les litiges, et ne résout pas forcément les conflits administratifs de la manière la plus pertinente.⁸³¹

La mise en œuvre de la médiation administrative, en elle-même, dans la perspective d'institutionnaliser un moyen de participation et de collaboration par le biais duquel les particuliers peuvent présenter leurs intérêts et leurs besoins à l'Administration, constitue une manière de réaliser les intérêts publics dans un État de droit démocratique, axé sur la dignité humaine.

Cependant, dans l'espace dialogique de la médiation, cette dernière ouvre, par le biais de ses techniques de communication, à l'identification des intérêts réels des personnes impliquées, qui se réfèrent à des principes, qui peuvent être compatibles ou doivent être pondérés en vue de leur meilleure application possible, dans la perspective de la réalisation maximale des intérêts publics. La nécessité de la mise en œuvre de la médiation administrative est justifiée par le fait que le processus de médiation permet, en plus de résoudre des conflits, de générer de meilleurs résultats pour tous, d'apporter des améliorations dans la relation entre le Pouvoir Public et la collectivité, tout en étant à l'origine d'un plus grand rapprochement et d'une horizontalisation, car il favorise le dialogue, la participation et la collaboration.

L'amélioration des relations constitue un ingrédient nécessaire à la cohésion sociale et à l'amélioration de la démocratie, de sorte que le renforcement de la médiation administrative configure en lui-même l'un des intérêts publics.⁸³² En outre, l'action publique issue du dialogue et de la collaboration tend à être plus efficace et davantage légitime.

Malgré les divers avantages que l'adoption du processus de médiation extrajudiciaire avec l'administration publique peut générer, il n'est pas encore réellement appliqué dans l'administration publique brésilienne, notamment dans l'administration directe⁸³³. L'utilisation balbutiante des méthodes consensuelles par l'administration publique est attribuée à certains facteurs tels qu'à l'inertie institutionnelle, la peur de la responsabilité personnelle et l'absence

⁸³¹ Les résumés présentés dans ce paragraphe ont été traités de manière plus détaillée et approfondie tout au long du texte.

⁸³² A cet égard, il est considéré que « les éventuelles négociations menées par le biais d'engagements d'ajustement de conduite ou d'autres mécanismes judiciaires ou extrajudiciaires (tels que la médiation) en viennent à représenter un modèle social beaucoup plus légitime et efficace pour résoudre efficacement des conflits difficiles et parfois anciens, pragmatiquement insolubles par la technique traditionnelle de la sentence arbitrale ». VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?* **Revista de Processo**, vol. 251/2016, p. 391 – 426. São Paulo: RT, 2016.

⁸³³ Des mises en œuvre ont eu lieu, par exemple, dans les municipalités de Porto Alegre-RS et São Paulo-SP et, sous une forme différente, au sein de l'Union fédérale.

d'incitation à procéder de manière consensuelle et à résoudre les conflits⁸³⁴, pour agir en tant que bonne administration, mieux servir la communauté et éviter les dépenses publiques inutiles. Parmi ces raisons, on peut citer le manque de connaissance de son existence, les idées préconçues, les obstacles à son utilisation, l'ignorance de la possibilité de son utilisation dans la sphère publique et du potentiel de ses effets bénéfiques pour les intérêts publics, la communauté et l'administration publique. Le principal défi de la médiation réside dans la résistance administrative elle-même.⁸³⁵

Dans la proposition en faveur de l'adoption de la médiation administrative, encore, en vue de sa compatibilité avec le régime administratif et pour le bon développement et l'accomplissement de ses buts sont identifiés quelques défis qu'il conviendra de relever et au sujet desquels sont proposées quelques réflexions : a) *perception du changement de paradigme et de culture – du contradictoire et judiciaire au dialogue et à la résolution amiable* ; b) *réflexions sur le contenu et les limites de la médiation – en lien avec le régime administratif*; et c) *motivation solide et conséquentialiste et importance de la procéduralisation dans le processus de médiation*. Examinons de plus près ces différents points.

a) *Perception du changement de paradigme et de culture – du contradictoire et du judiciaire au dialogue et à la résolution amiable*.

En raison de tous les avantages potentiels, afin que la médiation soit compatible avec l'Administration, il appartient, en fait, à cette dernière de privilégier les solutions en résolution amiable. Pour ce faire, il s'avère nécessaire d'opérer un changement de paradigme et de culture, pour passer de la composition judiciaire et contradictoire à celle dialogique, qui se promeut lentement et nécessite des expériences, des tentatives et des ajustements.

C'est ce que l'on peut constater, par exemple, dans le droit comparé français, qui aborde les relations entre les individus et l'Administration et encourage, depuis les années 1970, une culture de résolution administrative des conflits et d'effectivité des droits. Chevallier souligne que le « schéma bureaucratique question/réponse » ne suffit pas, car il « est en réalité une coproduction », soit par le transfert d'une partie de l'activité bureaucratique vers le citoyen ; soit par la coopération entre l'employé et l'utilisateur, avec des exigences de

⁸³⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 160.

⁸³⁵ TONIN, Mauricio Moraes. *Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos*. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco *et al.* (Coord.). **Temas de mediação e arbitragem III**. 3.ed. São Paulo: Lex Editora, 2019.

communication pour décrire les situations et remplir des formulaires ; soit par la logique de négociation du contenu de la prestation, logiques collaboratives qui tendent à se diffuser.⁸³⁶

Au fur et à mesure de la mise en œuvre d'instruments qui permettent un plus grand contact et une interaction plus profonde entre le Pouvoir Public et la communauté, des dialogues, la recherche de consensus, des négociations, des conciliations et, surtout, des médiations, on remarque comment peuvent naître des solutions administratives plus légitimes et appropriées à l'intérêt public, plus satisfaisantes pour les individus et assurer une relation plus pacifique et durable. Ainsi, les expériences, les résultats positifs, qui bénéficient du soutien des études, de la doctrine, des agents publics, des avocats et de la collectivité peuvent contaminer positivement la performance administrative, dans un renversement de paradigme.⁸³⁷ Par conséquent, la relation accusatoire et litigieuse n'a peut-être plus de sens, car, en devenant subsidiaire, elle ne s'avère nécessaire que dans les situations exceptionnelles. La solution administrative dialogique doit avoir la préférence, tout comme la pacification, en toute légalité.⁸³⁸ C'est ce qui est proposé.

Dans cette nouvelle perspective, il est important de tenir compte du fait que l'absence de dialogue et de possibilités de résolution amiable des conflits avec l'Administration génère des dommages aux personnes les plus diverses et appartenant à des catégories bien différentes, dans de nombreux cas incommensurables.⁸³⁹

Le passage du contradictoire à des solutions dialogiques et consensuelles dépend de la valorisation des avocats publics et de leur autonomie.⁸⁴⁰ Etant donné qu'il existe un certain rapport de soumission aux commandements, ce y compris dans le domaine de la défense publique, il est nécessaire de déterminer la réalisation de transactions, l'établissement de médiations et d'autres solutions consensuelles, au risque que ces instruments ne soient pas

⁸³⁶ L'auteur rappelle que la collaboration était préconisée par Hauriou dès 1899. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris: PUF, 2019, p. 387.

⁸³⁷ L'accent est mis sur la formation des professionnels afin qu'ils assument un plus grand engagement « avec leur action sociale » et développent des noyaux communautaires de pacification sociale, en favorisant un changement de mentalité au sein de la société elle-même. WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação, p. 42-50. In: DELGADO, José; et. al. Mediação: um projeto inovador. **Cadernos do CEJ**, 22. Brasília: CEJ, CJP, 2003, p. 49-50. Disponible sur : <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Accès le 10 juin. 2021.

⁸³⁸ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 32.

⁸³⁹ L'« image hostile est ruineuse et vulnérable, avec des externalités négatives perverses, à la productivité mondiale ». FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 29.

⁸⁴⁰ L'autonomie est réduite à la conformité aux ordres et aux devoirs, ce qui inhibe les initiatives visant à améliorer le modèle actuel, qui offre une relation de dépendance. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 161.

utilisés avec d'innombrables conséquences néfastes pour la collectivité et le respect de la proposition d'un État de droit démocratique.⁸⁴¹

Dans le système juridique brésilien, il existe une tendance à l'analyse, au contrôle et à la sanction des erreurs, c'est-à-dire, des actions entreprises et des « erreurs » qui en résultent, et peu de contrôle de l'omission administrative, ce qui procure un plus grand confort et une plus grande sécurité pour ne pas faire et une plus grande peur de faire. Il existe également une « culture juridico-bureaucratique qui tend à ne pas voir d'effets juridiques dans l'omission des actes administratifs nécessaires requis par le système juridique ». ⁸⁴² Toutefois, dans certains cas, l'omission peut s'avérer plus contraignante pour l'intérêt public.⁸⁴³ Ne pas faire génère une charge sociale, une charge pesant sur la réalisation des droits et sur la démocratie elle-même. Ne pas dialoguer, ne pas considérer et ne pas composer représente une posture administrative fermée et omissive, certes jusqu'alors habituelle, mais qui génère des dommages silencieux et à long terme, et probablement plus graves que l'adoption du dialogue et l'éventuelle composition qui en résulte. Par conséquent, l'absence de solutions et d'accords est susceptible de générer d'innombrables risques et dommages.⁸⁴⁴

Ce raisonnement inclut également la perspective plus large du devoir de durabilité à respecter dans l'action administrative. « Il ne suffit pas que l'administrateur entrevoie seulement la solution immédiate à la raison factuelle, comme si la fin du monde était proche ». ⁸⁴⁵ La vision immédiate peut favoriser l'omission et générer des dommages à la durabilité des relations entre la communauté et le pouvoir public, à la cohésion sociale et aux structures administratives et juridictionnelles elles-mêmes. C'est la situation que l'on peut observer en ce moment.

Le manque de dialogue et l'absence de solutions consensuelles ont favorisé l'approfondissement de la distance entre la communauté et le pouvoir public, une judiciarisation excessive, des rivalités, des coûts de diverses natures, des sacrifices de droits, bref, un scénario insoutenable.

⁸⁴¹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 162

⁸⁴² Ibid., p. 131

⁸⁴³ Ibid., p. 258.

⁸⁴⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 557.

⁸⁴⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo.** 6.ed. Curitiba : Juruá, 2012, p. 13.

Dans la perspective de la durabilité, Juarez Freitas considère que l'inaction peut être dommageable, au sens où le changement d'action, apparemment coûteux, peut l'être moins que l'omission. « L'équation coûts-avantages en termes intertemporels » doit être réalisée. Sous l'angle de la durabilité, ces coûts sont considérés comme disproportionnés et devraient être supprimés, la « paralysie causant des dommages ». ⁸⁴⁶

Pour agir différemment, la mise en œuvre de solutions consensuelles nécessite d'envisager non seulement le contexte immédiat, mais aussi l'avenir, dans un souci de durabilité, afin de tisser des relations juridiques plus pacifiques et respectueuses. La proposition visant la durabilité des relations administratives adopte une rationalité dialogique, prédictive, coopérative et visant un bien-être durable et transgénérationnel. Dans cette optique, il faut adopter en priorité une résolution consensuelle des conflits, en s'appuyant sur une action administrative préventive et la consécration du droit à la bonne administration. ⁸⁴⁷

Une grande partie du changement de culture concernant la mise en œuvre de la médiation administrative passera par l'importance et l'évaluation de l'impact du non faire, du non résoudre et du devoir de motiver, dans une perspective conséquentialiste et durable, ce non faire, ce « laisser tomber » quand il serait possible d'agir. Par exemple, quels sont les coûts et la responsabilité des agents qui n'ont pas fait quelque chose qui aurait pu être fait ? Ainsi, la formation des agents et l'action administrative doivent se concentrer sur l'action, de même que le contrôle qu'il convient d'exercer sur l'action administrative doit prendre en compte les omissions, lorsqu'il serait possible et nécessaire d'agir. Une telle approche nécessite un rééquilibrage entre agir et, éventuellement, faire des erreurs, et ne pas agir, exiger la mise en place d'un environnement de confiance. Il faudra modifier l'« attachement au *statu quo* », dans une « zone de confort inertielle », attachée au présent insatisfaisant, qui occulte les transformations nécessaires. ⁸⁴⁸

⁸⁴⁶ Certaines réflexions de Juarez Freitas sont utilisées ici, dans la mesure où elles reflètent la question de savoir si le maintien d'un système judiciaire excessif et prédominant est préférable à la mise en œuvre d'autres modes de résolution consensuelle des conflits. L'auteur fait référence au rapport de Nicholas Stern sur les avantages que peut apporter la réduction du carbone. En outre, l'auteur illustre cette question en présentant l'hypothèse selon laquelle, afin d'éviter un black-out énergétique, l'on préfère souvent privilégier une source plus polluante uniquement en raison d'un « préjugé illégitime » concernant la construction opportune d'une centrale hydroélectrique, ce afin de rester dans une zone de confort inertielle. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 141-143, 168-169.

⁸⁴⁷ Cet auteur prône la création d'un nouveau droit administratif fondé sur la durabilité. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 222-223, 233-235.

⁸⁴⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade : direito ao futuro**. 4.ed. Belo Horizonte : Fórum, 2019, p. 169.

La législation au Brésil et en France, récemment, a commencé à traiter le thème de la confiance.⁸⁴⁹ Si ce changement de perspective de l'action administrative ne se produit pas, c'est-à-dire, si la non-action et l'omission demeurent imperceptibles, l'action, dans ce cas, l'adoption de la médiation et la célébration d'une éventuelle composition administrative sont davantage liées à la bonne volonté des agents impliqués qu'au devoir de la fonction administrative étatique.

Un changement de conception et de contrôle de la performance des agents publics s'avère nécessaire parce que dans l'accord résultant éventuellement d'une médiation, l'Administration pourrait ainsi en venir à reconnaître les droits et les valeurs dus aux individus⁸⁵⁰ comme étant une mesure propre à une bonne administration. Il est donc pertinent de porter un nouveau regard sur l'exercice de la fonction administrative dans une perspective de dialogue et de bonne administration, en considérant que la fonction exercée par l'agent public consiste également à reconnaître certains droits de la personne privée, ainsi que les obligations en sa faveur, lorsque cela est nécessaire. La sécurité juridique dont doit bénéficier l'agent public qui agit dans les accords administratifs sera renforcée par la procédure consensuelle de droit commun, à laquelle il incombe également d'envisager des normes d'intégrité et de conformité, axées sur les accords administratifs concernant la médiation.

b) Réflexions sur le contenu et les limites de la médiation – en lien avec le régime administratif.

Un autre défi à la mise en œuvre de la médiation concerne le contenu, le manque de clarté quant aux critères nécessaires pour que le Pouvoir Public se conforme spontanément aux normes légales à travers des accords, en s'appuyant sur l'agent compétent, ainsi que la

⁸⁴⁹ Au Brésil, ce thème a été traité dans le sens d'une mise en confiance par rapport à la performance de l'agent public. L'art. 28 de la LINDB, établit que ce dernier répondra personnellement de ses décisions ou avis techniques en cas de malveillance ou d'erreur grossière. Cette nouvelle perspective de l'erreur a également été établie comme une incitation à la résolution amiable, par exemple, dans la loi 13.988/2020, qui prévoit la transaction publique, dont l'art. 29 établit que les agents publics qui participent au processus de composition du conflit ne peuvent être tenus responsables, y compris devant les organes publics de contrôle interne et externe, que lorsqu'ils agissent avec malice ou fraude pour obtenir un avantage indu pour eux-mêmes ou pour d'autres. Le même point de vue figure, plus particulièrement, dans l'art. 40 de la loi sur la médiation. L'erreur grossière était déjà traitée en France comme une limite à la marge de tolérance en matière de discrétion. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 9.ed. Paris : Montchrestien, 2005, p. 281-283. Dans une autre perspective, en France, afin de mettre en œuvre un environnement de confiance mutuelle, le droit à l'erreur a été instauré en faveur du particulier par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018, l'exonérant de toute sanction dans les hypothèses de cette loi.

⁸⁵⁰ SANTOS, Maurício Gomm; HLAVNICKA, Karin. Arbitragem e mediação na Administração Pública: um aceno sobre a realidade no Brasil e nos Estados Unidos da América, p. 419-445. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 435.

crainte respective de prendre ses responsabilités dans la conclusion d'accords.⁸⁵¹ Le défi réside également dans le contrôle, dans l'établissement de limites pour la passation de contrats administratifs dans l'intérêt public, ainsi que dans la part d'autorité, d'action unilatérale, qui doit encore être maintenue.⁸⁵²

Il est établi que la portée de la délibération dans le cadre d'une médiation administrative doit se caractériser, en premier lieu, par la légalité et proposer des espaces possibles de discrétion.⁸⁵³ Dans les hypothèses dans lesquelles la législation rend plus difficile la compétence administrative contraignante, il y aura un espace pour une solution consensuelle, ce qui ne signifie pas pour autant que le dialogue ne peut pas avoir lieu, ni même la médiation, processus dans lequel il est possible de trouver des espaces de délibération.⁸⁵⁴ De cette manière, la compétence contraignante restreint l'espace d'accord, mais ne l'exclut pas immédiatement. Au contraire, plus la discrétion normative est grande, et plus l'espace de conformation par la médiation l'est aussi.

En outre, comme cela a été souligné précédemment, la légalité considérée devient beaucoup plus complète et dépendante des apports de la réalité factuelle, de sorte que la médiation s'avère être un instrument pertinent pour la réalisation de la légalité. L'intérêt public ne découle pas exclusivement de la loi au sens strict. Pourtant, si, selon la conception de la légalité administrative, historiquement consacrée, le rôle de celle-ci est de protéger les citoyens contre d'éventuels abus de la puissance publique, il n'y a aucune logique dans l'interdiction éventuelle de solutions consensuelles⁸⁵⁵, avec la participation et la collaboration des citoyens, par la force de la légalité, selon les limites du consensus.

Ainsi, l'un des défis à relever concerne la compréhension de la légalité, qui présente différents espaces et limites à l'action administrative discrétionnaire et à la composition dialogique et démocratique des intérêts.

⁸⁵¹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 131.

⁸⁵² VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 95.

⁸⁵³ En ce sens, Luzardo Faria souligne également que « le premier (et le plus important) des facteurs que doivent observer les décisions administratives consensuelles (est) : la soumission de l'activité administrative à la légalité et les contraintes que celle-ci impose à la réalisation des accords. » FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público, p. 141-169. *In*: VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 153.

⁸⁵⁴ Il est admis qu'une action administrative est rarement pleinement contraignante, même si l'appréciation des faits s'avère nécessaire et que ceux-ci tendent à être mieux présentés par les personnes directement impliquées.

⁸⁵⁵ FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público, p. 141-169. *In*: VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 153.

Un autre facteur limitant le consensus, analysé ci-dessus, concerne le postulat selon lequel l'action administrative vise la réalisation effective des intérêts publics. Cependant, elle ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre de la médiation, mais en est le guide. La médiation administrative doit être mise en œuvre comme un instrument d'efficacité et d'amélioration des intérêts publics, en ce qui concerne aussi bien l'aspect procédural participatif et dialogique que le contenu le plus efficace, réel et proche des intérêts publics réels.

L'utilisation des techniques de communication et de négociation de la médiation permet d'analyser les faits apportés à la médiation, leur pertinence, les valeurs et les principes qu'ils impliquent, s'il s'agit d'intérêts publics ou purement privés, s'ils peuvent être rendus compatibles et si, dans cette large insertion de faits, par rapport aux prévisions normatives, il reste encore un espace de décision. Si cette analyse est positive, il faut analyser les possibilités qui servent le mieux les intérêts en jeu et, puisqu'il s'agit de la sphère administrative, celles qui servent le mieux le ou les intérêt(s) public(s), éventuellement, dans un jugement de pondération.

À partir du principe de la durée raisonnable du processus, de l'indisponibilité de l'intérêt public, de l'efficacité, de la proportionnalité, entre autres, le Pouvoir Public doit évaluer en termes factuels et juridiques les manifestations et les demandes qui lui sont soumises par la communauté, « afin d'identifier, de manière responsable et prudente, les situations dans lesquelles il est opportun ou même obligatoire de transiger ».⁸⁵⁶ Ainsi, les principes qui guident l'action administrative tendent à conduire à une solution consensuelle et à un accord. Telles sont, a priori, les lignes directrices d'un éventuel accord administratif.

Il est entendu que, tout du moins à cette époque d'inexpérience par rapport à l'adoption effective de la médiation et des accords, abstraitement, il n'y a pas moyen de spécifier les questions automatiquement exclues de la médiation et de la possibilité de conclure des accords. Il convient de noter que la loi brésilienne, dans l'article 3 de la loi de médiation, l'a permise pour les droits disponibles ou indisponibles mais exécutoires.⁸⁵⁷ En droit français, il

⁸⁵⁶SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 175.

⁸⁵⁷ L'indisponibilité des droits ne conduit pas, nécessairement, à leur non-transigibilité, ce qui est également conclu de la possibilité de transaction pré-procédurale dans les conflits collectifs soumis au droit de l'action civile publique, selon la loi n° 7.347/85, avec la formulation donnée par la loi n° 8.078/90. À tout le moins, l'administration devrait avoir la possibilité d'analyser au préalable si une solution consensuelle pourrait répondre à l'intérêt public. Luciane Moessa de SOUZA développe cette affirmation en s'appuyant sur les raisonnements relatifs aux aliments, que ce soit dans la sphère familiale ou au travail, qui sont indisponibles mais transigibles. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 134-135.

n'existait pas non plus de limitation expresse des sujets ou exclus de la médiation, mais uniquement la nécessité de l'existence de pouvoirs de délibération sur le contenu, au terme de l'art. L213-3 du *Code de justice administrative*.

Ainsi, de manière générale et abstraite, il n'est pas possible d'identifier de questions administratives exclues du champ de la médiation. Il est entendu que les facteurs limitatifs sont la légalité et l'espace discrétionnaire, la perception que la solution fournie par la médiation améliore la réalisation des intérêts publics et les autres principes qui guident l'action administrative, tels que la proportionnalité, le caractère raisonnable et l'efficacité.

De nombreux doutes subsistent concernant les accords relatifs aux droits d'un groupe ou d'un collectif et même aux droits de propriété individuels homogènes considérés en fonction de leur pertinence sociale. Selon Elton Venturi, la transindividualité de la revendication ne constitue pas un encadrement automatique de son caractère indispensable et n'implique pas non plus l'intolérabilité de la négociation, la médiation et la transaction.⁸⁵⁸ Les droits et les intérêts transindividuels, ou d'un groupe, dont la pertinence est reconnue, ne peuvent pas ne pas bénéficier de la prévention et de la solution la plus souple et efficace des conflits qu'offrent la médiation et d'autres formes consensuelles qui, peut-être, en raison de leur large impact, devraient être prioritaires. Il n'est cependant pas question de la complexité des conflits transindividuels et de la nécessité d'établir une « procédure régulière pour les accords » capable de les légitimer en termes juridiques et sociaux.⁸⁵⁹

Sans aucun doute, les sujets les plus directement affectés par les prérogatives publiques et normalement disciplinés dans la législation d'une manière expresse et contraignante, tendent à limiter significativement l'hypothèse d'un accord. Selon Juarez Freitas, il existe en ce sens une « sphère du non-négociable ».⁸⁶⁰

Des questions supposées sensibles, selon les données de la réalité, peuvent devenir recommandables pour un accord afin de mieux servir l'intérêt public, de même que la réciproque peut également se produire. Dans tous les cas, la puissance publique, en tant que partie à une médiation, avec l'aide de ses avocats et négociateurs publics, aura le contrôle de ce qui peut, ou ne peut pas, être établi dans un accord compte tenu des limites habituelles du régime administratif. On observe, inclusivement, que dans l'auto-composition,

⁸⁵⁸ VENTURI, Elton. A homologação judicial dos acordos coletivos no Brasil, p. 115-133. In: MOREIRA, António Júdice; et. al. (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 120.

⁸⁵⁹ Ibid., p. 121.

⁸⁶⁰ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 25.

l'administration a plus de pouvoir, de flexibilité et de contrôle sur les solutions, alors que, dans la composition unilatérale, les décisions sont rendues par des tiers – arbitres ou juges – et imposées aux parties.

Il est considéré opportun que les entités fédérales réglementant le dialogue avec la communauté, le traitement approprié des conflits, leur résolution amiable et de ce fait, la médiation, et ce à partir de l'analyse de chaque réalité, choisissent les questions prioritaires qu'il conviendra de soumettre à la médiation, de manière volontaire, mais encouragée. Grâce à cela, il est possible d'évaluer, d'établir des ajustements, de générer des expériences et d'élargir les thèmes.

À première vue, ce changement de perspective peut sembler étrange. Cependant, si l'on change d'angle d'analyse, la décision unilatérale, pratique administrative courante, tend à être moins légitime, moins transparente, peut-être plus biaisée, en pouvant plus facilement couvrir des intérêts particuliers, alors qu'elle est présentée comme publique et, en théorie, susciter un plus grand questionnement et une plus grande responsabilité vis-à-vis de l'autorité. Quand, ce qui n'est pas rare, elle est tirée de négociations et de conciliations internes, souvent uniquement entre agents publics nommés par la plus haute autorité, sans choix ni représentation populaire⁸⁶¹, la délibération et la négociation de solutions existent, mais elles n'ont généralement lieu qu'entre hauts fonctionnaires.

La proposition de réduire les actes administratifs unilatéraux, la participation accrue de la collectivité et la contractualisation de l'action administrative, dans laquelle la médiation sert d'instrument et présente de nombreux avantages, a la capacité à promouvoir exactement le contraire de l'acte unilatéral. Les délibérations conjointes peuvent apporter davantage de légitimité, de transparence et de contrôle ; et en engendrant moins de vices, permettre la composition d'un plus grand nombre d'intérêts publics, des gains de créativité et des solutions plus appropriées et, en théorie, susceptibles de générer moins de remises en question, étant donné qu'elles tendent à être à l'origine d'une plus grande satisfaction et de meilleurs résultats, ainsi que du partage des responsabilités entre l'autorité et les personnes impliquées. Ainsi, les particuliers en viennent également à transformer leur position passive et irresponsable, voire confortable, en une attitude plus active, participative et responsable.⁸⁶²

⁸⁶¹ Par exemple, il est très fréquent que les délibérations émanent de dialogues internes et fermés, auxquels participent le chef de l'exécutif, ses conseillers et ministres ou secrétaires, sans que la communauté y participe, collabore ou soit le moins consultée. Cela signifie qu'il y a des négociations et des conciliations quotidiennes, des compositions d'intérêts, mais pas celles présentées directement ou indirectement par la communauté. Il y a sans doute des exceptions.

⁸⁶² « C'est confortable d'être un mineur ». Il est difficile de se libérer de la « minorité », on en vient à éprouver de l'amour pour elle parce qu'on n'a pas conscience d'autres possibilités. KANT, Immanuel. Resposta à pergunta:

Les décisions construites en collaboration ont tendance à mieux tisser et tailler les bords, les fissures, car elles sont faites sur mesure, de sorte qu'elles deviennent plus pérennes et résilientes. « La contractualisation se présente comme le fer de lance par excellence d'une action publique s'efforçant d'obtenir l'accord et, si possible, d'emporter l'adhésion des destinataires ».⁸⁶³ Ainsi, la décision conjointe, partagée et engagée alimente la durabilité de la relation entre la puissance publique et les particuliers⁸⁶⁴, comme une forteresse pour l'État de droit démocratique.

Lorsque la communauté et les agents publics constatent les considérations mentionnées concernant la procédure et la responsabilité de la pratique de l'acte unilatéral, ainsi que, d'autre part, la procédure plus démocratique de l'exécution contractuelle, que la médiation peut promouvoir avec un grand succès, ils peuvent être enclins à changer la culture et les pratiques administratives. La négation des avantages découlant du consensus et l'insistance sur la logique contradictoire du tout ou rien, dans de nombreux cas, deviendront une erreur inadmissible et incompatible avec la gestion publique démocratique.⁸⁶⁵

La médiation implique « un changement culturel marqué », puisque les parties vont résoudre elles-mêmes leurs problèmes avec l'aide du médiateur et donc identifier cette capacité.⁸⁶⁶ Le changement paradigmatique dépend de la perception de l'insuffisance du paradigme actuel et n'est généralement pas brutal, il peut se produire comme dans un mouvement de pendule, le nouveau paradigme est expérimenté et l'ancien est repris. Dans ce cas, il existe deux paradigmes, jusqu'à un changement complet. En ce sens, « la médiation est cohérente avec les nouveaux paradigmes », tend à être consacrée quand ce mode de résolution des conflits « gagne en stabilité » et « lorsqu'un groupe social important - en termes de quantité et de crédibilité - lui donne sa validation ».⁸⁶⁷

que é esclarecimento? P. 100-116. *In*: VIER, Raimundo; FERNANDES, Floriano de Souza. **Textos selectos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 101-102.

⁸⁶³ CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018.

⁸⁶⁴ L'importance de la participation et de l'identification de solutions peut être entrevue dans la théorie de *l'approche des gains multiples*, développée par le Public Disputes Program, formé par le MIT et l'Université de Harvard, présentée par Lawrence Susskind et Patrick Field. Ces auteurs font également état des dommages générés par la perte de confiance du public et de l'importance du dialogue et des solutions communes. SUSSKIND, Lawrence; FIELD, Patrick. **Em crise com a opinião pública: o diálogo como técnica fundamental para solucionar disputas**. São Paulo: Futura, 1997, p. 9-14, 23, 51-56.

⁸⁶⁵ FREITAS, Jurez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, Sept./Déc. 2017, p. 32.

⁸⁶⁶ SANTOS, Maurício Gomm; HLAVNICKA, Karin. Arbitragem e mediação na Administração Pública: um aceno sobre a realidade no Brasil e nos Estados Unidos da América, p. 419-445. *In*: MOREIRA, Antônio Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 433.

⁸⁶⁷ ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash Editora, 2016, p. 107-108.

La grande difficulté concernant la médiation administrative « est son inexistence pratique et le manque généralisé de connaissances sur la médiation ». ⁸⁶⁸ Il est nécessaire qu'un plus grand nombre de personnes, en particulier les entités publiques, perçoivent que la médiation s'avère non seulement possible, mais est également essentielle, dans certains cas, à l'engagement dans la bonne administration et à l'accomplissement de l'intérêt public. ⁸⁶⁹ La décision administrative prise par le biais de la participation et de la collaboration, « concertée », « fait référence à une processus décisionnel propre à l'État de droit démocratique et social, dans un scénario de pluralisme et de conflits d'intérêts ». ⁸⁷⁰

Comme cela a été analysé précédemment, le système juridique brésilien a commencé à privilégier les solutions consensuelles aux conflits, y compris à ceux impliquant le pouvoir public et ce, en ayant recours à la médiation. Selon les lois brésiliennes et françaises, le citoyen est en droit de s'adresser à l'Administration pour dialoguer, présenter ses besoins, revendiquer ses droits et donner la priorité à la résolution consensuelle du conflit. Ainsi, il est du devoir des autorités publiques d'établir des mécanismes permettant de faciliter et privilégier les solutions consensuelles aux litiges, y compris en tant que prévention. L'action administrative doit être exercée dans un format plus préventif que répressif et la médiation est l'un des moyens possibles.

« Il n'est pas possible de faire une simple transplantation, à l'aveugle, de l'expérience privée ». ⁸⁷¹ Les principes de la médiation doivent être rendus compatibles avec ceux qui régissent l'action administrative, un filtrage s'avère nécessaire. L'administration est soumise à un régime spécifique, mais, pour le défendre, elle ne doit pas le contredire. Dans l'exercice de son devoir et de son pouvoir d'auto-tutelle, il est nécessaire de reconnaître administrativement les droits relevant de la fonction administrative, sans avoir besoin de recourir au pouvoir judiciaire. ⁸⁷²

Adapter le processus de médiation au régime juridique du droit public, établir des négociations compatibles avec les relations publiques, constitue un défi, mais cette

⁸⁶⁸ DAVID, Mariana Soares. A necessidade e admissibilidade da mediação administrativa, p. 295-315. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 308.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 308-309.

⁸⁷⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. Coimbra: Almedina, 2017, p. 191.

⁸⁷¹ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 81.

⁸⁷² DAVI, Kaline Ferreira. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da AGU**, Brasília, ano 7, n. 16, p. 183-196, abr./jun. 2008. p. 194-195.

compatibilité est possible. Les principes constitutionnels guideront les négociations et les accords compatibles.⁸⁷³ L'adaptation des intérêts, voire la reconnaissance d'une demande formulée par un particulier, si cela constitue un moyen de répondre à l'intérêt public, même sous un autre angle, ne signifie pas pour autant que l'on abandonne le régime juridique du droit public ni que l'Administration agit comme un particulier.⁸⁷⁴

La performance dialogique consensuelle, ainsi que son résultat, doivent être guidés par les principes du régime administratif. Même la partie privée, pour passer des accords avec l'Administration publique, doit prendre en compte non seulement ses intérêts, mais aussi ceux publics défendus par l'Administration et ses possibilités,⁸⁷⁵ dont la confluence se produit par le biais du processus de médiation, avec l'aide du médiateur, formé, et des avocats publics et privés.

Il s'avère nécessaire d'établir et de respecter la procéduralisation administrative régulière de la solution consensuelle des conflits, qui doit être compatible avec la logique en résolution amiable, avec les techniques de médiation, si tel est le cas, et avec le régime juridique des contrats administratifs.⁸⁷⁶ L'Administration dialogique et consensuelle doit être consciente et adopter des instruments pour « fonctionner comme un moyen d'écoute et de dialogue » avec l'individu. La régularisation de la procédure garantira le respect des principes qui régissent l'administration publique, tels que la légalité, l'impersonnalité, la publicité, l'efficacité, la moralité, la motivation, le caractère raisonnable et la finalité en faveur de la réalisation de l'intérêt public⁸⁷⁷, ainsi que la sécurité juridique. En ce sens, on identifie un « devoir de procéduralisation administrative »⁸⁷⁸, pour établir un rituel de dialogue et de formation d'une décision consensuelle, afin d'être informé et connu préalablement, avec des distinctions procédurales entre les conflits individuels et ceux collectifs. La médiation, bien

⁸⁷³ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 29, 35.

⁸⁷⁴ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. UFPR, 2019. (dissertação), p. 147.

⁸⁷⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Sentando-se à mesa de negociação com autoridades públicas, p. 23-27. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 24-25.

⁸⁷⁶ MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015, p. 10. Disponible sur <http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodeestudos/bibliotecavirtual.aspx?tipoPublicacao=82>, accès, le 25 avril 2021.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁷⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; GONÇALVES, Cláudio Cairo. Justiça multiportas, desjudicialização e negociação na Administração Pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil, p. 139-155. In: NOLASCO, Rita *et al.* (Coord.). **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. São Paulo: RT, 2021, p. 151.

qu'étant un processus plus souple, n'est pas pour autant de l'improvisation, ce qui ne serait pas non plus en accord avec l'administration publique.

Le respect du régime administratif exige une plus grande prudence de la part des intervenants, parties, avocats et médiateurs, afin que le processus de médiation et, en particulier, l'accord finalement conclu, soient conformes à ces principes.⁸⁷⁹ Néanmoins, pour mettre en œuvre la rationalité dialogique et collaborative, on ne peut pas utiliser la même rationalité contradictoire que celle des procédures judiciaires mais seulement changer le lieu de résolution, il faut qu'il existe un « tournant valorisant », une transformation pour mettre en œuvre des processus collaboratifs. Des pratiques et des contrôles novateurs⁸⁸⁰ s'avèrent nécessaires, mais ils doivent être compatibles avec les principes habituels régissant l'administration publique.

L'administration continue à être et à exercer son autorité, la différence réside dans la procéduralisation et dans la manière dont les décisions administratives sont prises, que ce soit par des actes fondés sur un dialogue préalable, ou par des contrats pratiqués dans des procédures dialogiques ultérieures. L'action administrative acquiert une plus grande légitimité avec la corroboration de ses actes et de ses contrats fondés sur le dialogue et le consensus avec les personnes.

La médiation représente l'adoption d'un processus décisionnel collaboratif, qui ne supprime pas le contenu administratif matériel général et spécifique à la controverse.⁸⁸¹ Comme cela a été considéré précédemment, ce n'est pas le médiateur qui prend la décision concernant le conflit et est responsable de l'accord, mais les parties, dont l'Administration. Ainsi, dans le cadre d'une médiation l'Administration ne transfère pas à un tiers son pouvoir de décision et son obéissance aux principes administratifs. La participation au processus décisionnel ne fait que modifier le chemin vers la prise de décision.⁸⁸²

⁸⁷⁹ À cet égard, le règlement de médiation CAM-CCBC de 2016 indique au point 1.1.1 que les règles du règlement sont adaptées pour répondre aux exigences légales, lorsqu'il y a une participation de l'Administration publique, sous réserve de l'approbation du Président de la Chambre. CAM-CCBC. **Regulamento de mediação 2016**. Disponible sur : <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/mediacao/regulamento-2016/>. Accès le : 28 juillet 2021.

⁸⁸⁰ FREITAS, Juarez. Le droit administratif non contradictoire : la résolution consensuelle prioritaire des conflits. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, Sept./Déc. 2017, p. 38-39.

⁸⁸¹ Sur les conseils de MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Administração pública e mediação: notas fundamentais*, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 57.

⁸⁸² Sous l'angle de la participation citoyenne, COSTALDELLO, Angela Cassia *et al.* Reflexos da nova lei de introdução às normas do direito brasileiro (Lei nº 13.655/2018) na gestão urbanística das cidades, p. 519-548. In: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 529.

Le médiateur ne s'immisce pas dans le mérite administratif, il pratique des « actes procéduraux de facilitation » afin que les personnes impliquées trouvent les meilleures solutions. La médiation impliquant l'Administration Publique favorise, à partir de la facilitation du dialogue promue par le médiateur, « des modulations de la discrétion administrative, guidées par la légalité spécifique du cas concret ». Le médiateur promeut l'exploration dialogique de la discrétion administrative conférée par le système juridique.⁸⁸³

Un autre principe qui doit être observé dans la médiation administrative, notamment lors de la conclusion de l'accord, est celui de l'impersonnalité. En vue du résultat, avant le cas concret, il est nécessaire de « délimiter les marges de négociation » afin d'éviter « l'énorme risque de rupture avec l'objectivité et l'égalité »⁸⁸⁴, c'est-à-dire en tenant compte du principe d'impersonnalité et dans le sens où la rationalité construite dans l'accord peut être étendue à d'autres personnes qui se trouvent dans la même situation et le souhaitent. Il s'agit là d'un excellent guide pour les accords. Cependant, paradoxalement, la participation propulsée par la médiation s'avère être elle aussi un instrument apte à équilibrer les éventuelles partialités, même si elles sont générées involontairement, par la performance administrative unilatérale, en favorisant des perspectives qui peuvent ne pas représenter les intérêts des personnes directement impliquées. « L'impartialité exige l'exhaustivité de la décision [...] suppose la prise en compte du plus grand nombre de faits et d'intérêts », ce qui nécessite une instruction administrative participative.⁸⁸⁵

Le médiateur doit vérifier le test de la réalité, en interrogeant les parties, assistées de leurs avocats, afin de vérifier si les propositions et l'accord éventuel sont possibles et réalisables.⁸⁸⁶ Dans la sphère administrative, ce test peut devenir plus complexe car il doit y avoir un but public, il convient que le régime public soit respecté et il est courant que des tiers et de nombreux intérêts soient impliqués, il faut donc prendre en considération : l'efficacité de la solution, qui court le risque d'être violée ; les droits impliqués, qui peuvent être affectés,

⁸⁸³ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 58.

⁸⁸⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 546.

⁸⁸⁵ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental**: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 152.

⁸⁸⁶ Selon le Code d'éthique des médiateurs, annexé à la Résolution 125/2010, art. 1, paragraphe 6, il est du devoir de ces derniers de respecter l'ordre public et les lois en vigueur.

notamment les droits fondamentaux et le respect de l'isonomie, en ce qui concerne les accords précédents et futurs, puisqu'il est courant, dans la sphère publique, que les cas se répètent.⁸⁸⁷

Il est pertinent que l'administration adopte les mêmes solutions pour les cas semblables, ou, tout du moins, des solutions similaires pour des cas comparables, notamment en établissant des précédents administratifs afin de normaliser la compréhension et les décisions administratives. Ce système facilite et normalise les nouveaux règlements, d'une manière plus rapide et plus efficace, avec un traitement égal entre les personnes concernées et évite la judiciarisation. L'isonomie dans les cas répétitifs peut également être effectuée de manière objective grâce à l'établissement préalable de critères, de normes et de valeurs⁸⁸⁸, selon le volume et la complexité, il est possible d'établir des accords par adhésion.⁸⁸⁹

Une fois l'accord conclu, en vertu du principe d'économie et d'équité, il appartient à l'Administration, par l'intermédiaire de ses avocats, d'analyser les procédures judiciaires et administratives auxquelles les termes de l'accord adopté peuvent également être appliqués. Et, au cas où d'autres personnes se trouveraient dans une situation identique, elles peuvent plaider administrativement en vue de l'exécution de l'accord dans les mêmes termes.⁸⁹⁰

Il est recommandé que chaque entité fédérative et ses organes respectifs, le Ministère Public, les organes de contrôle, en s'appuyant sur la doctrine et avec la contribution du monde académique, autorisent les instituts qui permettent l'établissement et l'amélioration du dialogue, établissent des mécanismes procéduraux et réglementent l'utilisation administrative de la médiation, de la conciliation et de la négociation, ce y compris sur des questions spécifiques, afin de générer des expériences et des compétences à élargir, toujours en conformité avec le régime juridique et administratif.

⁸⁸⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 103.

⁸⁸⁸ MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade". **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015, p. 14. Disponible sur <http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodeestudos/bibliotecavirtual.aspx?tipoPublicacao=82>, accès, le 25 avril 2021.

⁸⁸⁹ Comme cela est autorisé par l'article 35 de la loi sur la médiation.

⁸⁹⁰ Comme cela est souligné par : BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas** : um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo : Quartier Latin, 2007, p. 469. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 174.

c) *La motivation solide et conséquentialiste et la procéduralisation adéquate.*

Un autre défi concerne l'amélioration de la motivation des décisions administratives, qui est certes déjà développée en général⁸⁹¹, mais qui devient pertinente pour la transparence et le contrôle du résultat du processus de médiation, un accent plus important dans les hypothèses d'accord devant être tout particulièrement mises en évidence. Il existe des possibilités d'accords dans lesquelles les intérêts publics protégés et les limites de l'administration figurent plus clairement, mais dans certains cas difficiles, la motivation est très importante.⁸⁹² Elle ne correspond pas à l'utilisation de formules générales, telles que celle de l'« intérêt public » lui-même, pour justifier les décisions.⁸⁹³

La motivation permet aux personnes qui ne participent pas au processus de médiation de connaître les faits impliqués et pesés, il faut également mettre en évidence les normes pertinentes et la pondération effectuée pour la réalisation ou non de l'accord.⁸⁹⁴ Néanmoins, il faut effectuer un jugement de probabilité sur les conséquences d'un accord et d'un non-accord, tout cela afin de prouver que le résultat était le meilleur possible pour la réalisation de l'intérêt public et qu'il était protégé dans ce contexte normatif et factuel.

Elle reconnaît, à partir des articles 20 à 30 de la LINDB, un devoir de contextualisation factuelle et juridique des décisions, un « renforcement de la motivation des

⁸⁹¹ La motivation constitue un principe du régime juridico-administratif, implicite dans la Constitution et exprimé dans l'art. 2 de la loi 9.784/1999. Cependant, elle a été renouvelée à partir des articles 15 et 489, §1o, du CPC et de l'article 20 de la LINDB, qui établit que : « Dans les domaines administratif, de contrôle et judiciaire, les décisions ne doivent pas être fondées sur des valeurs juridiques abstraites sans tenir compte des conséquences pratiques de la décision. » Et dans son unique paragraphe : « la motivation doit démontrer la nécessité et l'opportunité de la mesure imposée ou de l'invalidation de l'acte, du contrat, de l'ajustement, du processus ou de la règle administrative, y compris au regard des alternatives possibles ». D'un point de vue critique, Irene Nohara remet en question la nécessité que la motivation explique toutes les alternatives et que l'alternative adoptée soit comparativement meilleure et que ce raisonnement conséquentialiste n'exclue pas les arguments éthiques-valoratifs. NOHARA, Irene Patrícia. *Motivação do ato administrativo na disciplina de direito público da LINDB*. In: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 12, 18.

⁸⁹² Par exemple, Luzardo Faria s'interroge sur les limites possibles d'un accord de clémence, dans le sens de la limite entre l'intérêt public pour permettre des enquêtes criminelles et la protection induite d'un individu privé, mais c'est une question qui n'a pas de réponse objective. FARIA, Luzardo. *O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público*. In: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 151.

⁸⁹³ Comme l'a déjà signalé BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 111-112.

⁸⁹⁴ L'administration publique, lorsqu'elle met en balance les principes constitutionnels et fixe une mesure concrète de réalisation, doit prendre en considération les effets de la mise en œuvre de cette mesure. L'analyse des effets s'avère fondamentale pour s'assurer de sa validité. La pondération implique l'analyse des conséquences de la mesure adoptée et celles-ci indiquent si ce qui a été restreint était proportionnel au bénéfice apporté. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria do ato administrativo à luz das alterações da LINDB*. In: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 33-34.

actes publics ». ⁸⁹⁵ La nouvelle LINDB, dans une perspective concrète, mettait l'accent sur les données de la réalité et l'importance de sa démonstration dans la motivation des actions administratives. D'une certaine manière, la loi a amélioré la responsabilité et le devoir de motivation, mais, en même temps, elle a élargi la capacité à agir de l'agent, de la formalité juridique à la créativité appropriée au cas concret et a augmenté sa sécurité juridique en ce qui concerne les décisions discrétionnaires dans les cas complexes. ⁸⁹⁶

Conformément aux dispositions des articles susmentionnés, il est reconnu que les solutions administratives ne se trouvent pas seulement dans les lois, que l'autorité doit obéir aux lois et aux faits, et que de nombreuses solutions sont, *a priori*, possibles, y compris sur la base du même principe et l'administrateur a le devoir de démontrer le *processus de prise de décision*, ainsi que le fait que la décision était la meilleure pour répondre aux objectifs publics concernés. ⁸⁹⁷

Afin de constater que l'accord résultant d'un processus de médiation était pertinent pour l'intérêt public, il est important que la motivation démontre ce qu'elle protège, ses conséquences, ainsi que ce qui ne serait plus protégé dans l'hypothèse de sa non-réalisation et de vérifier cette pondération entre l'accord, ce qui a été protégé et quels risques ont été supprimés grâce à lui. ⁸⁹⁸ La justification organise la pondération sous-jacente de la décision, en lui donnant une rationalité, ⁸⁹⁹ et expose les intérêts qui ont fait l'objet de la pondération. Ainsi, tous les tests, l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict, doivent être mis en évidence dans la motivation en vue de la transparence et du contrôle de la décision – de l'accord.

⁸⁹⁵ SOUZA, Rodrigo Pagani ; ALENCAR, Letícia Lins. L'importance de la contextualisation dans l'interprétation et l'application du droit public. *In: VALIATI, Thiago Priess et al. A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 52; 54.

⁸⁹⁶ Concernant la plus grande sécurité juridique apportée par la LINDB dans les actes administratifs discrétionnaires : COSTALDELLO, Angela Cassia *et al.* Reflexos da nova lei de introdução às normas do direito brasileiro (Lei nº 13.655/2018) na gestão urbanística das cidades, p. 519-548. *In: VALIATI, Thiago Priess et. al. (Coord.). A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 522-525.

⁸⁹⁷ Concernant : SOUZA, Rodrigo Pagani ; ALENCAR, Letícia Lins. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. *In: VALIATI, Thiago Priess et al. (Coord.). A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 62-63.

⁸⁹⁸ Dans cette perspective, les apports de la théorie du discours sont pertinents dans la mesure où elle défend « la liberté et l'égalité dans l'argumentation », aucune personne ou argument ne peut être exclu, sinon, une argumentation rationnelle ne sera pas obtenue. Il s'agit d'une proposition collective, mais pas collectiviste, l'argumentation est nécessaire car chaque idée et toute personne doivent être respectées, « *individuals have to argue with others in order to be rational is an expression of the idea that each and every person is to be taken seriously.* » ALEXY, Robert. Rights, legal reasoning and rational discourse, 143-152. *Ratio Juris*, vol. 5, n. 2, Oxford, July 1992, p. 151.

⁸⁹⁹ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental**: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 146.

La motivation ne se limite pas à l'exposé des faits et du droit, mais implique également l'articulation de ceux-ci et la démonstration qu' une évaluation a eu lieu entre les moyens et les fins⁹⁰⁰. Il existe ici ce que l'on appelle le contrôle de la cause de l'acte, au sens de l'adéquation logique entre les hypothèses, son objet et son but.⁹⁰¹ La « motivation doit démontrer une décision responsable de l'agent ». ⁹⁰²

De même, tout refus de conclure un accord ne doit pas être fondé uniquement sur le principe de la légalité ou sur l'absence de l'intérêt public. La motivation doit exposer les raisons factuelles et juridiques qui rendent l'accord irréalisable, ainsi que les conséquences estimées de sa non-réalisation. L'intelligence artificielle et les métriques juridiques peuvent être des outils permettant d'identifier la meilleure solution, ainsi que les risques liés aux options et le raisonnement.

La lecture que l'on fait des conséquences d'une décision administrative est liée à la nécessité d'un équilibre et de la proportionnalité entre son contenu et les potentiels effets futurs positifs et négatifs de la disposition, notamment en matière de durabilité, mais non dans l'intention de privilégier les conséquences au détriment des moyens, de la mesure concrète.⁹⁰³ La décision doit être liée à sa potentialité d'éviter les effets indésirables et d'atteindre ceux recherchés, en fonction des conditions et des possibilités de connaissance au moment où elle a été prise.

L'administration doit démontrer que le fait de conclure l'accord ou, le cas échéant, de ne pas le conclure constitue le meilleur moyen de répondre à l'intérêt public dans un cas donné. La solution négociée, autrement dit le consensus, doit nécessairement répondre de la meilleure façon possible à ce qui a été érigé en intérêt public dans le cas concret et être accompagnée des motivations qui permettent de conclure un tel choix et d'évaluer la méthode

⁹⁰⁰ La nouvelle LINDB visait l'efficacité dans l'interprétation et l'application du droit administratif, ce qui se traduit par l'adéquation entre les moyens et les fins.

⁹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 991.

⁹⁰² SOUZA, Rodrigo Pagani; ALENCAR, Letícia Lins. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. In: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 55.

⁹⁰³ Il ne faut pas oublier que l'analyse des conséquences n'est pas exempte de subjectivisme et présente des risques en ce qui concerne la prédiction de l'avenir, ce qui ne lui enlève toutefois pas son importance, comme l'ont souligné : GABARDO, Emerson ; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020, p. 7-8. DOI : 10.21056/aec.v20i81.1452.

d'exécution considérée comme étant la plus correcte, dans la perspective des conséquences présentes et futures potentielles, par le biais de l'évaluation des impacts et des bénéfices.⁹⁰⁴

La motivation assurera le contrôle sur l'indisponibilité de l'intérêt public, puisqu'elle permettra de démontrer que la décision adoptée était celle qui répondait le mieux à un certain intérêt public, face aux normes existantes, et ceux-ci au vu de la réalité. La médiation servira d'instrument pour la réalisation la plus efficace de l'intérêt public pertinent pour le cas concret et la motivation doit prouver cette voie et montrer que la solution consensuelle ou le refus d'accord par l'Administration s'avère efficace dans cette situation concrète.

L'identification de la solution optimale n'étant pas définie par la loi, il est évident que son adoption par l'administration nécessite l'existence d'une motivation importante. On peut même penser que la solution trouvée n'est pas exceptionnelle, en dépit du fait que l'absence de solution et l'ouverture d'un litige pèsent sur l'intérêt public, conséquences dont il faut tenir compte dans la décision. Il existe une certaine tendance à s'interroger sur les motifs de l'action, en oubliant que l'inertie, l'insécurité juridique et l'écoulement d'une longue période peuvent profondément affecter les intérêts et les droits publics.⁹⁰⁵

L'État et l'administration publique sont maintenus pour durer dans le temps, mais pas les personnes, ainsi, un État qui accorde de l'importance aux êtres humains et à leurs droits doit tenir compte de la durée de vie des personnes. Il n'est pas rare que des procédures judiciaires interminables durent environ dix ou quinze ans, parfois vingt ans avant d'être résolues.⁹⁰⁶

La procéduralisation, la motivation et la transparence gagnent en importance pour faire face à l'aspect négatif supposé qui consiste en la crainte d'une augmentation de la corruption. Cependant, l'interdiction du consensus et de la signature d'accords ne supprime pas pour autant l'existence potentielle de la corruption. L'action impérative unilatérale ne devait pas, mais peut être adoptée en défaveur des intérêts publics et comme une forme de corruption.

⁹⁰⁴ Concernant l'accent mis sur la durabilité dans les motivations FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade** : direito ao futuro. 4.ed. Belo Horizonte : Fórum, 2019, p. 232.

⁹⁰⁵ En ce sens, nous rappelons la théorie de Robert Alexy lorsqu'il affirme qu'« *A rational practical discourse is a procedure of testing and grounding normative and evaluative statements by way of argument* ». Mais la rationalité du discours garantit « *the right of each human being to participate in discourses and the right of each participant of discourses to put forward and to criticize any argument. Other rules, for instance those which forbid contradictions or those which demand linguistic clearness, empirical truth, consideration of consequences, and scrutiny of the genesis of normative convictions are of no special interest here.* » « *Discourse theory is no machine which determines the weights of rights exactly, objectively, and definitely, but it shows that rational argument about rights is possible.* » ALEXY, Robert. Rights, legal reasoning and rational discourse, 143-152. **Ratio Juris**, vol. 5, n. 2, Oxford, July 1992, p. 150-151.

⁹⁰⁶ Si l'on considère une estimation moyenne de soixante-quinze ans de vie, cela représente en moyenne 15% de la durée de vie d'une personne qui est de 75,9 ans au Brésil, selon l'IDH 2019, Rapport sur le développement humain, 2020. Disponible à l'adresse suivante : <http://hdr.undp.org/>. Consulté le : 21 juillet 2021.

L'unilatéralisme et l'impérativité, sous l'argument de l'autorité, et avec l'utilisation de prérogatives administratives et de justifications génériques peuvent très facilement obscurcir les véritables motivations des actes administratifs pratiqués.

Le consensus et la participation des personnes aux négociations avec le gouvernement, qui pourraient faciliter la corruption, peuvent aussi constituer un moyen de la prévenir, car, grâce à l'adoption de mécanismes dialogiques et consensuels, la communauté devient plus proche et plus intégrée à l'échelle de l'audience, des espaces de délibération, avec une plus grande transparence et un contrôle simultané de l'action administrative. Ainsi, des mécanismes consensuels sont susceptibles de réduire la corruption, s'ils sont accompagnés d'une procédure régulière, ainsi que de normes d'éthique et d'intégrité visant le dialogue, le consensus et l'exécution des accords, qu'il convient d'établir en fonction de la réalité de chaque individu, entité administrative ou organisme.

La moralité, comme dans toute action administrative, doit servir de ligne directrice, en ce qui concerne aussi bien la procédure et les limites de l'exécution d'un éventuel accord que son refus. Il est tout à fait raisonnable que, si de l'appréciation factuelle et juridique de la demande formulée par une partie privée, il résulte un droit, ne serait-ce que partiel, il n'y ait « aucune autre conséquence juridiquement admissible que le devoir de reconnaître, en tout ou en partie, la demande ». ⁹⁰⁷

Dans un État de droit et en tant que conséquence de la moralité, si un individu privé revendique un droit, qui est vérifié, le minimum à exiger du Pouvoir Public est la reconnaissance de ce droit et non une posture contradictoire, combative qui utilise les ressources de la collectivité et une grande partie de la structure étatique, administrative et juridictionnelle pour obscurcir et violer la légalité dans le but de ne pas reconnaître le droit revendiqué.

La reconnaissance des demandes et la conclusion des accords sont compatibles avec la légalité et la moralité, ainsi qu'avec l'efficacité et la durée raisonnable des processus, en plus de rendre effective la garantie d'accès à la justice. ⁹⁰⁸ L'accord, dans les cas de convergence, réduit les coûts pour le Pouvoir Public, en ce qui concerne la défense et l'activité juridictionnelle, optimise les ressources humaines et temporelles, anticipe la jouissance des droits, génère la satisfaction des personnes, étend la confiance, légitime la performance administrative et améliore les relations entre les parties privées et le Pouvoir Public, ce qui est

⁹⁰⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 178.

⁹⁰⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 178.

structurel pour la durabilité de l'Etat de Droit Démocratique. Conclure un accord ne signifie pas non plus céder et satisfaire tout ce qui est demandé, mais identifier les points communs, les résoudre et évaluer si les points controversés peuvent être éliminés en faveur d'un accord sur les aspects communs et d'une solution immédiate et pacifique.

Il ne faut pas oublier que les négociations sur les droits individuels et trans individuels indisponibles « nécessitent des justifications beaucoup plus solides et empiriques de la part de l'État ». Ils dépendent d'une réévaluation réaliste et pragmatique du sens et de la portée de l'indisponibilité des droits.⁹⁰⁹

Afin de bénéficier des avantages du dialogue et du consensus et d'éviter les risques liés à une plus grande participation de l'administration, il est préconisé d'établir des procédures comportant une publicité obligatoire, la motivation des décisions, une impartialité et une rationalité procédurales.⁹¹⁰

La médiation administrative s'inscrit dans le concept d'Administration Publique dans une perspective instrumentale dans laquelle l'exercice de la fonction administrative et la structure administrative servent d'instrument à la collectivité et visent à la satisfaire de la meilleure façon possible. Il s'agit là d'un instrument qui tend à procurer beaucoup plus d'avantages à l'administration publique et aux personnes physiques et morales, directement ou indirectement, que d'inconvénients. On ne peut pas prétendre utiliser le même régime privé de l'autonomie de la volonté à la Puissance Publique, mais la médiation peut parfaitement être utilisée d'une manière compatible avec les principes qui régissent l'Administration Publique, comme tout acte, contrat ou processus administratif.

Au Brésil, à partir de la Constitution de la République, de la loi sur la médiation, du code de procédure civile et de la LINDB, en plus d'autres législations spécifiques et sectorielles, il existe un sous-système normatif orienté vers la priorité des solutions consensuelles sur les solutions judiciaires, y compris en ce qui concerne l'administration publique. Ainsi, la médiation administrative se présente comme un instrument nouveau et plus actuel mis à la disposition de l'exercice de la fonction administrative. On identifie dans le système juridique brésilien un « microsystème qui traite du devoir de l'administration publique de pratiquer la tentative de solution consensuelle de ses conflits ».⁹¹¹

⁹⁰⁹ VENTURI, , Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, vol. 251/2016, p. 391-426. São Paulo: RT, 2016.

⁹¹⁰ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental**: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 121.

⁹¹¹ MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de**

Malgré la législation mentionnée, qui fait du recours à la médiation administrative une mesure prioritaire, étant donné que cette mise en œuvre nécessite une réorganisation administrative, il est recommandé aux entités fédératives de réglementer cet outil en fonction de leurs particularités, besoins et possibilités. Des ajustements structurels et organisationnels s'avèreront nécessaires, ainsi que la participation des agents publics. La procéduralisation doit couvrir les étapes précédentes, qui rendent le processus de médiation réalisable. Il s'agira, entre autres, de définir des agents compétents, des procédures, notamment bureaucratiques, des délais, procédures.

La régulation est nécessaire au moyen d'une procéduralisation⁹¹² modérée, mais adéquate, de l'institut, afin de garantir l'essence et la souplesse de la médiation, les objectifs de solutions consensuelles, le respect du régime juridico-administratif et la sécurité juridique pour tous. La procéduralisation de l'action administrative est « une condition indispensable à la réalisation de la démocratie ». Il faut « une relation stable » entre l'administration et les individus, dans laquelle les limites et les possibilités d'action sont connues à l'avance.⁹¹³

L'établissement d'une procédure modérée pour la formalisation des accords s'avère pertinent pour la transparence et le contrôle, ainsi que pour la compatibilité avec les principes qui guident l'action administrative, notamment l'impersonnalité.⁹¹⁴

Le respect de la procédure dans la médiation administrative s'avère fondamental pour le sérieux et la pérennité de l'institut dans la sphère administrative et pour la sécurité juridique. Le processus de médiation peut prendre fin lorsque les parties et le médiateur comprennent qu'il n'a pas été possible de parvenir à un accord, malgré, bien souvent, l'existence d'une grande avancée communicative. A tout moment, les parties peuvent demander la résiliation car il s'agit là d'un processus volontaire et un accord peut aussi être conclu, ne serait-ce que partiellement.

São Paulo, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015, p. 2. Disponible sur <http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodeestudos/bibliotecavirtual.aspx?tipoPublicacao=82>, accès, le 25 avril 2021.

⁹¹² Il est rappelé que ce processus nécessite une procédure. « La compréhension du processus comme une procédure présuppose l'exigence d'une institutionnalisation de la méthode (du chemin à suivre). Cette voie, nécessairement, doit être réglementée car, en tant que procédure, elle implique une certaine stabilité : les parties concernées ne peuvent pas improviser ». BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 51, note 111.

⁹¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 130-131.

⁹¹⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino. (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de. (Org.) **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 170.

L'accord reflète une relation juridique bilatérale, représente l'exécution administrative contractualisée, soit pour résoudre une controverse, soit afin de la prévenir, avec l'établissement d'obligations et de devoirs entre les personnes impliquées. Il est entendu qu'un tel accord ne pourra pas faire l'objet d'une révocation administrative, c'est-à-dire qu'il ne sera plus possible d'en réévaluer l'opportunité et la convenance, mais seulement la légalité, et il ne sera pas soumis aux prérogatives administratives contractuelles, telles qu'à la modification unilatérale. Il est même possible de considérer « l'accord administratif comme un instrument d'action publique et une catégorie juridique autonome ».⁹¹⁵

Les accords administratifs issus de la médiation peuvent être soumis à une homologation judiciaire, en principe, en raison de la force du titre exécutoire judiciaire. L'art. 20 de la loi n° 13.140/2015 reconnaît la force exécutoire extrajudiciaire à l'accord, ainsi que le paragraphe 3, de l'art. 32, si la procédure consensuelle est développée dans le cadre des Chambres de prévention et de résolution des conflits de l'Administration publique. Cependant, le paragraphe 2 de l'art. 3 établit que les accords qui portent sur des droits indisponibles, mais qui sont exécutoires, nécessitent une homologation judiciaire avec l'audition du ministère public.

En raison d'une telle formulation de la législation, il est possible qu'apparaissent des controverses concernant la nécessité d'une homologation judiciaire des accords, dès lors qu'il n'existe pas de délimitation claire entre les intérêts disponibles et ceux indisponibles négociables. La nécessité d'une homologation judiciaire peut devenir un point d'insécurité juridique et un goulot d'étranglement, dans un mouvement contraire à la déjudiciarisation et à la solution consensuelle des conflits, raison pour laquelle cette étape doit être clarifiée.

Dans les transactions collectives, la nécessité d'une homologation judiciaire est plus claire, car il y a un intérêt public à contrôler la régularité de la procédure juridique des solutions consensuelles. L'homologation évaluera la représentation sociale des parties impliquées dans l'accord et son équivalence.⁹¹⁶

⁹¹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea p. 103-113. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 105.

⁹¹⁶ Il n'existe pas de critères définis au Brésil, mais l'expérience américaine en matière de *class actions* considère comme important le contrôle judiciaire des accords, en termes de justice, de raisonnable et d'adéquation, étant donné que de nombreux intérêts sont impliqués dans les conflits de masse. Il convient toutefois de noter que les recours collectifs en droit nord-américain ont un statut juridique plus actif qu'au Brésil, où ils sont limités par la législation. L'amplitude des parties légalises génère un grand nombre de demandes et de complexités liées aux honoraires d'avocat. VENTURI, Elton. A homologação judicial dos acordos coletivos no Brasil, p. 115-133. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 125, 127-128, 130.

Dans l'hypothèse d'une homologation judiciaire, elle nécessite une évaluation différenciée et complexe de la régularité de l'accord en termes de procédure et par rapport à son contenu.⁹¹⁷ A cet égard, le Pouvoir Judiciaire doit s'autocontrôler, il ne jouera pas un rôle actif dans la solution du conflit, il ne figure pas en tant que négociateur et n'aura pas non plus de compétence décisive, c'est-à-dire qu'il ne rendra pas de décision juridictionnelle unilatérale, il doit s'en tenir au contrôle de la décision en résolution amiable. Ainsi, s'il existe des défauts qui empêchent l'homologation, il appartient au magistrat de renvoyer l'accord aux parties afin qu'elles délibèrent sur la correction et le soumettent à nouveau à l'homologation.⁹¹⁸

Dans une certaine mesure, la défense de la nécessité d'une homologation judiciaire contredit la logique de la déjudiciarisation⁹¹⁹ et affaiblit le pouvoir de la résolution amiable. La participation aux délibérations et aux accords d'organes qui représentent institutionnellement des intérêts diffus et collectifs, tels que le ministère public et le bureau du défenseur public, peut constituer un critère suffisant pour garantir les intérêts en jeu, afin de limiter l'homologation judiciaire à des cas spécifiques. En outre, le Code de procédure civile et la loi sur la médiation reconnaissent l'efficacité des titres extrajudiciaires aux accords. Il est entendu qu'il est nécessaire « d'éviter que le pouvoir judiciaire ne finisse par acquérir une performance quasi notariale, inutile et bureaucratifiée ».⁹²⁰

En tout état de cause, l'accord est soumis au contrôle de légalité juridictionnel, qui ne peut se substituer à son mérite, mais vérifie la légalité générale de sa procédure et de son contenu.⁹²¹

Il en ressort que la médiation administrative n'est pas seulement un moyen d'éviter un nombre excessif de demandes judiciaires et toutes les conséquences négatives susceptibles d'en découler. La médiation permet de mettre en relation le pouvoir privé et celui public en

⁹¹⁷ Les limites du contrôle judiciaire quant au contenu s'avèrent très délicates, surtout lorsqu'il existe des tendances à l'activisme judiciaire. VENTURI, Elton. A homologação judicial dos acordos coletivos no Brasil, p. 115-133. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 126-127.

⁹¹⁸ VENTURI, Elton. A homologação judicial dos acordos coletivos no Brasil, p. 115-133. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 125-126.

⁹¹⁹ ANDRADE, Juliana Loss de. Justiça consensual para as demandas coletivas, p. 135-148. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 142, 147.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 142-143.

⁹²¹ Voir dans ce sens : BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas** : um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo : Quartier Latin, 2007, p. 536. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 255.

faveur de solutions conjointes et est, ainsi, à l'origine d'une nouvelle orientation de la performance administrative, qui d'unilatérale et contradictoire, devient dialogique et consensuelle. Elle tend à être un mécanisme, visant à régler dument, ce qui permet non seulement de respecter le régime juridico-administratif, mais aussi de le rendre plus efficace.⁹²²

Il s'agit, avant tout, d'un instrument démocratique et de valorisation de l'être humain dans l'exercice de la fonction administrative, inhérent au concept de bonne administration.

⁹²² Dans ce sens, voir FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, Sept./Déc. 2017, p. 42.

5 PERSPECTIVES COMPARÉES DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE EN FRANCE – PROPOSITIONS DE MISE EN ŒUVRE AU BRÉSIL

En premier lieu, il est important de noter la pertinence de la comparaison de la manière dont la médiation administrative s'est développée en France, puisque le droit administratif brésilien a comme grande source d'inspiration, depuis ses origines jusqu'à aujourd'hui, le droit administratif français.⁹²³ Ainsi, l'expérience française en matière de médiation administrative peut contribuer au développement et à la sécurité quant à l'utilisation de ce même institut en droit administratif brésilien.

La perception brésilienne de la médiation administrative en France offre une réflexion, une expérience et une plus grande sécurité dans le sens où l'institut y est mieux développé, mis en pratique et utilisé plus largement. La proposition de comparaison, donc, n'est pas dans le sens d'effectuer des importations ou des « greffes juridiques »⁹²⁴, mais d'inspirer l'adoption de la médiation administrative au Brésil de manière plus efficace.

La contribution française sur le sujet et sa compatibilité avec le droit administratif peut être pertinente étant donné que le droit administratif brésilien a des liens étroits avec ce droit. La doctrine administrative brésilienne s'inspire⁹²⁵ depuis longtemps du droit administratif français et la question de la médiation administrative peut être pertinente.

La rationalité du droit administratif brésilien, en raison de la forte influence française, présente de grandes similitudes, ce qui peut contribuer à la crédibilité et à une plus grande acceptation de la médiation administrative, car au Brésil, il existe encore des doutes ou des incrédules à propos de l'institut de droit administratif.⁹²⁶

Du point de vue français, la médiation administrative est encore incertaine. Cependant, il est disponible, utilisé et, même controversé, il existe des demandes dans le domaine du droit public dans le domaine du droit public dans lequel la médiation préalable est obligatoire, comme moyen d'accélérer le changement de la culture de contentieux et résolution des

⁹²³ Ce que « nous connaissons aujourd'hui sous le nom de 'Droit Administratif' est né en France ». MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38.

⁹²⁴ Le mot “legal transplants” peut être attribué à Alan Watson en « *Legal transplants: an approach to comparative law* », de 1974, ce sujet est travaillé pour LEGRAND, Pierre. *The impossibility of legal transplants*. **Maastricht J. Eur. & Comp. L.**, Holanda, v. 4, 2, p. 111-124, 1997.

⁹²⁵ Par exemple, en 1914, Viveiros de Castro se consacre au thème du service public, influencé par le travail de Léon Duguit. Les auteurs et les décisions des tribunaux administratifs français ont toujours servi et servent de référence, par exemple, le célèbre *arrêt Blanco*, cité dans la plupart des ouvrages de droit administratif au Brésil, dont l'importance est traitée par MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo : RT, 1968, p. 139, note 16.

⁹²⁶ La méthode comparative est d'une grande pertinence pour l'évolution du droit administratif. MARRARA, Thiago. Méthode comparative et droit administratif. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, MS, v. 16, n. 32, p. 25-37, jul./dez. 2014, p. 36.

conflits de manière amicale et administrative, sans pour autant retirer le droit d'engager les actions judiciaires appropriées, dont le délai est suspendu pendant la médiation.

Par ailleurs, la revendication de l'inspiration française peut également être positive puisqu'il s'agit d'un État républicain, démocratique, social, attaché à la dignité humaine et à la réalisation des droits fondamentaux, cette structure fondatrice qui caractérise également l'État brésilien, comme le prévoit le CRFB 88. Les deux pays ont une tradition romaniste, qui se traduit principalement par une conception du droit public plus délimitée par rapport au droit privé.

Cependant, les États analysés présentent également des différences structurelles significatives, dans la mesure où l'État français a une forme unitaire et est une république parlementaire, tandis que le Brésil a une forme fédérative et est une république présidentielle.

En outre, un aspect pertinent pour le thème analysé concerne la « conception française de la séparation des pouvoirs », avec une séparation plus rigide et l'adoption conséquente du contentieux administratif,⁹²⁷ en distinguant la juridiction commune de la juridiction administrative, cette dernière étant chargée du contrôle juridictionnel des actes administratifs et le Conseil d'État français occupant la plus haute hiérarchie dans la juridiction administrative.⁹²⁸

Au Brésil, c'est le système de l'unicité de juridiction qui est adopté, à partir du concept de séparation des pouvoirs avec freins et contrepoids, de sorte que le pouvoir judiciaire exerce un contrôle sur les actes administratifs, comme le prévoit l'article 5, XXXV, du CRFB. Ainsi, aux États-Unis analysés, le contrôle juridictionnel des actes administratifs s'exerce dans différentes sphères du pouvoir étatique, et en France il existe une juridiction spécialisée en matière administrative.

Une autre distinction pertinente concernant la séparation des pouvoirs fait référence au contrôle de la constitutionnalité des lois, qui, au Brésil, est admis comme un contrôle abstrait et concentré au sein de la Cour suprême fédérale - Cour constitutionnelle, ainsi que comme un contrôle concret et diffus de la constitutionnalité, c'est-à-dire qu'il peut être exercé par n'importe quel magistrat. Ce système de contrôle des lois démontre l'équilibre des pouvoirs, dans lequel le pouvoir judiciaire exerce un contrôle sur les actes législatifs.

⁹²⁷ Il faut noter, par exemple, la méfiance des révolutionnaires à l'égard des juges, qui a donné lieu aux lois des 16 et 24 août 1790. GIRARD, Anne-Laure. Régler autrement les conflits avec l'Administration : quels enseignements de l'histoire, p. 7-21. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 7. Comme nous l'avons vu précédemment dans ce document.

⁹²⁸ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 9.ed. Paris : Montchrestien, 2005, p. 9-16. PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 415-432.

En France, le système est diversifié, le contrôle de constitutionnalité est moins intense, la Constitution de 1958 prévoyait le Conseil constitutionnel, mais n'a pas institué le contrôle de constitutionnalité, celui-ci s'est concrétisé par des réformes en 1974 et, plus catégoriquement, en 2008. Seulement avec la réforme de 2008 établit le contrôle de constitutionnalité après la promulgation de la loi, incidemment, avec l'insertion d'un nouvel acteur dans ce scénario, le citoyen.⁹²⁹ Cependant, il s'agit d'une version française du contrôle, car seul le Conseil constitutionnel peut apprécier la constitutionnalité et ses membres ne sont pas des magistrats,⁹³⁰ ce qui dénote une plus grande force aux lois, à la production législative et moins de pouvoir juridictionnel sur elles, si on le compare au système brésilien de contrôle de constitutionnalité.

En ce qui concerne la question spécifique de la résolution amiable des conflits, elle peut être analysée dans les deux pays sous l'angle de la démocratie et également sous celui de la modernisation administrative des années 80, un phénomène généralisé de performance des administrations. Les différentes administrations ont subi les mêmes pressions telles que la réduction des coûts, la rationalisation des structures, l'ouverture de l'administration, entre autres. Le point de référence commun ne signifie pas que les effets étaient les mêmes ; ils sont « indissociables des cultures administratives nationales », et les pays européens plus bureaucratiques ont opposé une plus grande résistance.⁹³¹

Selon Jacques Chevallier, les politiques de réforme administratives se concentrent sur trois fronts : i) les relations internes (gestion des ressources humaines) ; ii) la transformation des méthodes de gestion pour la responsabilisation ; et, iii) la modification des relations avec les individus, avec le développement de l'idée de « citoyenneté administrative ».⁹³² La médiation fait partie de ce dernier objectif.

Ce sont là quelques aspects juridiques généraux qui délimitent les perspectives de comparaison visant la médiation administrative dans les deux pays.

⁹²⁹ DE CACQUERAY, Sophie ; HUTIER, Sophie *et al.* Procédure législative et QPC, p. 164-177. Dans : **Conseil constitutionnel**, Titre VII, Paris, octobre 2020, p. 166. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.cairn.info/revue-titre-vii-2020-octobre-page-164.htm>. Consulté le : 30 juil. 2021.

⁹³⁰ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 192-197.

⁹³¹ Des idées liées à la *NPM* - Nouvelle gestion publique encouragée par la Banque mondiale et l'OCDE. Chevallier souligne que l'influence de ce mouvement n'a eu des répercussions en France qu'à partir des années 2000, notamment avec la « Loi organique sur les lois de finances - LOLF » de 2001, il y avait eu des changements antérieurs mais avec des objectifs tels que : « mieux servir les citoyens » (1995) et construire un État « plus proche » et « plus efficace » (1997). Concernant les préoccupations budgétaires, l'auteur met en avant la révision générale des politiques publiques - RGPP, de 2007, la politique de « modernisation de l'action publique » - MAP, de 2012 et, plus récemment, le programme « Action publique 2022 », lancé en 2017 avec pour objectif principal de réduire les dépenses publiques. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 391-393.

⁹³² CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 393.

5.1 ASPECTS DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE EN FRANCE

A la fin des années 1970, selon décrit par Benoît Plessix, la situation de la justice administrative en France était alarmante et cela a « imposé à tous de s'intéresser aux moyens de remédier à l'encombrement des juridictions administratives et à ses délais déraisonnables de jugement ».⁹³³ En 1987, il a eu une grande réforme de la justice administrative qui recommandait une procédure préalable de conciliation dans certains cas, mais il n'a pas eu d'effet. Dès lors, le Conseil d'État et la doctrine contribuent à la construction des MARC – modes alternatifs de règlement des litiges – qui deviennent des MARD – modes amiables de règlement des litiges, qui « commencent à jouer un rôle important dans le droit administratif français » et symbolisent un processus de déjudiciarisation.⁹³⁴

L'analyse comparative ne comprend pas seulement la description du droit, mais la contextualisation, avec la prise en compte d'autres facteurs, tels que sociaux, culturels et économiques, pour la « compréhension » de l'objet et de sa fonctionnalité dans une certaine culture et un certain système juridique.⁹³⁵

Il est intéressant de noter ainsi que le développement des tribunaux amiables en France ne s'est pas fait de manière isolée. Il y a eu, et il y a toujours, un mouvement dans l'Union européenne et dans les autres pays européens en faveur de ces autres modes de résolution des conflits⁹³⁶, sous l'impulsion des relations juridiques transnationales. « La médiation contemporaine constitue un avatar vernaculaire, et situé dans le temps, d'une idée commune à de nombreuses cultures ».⁹³⁷ Il est identifié que l'institut de médiation est une tendance globale, mais que dans chaque lieu présente des motifs et des objectifs ajustés, doit s'adapter aux caractéristiques locales, dans un phénomène appelé *glocalisation*.⁹³⁸

En 1981, le Conseil de l'Europe a adopté la recommandation R-81-7 reconnaissant l'importance des techniques de règlement à l'amiable, y compris la médiation. Plusieurs

⁹³³ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 1360, note 1029.

⁹³⁴ Ibid., p. 1360-1361, note 1029.

⁹³⁵ MARRARA, Thiago. Méthode comparative et droit administratif. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, MS, v. 16, n. 32, p. 25-37, jul./dez. 2014, p. 30.

⁹³⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 12.

⁹³⁷ Ibid., p. 9.

⁹³⁸ Le terme, en synthèse, fait référence à la culturalisation du global, de son adaptation au local, avec les traces du local son utilisation est très répandue, mais on peut l'attribuer à Roland Robertson. Concernant : LOURENÇO, Nelson. Mondialisation et glocalisation. Le difficile dialogue entre le global et le local. **Mulemba, Revista Angolana de Ciências Sociais**, 4 (8), 2014. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/mulemba/203>. Accès le : 28 jul. 2021. LEGRAND, Pierre. On the singularity of law. **Harvard International Law Journal**, 47, p. 517-530, 2006.

recommandations ont été émises dans différents domaines, notamment la Rec(2001)9 sur l'encouragement des méthodes amiables entre les autorités administratives et les personnes privées.^{939;940} L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a souligné la perspective de la médiation en tant que « dialogue entre les cultures ».⁹⁴¹

L'Union européenne et ses États membres ont été influencés par le modèle américain de *règlement alternatif des litiges* – ADR⁹⁴², et les directives 2008/52/CE et 2013/11/UE ont été publiées sur la médiation en matière civile et commerciale et en matière de consommation, respectivement.

Dans la Directive 2008/52/CE⁹⁴³ relative à la médiation en matière civile et commerciale, transposée en droit français avec l'ordonnance n. 2011-1540 du 16 novembre 2011, parmi les considérations, figure le souci des droits fondamentaux, la construction d'espaces de liberté, la sécurité et la justice pour la libre circulation des personnes et le marché intérieur ; le caractère fondateur de l'accès à la justice et la nécessité de faciliter, ce qui inclut les moyens judiciaires et extrajudiciaires, à savoir la médiation.⁹⁴⁴

La directive a reconnu les avantages de la médiation qui offre des solutions extrajudiciaires rentables et rapides, adaptées aux besoins des parties. Les accords conclus tendent à être respectés sur une base volontaire et préservent des relations amicales et durables entre les parties, ce qui est pertinent, surtout lorsqu'il s'agit de situations transnationales. Elle a également souligné qu'il ne s'agit pas d'une solution secondaire au mode judiciaire et que les États membres doivent encourager son utilisation, son information et sa divulgation.

⁹³⁹ CONSEIL DE L'EUROPE. **Recommandation Rec(2001)9**. Disponible sur : https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805e2a35. Accès le : 17 juillet 2021.

⁹⁴⁰ La Cour Européenne des Droits de l'Homme encourage les parties à conclure un règlement amiable. G. De VEL. Les MARC/ADR au Sein du Conseil De L'Europe : État et Esprit du Règlement Amiable des Différends dans L'Europe des Droits de L'Homme. L. CADIET. (Dir.), coll. **Médiation et arbitrage** : alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives. LexisNexis, Paris, 2005, p. 193-194.

⁹⁴¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 14.

⁹⁴² Selon Guillaume-Hofnung, plus propice à l'objectif de réduction du nombre d'affaires judiciaires, tandis que les sociétés civiles européennes ont conçu la médiation comme un moyen de maintenir la cohésion sociale et la résilience. Ibid., p. 14.

⁹⁴³ Union Européenne. **Directive 2008/52/CE**. Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32008L0052>. Accès le : 20 juil. 2021.

⁹⁴⁴ Le droit communautaire s'est concentré sur l'amélioration de l'accès à la justice, des délais et de l'efficacité, comme le souligne David Capitant à partir de la directive Recours n. 89/665, du 21 décembre 1989, réformée par la directive 2007/66/CE, du 11 décembre 2007. CAPITANT, David. L'influence du droit communautaire sur le contentieux administratif français : l'exemple des marchés publics, p. 29-47. In: PARISIO, Vera (Dir.) **Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali**. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 32.

En France, une étude du Conseil d'État intitulée « régler autrement les conflits »⁹⁴⁵ a été adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État en février 1993, ouvrant la voie au développement de méthodes amiables dans la sphère administrative.⁹⁴⁶

Néanmoins, la médiation, « pendant longtemps, n'a pas fait appel au droit administratif ». Elle s'est heurtée à de nombreux obstacles, tels que la méfiance de l'administration, les hésitations des particuliers et la réserve des comptables publics. La loi n. 95-125 du 8 février 1995, encourageant la voie amiable, prévoyait une médiation devant le pouvoir judiciaire, mais restait muette sur l'Administration.⁹⁴⁷

Dans la résolution finale des actes du séminaire de Créteil, en France, en septembre 2000, il a été considéré que la médiation ne se limite pas à une voie alternative de résolution des conflits, car elle a d'autres fonctions : la prévention des conflits et l'établissement et le rétablissement des liens sociaux.⁹⁴⁸

Puis, en juillet 2010, l'étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État a fait un pas supplémentaire vers la médiation et a amélioré l'étude de 1993. Malgré cela, selon Guillaume-Hofnung, L'étude présentait encore une fluidité et des failles terminologiques qui nuisaient à la politique judiciaire.⁹⁴⁹ Les MARD « ont toujours eu une situation inconfortable en droit administratif français ».⁹⁵⁰

Il convient toutefois de noter que depuis 1973, la France a une tradition⁹⁵¹ de médiation par un tiers dans les relations entre les pouvoirs publics et les particuliers et dans la protection des droits fondamentaux des personnes, avec l'institution du Médiateur de la République, devenu Défenseur des droits.⁹⁵² Le modèle trouve son origine dans l'ombudsman suédois et, en 1989, ils sont devenus des autorités indépendantes. Selon Jacqueline Morand-Deville, l'activité exercée est pertinente et le système fonctionne bien.⁹⁵³

⁹⁴⁵ Il faut noter qu'à l'époque, en 1993, l'Assemblée générale avait regretté le développement insuffisant des modes alternatifs, à l'exception de la médiation, comme le soulignait MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 9.ed. Paris : Montchrestien, 2005, p. 49.

⁹⁴⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 54.

⁹⁴⁷ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 1361, note 1030.

⁹⁴⁸ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 14.

⁹⁴⁹ Ibid., p. 54.

⁹⁵⁰ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 1360, note 1029.

⁹⁵¹ En ce sens, même à cause de la globalisation, les singularités sont pertinentes dans la comparaison, comme le souligne LEGRAND, Pierre; HACHEM, Daniel Wunder (Trad.). **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 59. Peu importe à quel point un institut est cosmopolite, il a toujours un caractère unique. LEGRAND, Pierre. On the singularity of law. **Harvard International Law Journal**, 47, p. 517-530, 2006, p. 523.

⁹⁵² Abordé dans la section 2.

⁹⁵³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 9.ed. Paris : Montchrestien, 2005, p. 49.

Depuis lors, de nombreux médiateurs institutionnels ont été mis en place dans l'administration publique française, notamment dans les ministères.⁹⁵⁴ De plus, lors de la révision constitutionnelle de 2008, ils ont été élevés à la catégorie d'autorité administrative indépendante dans la Constitution. Avec la loi organique n. 2011-333 du 29 mars 2011, ils sont devenus « un acteur[s] clé de la médiation en tant que promoteur[s] du respect des droits et libertés individuels dans le cadre des relations avec les administrations ». ⁹⁵⁵ L'évolution de l'institut dans le système français montre qu'il existe depuis longtemps une attention particulière à la mise en œuvre des droits des particuliers à l'amiable et par un tiers « médiateur ». ⁹⁵⁶ Même, selon l'art. 26 de la loi organique de 2011, le Défenseur des droits peut recourir à la médiation pour résoudre à l'amiable les différends qui lui sont présentés. L'importance et le succès de l'institut ressortent, en 2016 64 000 plaintes ont été enregistrées, une grande partie liée aux services publics et à l'accès aux droits, et 80% des résolutions à l'amiable initiée ont eu une issue positive. ⁹⁵⁷

De même, en 2011, en raison de l'ordonnance n. 2011-1540 du 16 novembre 2011, qui a transposé la directive 2008/52/CE dans le système français, il y a eu une modification de l'art. 21 de la loi n. 95-125 – loi relative à l'organisation des juridictions et portant sur les procédures civiles, pénales et administratives. La nouvelle formulation de l'art. 21 prévoit et conceptualise la médiation de manière générale. ⁹⁵⁸

En 2015, par l'ordonnance n. 2015-1341 du 23 octobre 2015, le Code des relations entre le public et l'administration - CRPA a été établi, dans lequel la possibilité de conciliation et de médiation avec l'Administration en justice ou, à l'amiable, en extrajudiciaire, selon les articles L421-1, L421-2, L422-1 et L422-2 a été établie. Il prévoit également la transaction et le recours au Défenseur des droits, aux articles L423-1, L423-2 et L424-1. Ainsi, la CRPA prévoit le règlement à l'amiable des litiges entre les particuliers et l'Administration :

⁹⁵⁴ Ce que l'on appelle la médiation institutionnelle, présente dans différents contextes : cinéma, RATP, SNCF, France Télévision et la Poste. BOUSSARD, Sabine. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, p. 67-81. *In* : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 70-71.

⁹⁵⁵ BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 juil. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accédé le 08 Oct. 2019.

⁹⁵⁶ FRANCE. Défenseur des droits. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/competences/services-publics>. Consulté le : 30 juil. 2021.

⁹⁵⁷ AUDONNE, Nadine. Le défenseur des droits, autorité constitutionnelle, p. 117-118. *In* : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 117-118.

⁹⁵⁸ Il convient de noter que depuis sa formulation initiale en 1995, il existe une disposition sur la possibilité pour le juge de désigner une tierce personne pour effectuer une conciliation ou une médiation, avec des modifications de la formulation en 2002 et en 2011. La différence en 2011 se réfère à la conceptualisation et à l'ouverture aux parties elles-mêmes pour choisir le médiateur.

conciliation, médiation, en dehors ou au cours d'une procédure judiciaire, transaction et médiation par le Médiateur. Afin d'encourager les solutions administratives et d'éviter la judiciarisation, la CRPA encourage également les recours administratifs, notamment le recours administratif préalable obligatoire - RAPO - pour certains cas, art. L412-1 à L412-8.⁹⁵⁹

Avec un objectif encore plus évident d'assurer la résolution amiable des conflits, le 18 novembre 2016, la loi n. 2016-1547, modernisation de la justice au XXI^e siècle – j21. La loi marquait « une ère nouvelle pour la médiation » et dans cet objectif les conflits avec l'administration étaient inclus.⁹⁶⁰

La convivialité était autrefois « le serpent de mer du contentieux administratif »⁹⁶¹ en raison du manque d'organisation et de dynamisme, ainsi que du travail intellectuel pour concilier « les souplesses qu'impose la recherche d'un compromis avec le principe de légalité qui régit l'activité de la puissance publique ».⁹⁶²

La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁹⁶³ et son décret d'application ont consacré la médiation administrative au sein du Code de Justice Administrative, tant celle organisée par les parties elles-mêmes, que celle qui se déroule pendant une procédure judiciaire.⁹⁶⁴ Ce sont inclus les articles L213-1 à L213-10 versant sur la médiation.⁹⁶⁵

Ainsi, l'article L213-1 du CJA considère la médiation comme un « processus structuré, quel qu'en soit le nom, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en

⁹⁵⁹ Cependant, il faut noter qu'il ne s'agit pas spécifiquement d'un mode en résolution amiable ou amiable car, en général, il y aura une décision unilatérale. MELLERAY, Fabrice. La typologie des modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, p. 61-66. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 64.

⁹⁶⁰ BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 juil. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁶¹ Constat fait par Marc Souvé, vice-président du Conseil d'État français, dans une déclaration du 24 juin 2016 visant les modes alternatifs de résolution des conflits. On considère que l'engouement pour les modes doux remonte aux années 1980, au moment de la réforme de la juridiction administrative, ce qui montre qu'il s'agit d'une préoccupation ancienne, récurrente, mais sans cesse repoussée. BOUSSARD, Sabine. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, p. 67-81. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 68.

⁹⁶² MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁶³ FRANCE. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de Modernisation de la Justice du XXI^e siècle [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933?tab_selection=all&searchField=ALL&query=code+de+justice+administrative&searchType=ALL&typePagnation=DEFAULT&pageSize=10&page=1&tab_selection=all#all].

⁹⁶⁴ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 1361, note 1030.

⁹⁶⁵ La loi a choisi de ne pas traiter de la conciliation en raison de la frontière très proche avec la médiation. MELLERAY, Fabrice. La typologie des modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, p. 61-66. Dans : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 66.

vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers. partie, le médiateur, choisi par eux ou désigné, par accord de lecture, par le tribunal ». Malgré l'importance de la consécration législative d'un dispositif, la notion d'objet de critique, comme son contenu, servira aussi à définir la conciliation.⁹⁶⁶

L'article 1213-5 encourage et rend possible la médiation à l'initiative des parties qui peuvent l'organiser de manière extrajudiciaire et, quant au médiateur, le choisir. Ils peuvent demander à la cour ou au tribunal compétent la désignation du médiateur ou, même, l'organisation de la médiation, de manière extrajudiciaire. Dans ce cas, il y a une médiation organisée par le tribunal, mais extra-procédurale. C'est sans aucun doute un moyen de faciliter et d'élargir les connaissances sur la médiation dans une période de transition.

Néanmoins l'institution du « système à portes multiples », les gens ne savent toujours pas comment les utiliser et associent la résolution des conflits à la juridiction, ce qui est naturel puisque les « tribunaux sont toujours le lieu principal, ou le plus important, de la résolution des conflits », mais pas une nécessité technique. Le tribunal représente une des multiples portes, qui peut se trouver à un endroit et les autres processus, tels que la médiation et l'arbitrage, à un autre endroit.⁹⁶⁷

Dans le modèle français à portes multiples, on note la mise en place d'une médiation à différentes « portes » : hors du contexte juridictionnel et organisée par les parties – médiation conventionnelle ; organisée par la juridiction à la demande des parties – « médiation para-juridictionnelle » – et, à l'initiative du juge au cours d'une procédure judiciaire - médiation juridictionnelle, cette dernière prévue à l'article L213-7. Cet article incite les magistrats à mettre en place une médiation, dès le dépôt de la requête⁹⁶⁸, voire le Conseil d'Etat, conformément à l'article L114-4 du CJA. Il s'ensuit donc que le CJA encourage la médiation à différents moments et dans différentes sphères, par les parties elles-mêmes, par elles avec l'aide de la juridiction, et par les magistrats eux-mêmes dans les différentes sphères juridictionnelles administratives.

Une nouveauté est identifiée en ce qui concerne la possibilité pour les parties, avant d'introduire une demande, de demander à la juridiction d'organiser une médiation, article L213-5. La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle a prévu une troisième voie, celle de la « médiation para-juridictionnelle ». Le début du processus est relativement lié à la

⁹⁶⁶ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 56.

⁹⁶⁷ SANDER, Frank ; CRESPO, Mariana Hernandez. Un dialogue entre les professeurs Frank Sander et Mariana Hernandez Crespo : explorer l'évolution du palais de justice à portes multiples. **University of St. Thomas Law Journal**, vol. 5, pp. 665-674, 2008, p. 671.

⁹⁶⁸Ceci est renforcé par les articles L422-1 et L422-2 du CRPA, tels que modifiés par la loi n. 2016-1547.

juridiction administrative, sans toutefois dépendre d'une instance. Cette possibilité, avant la loi de 2016, « cantonnée aux seuls litiges transfrontaliers, hors prérogatives de puissance publique ».⁹⁶⁹

Les multiples portes de la médiation peuvent être considérées comme une possibilité d'étendre son utilisation et la familiarisation des personnes avec cette technique. Cependant, il existe également une critique pertinente concernant le manque de détachement de la médiation de l'activité juridictionnelle, en utilisant le même moule est un « oxymore mental ». On a « un mode alternatif qui ne parvient pas à s'émanciper du modèle juridictionnel ». L'utilisation excessive du terme processus démontre la persistance de la mentalité et de la terminologie du processus judiciaire au centre des textes sur la modernisation de la justice au XXI^e siècle.⁹⁷⁰ Néanmoins, il est entendu qu'il s'agit d'une transition, d'un changement de culture et d'habitudes juridiques. En particulier dans la sphère administrative, le renoncement progressif et le soutien de la juridiction peuvent être considérés comme nécessaires à la mise en œuvre des modes alternatifs.⁹⁷¹

Quant au médiateur, il peut être choisi par les parties ou désigné par le juge. Dans tous les cas, même dans la médiation développée par l'initiative judiciaire, le médiateur peut être extérieur à la juridiction, rémunéré ou non,⁹⁷² des listes indicatives de médiateurs disponibles dans les juridictions⁹⁷³ et auprès des *barreaux* (équivalent des sections de l'ordre des avocats). L'inscription sur les listes dépend d'une qualification en rapport avec la nature du conflit et d'une formation à la médiation (estimée à 200 heures).⁹⁷⁴

Le partage de la rémunération sera délibéré par les parties, si cela n'est pas possible, le magistrat les partagera ou décidera de manière équitable. Toutefois, si la partie est bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, celle-ci peut également être utilisée pour payer la médiation dans sa proportion, comme le prévoit l'article L213-8. En cas de médiation préalable obligatoire, selon l'article L213-5, celle-ci est gratuite pour les parties.

⁹⁶⁹ BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 juil. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accédé le 08 Oct. 2019.

⁹⁷⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 57.

⁹⁷¹ BROUELLE, Camille. La juridictionnalisation des MARLs, p. 99-104. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 104.

⁹⁷² Article L213-5 du CJA.

⁹⁷³ Article 22-1 A de la loi n° 95-125, modifié par la loi n° 2016-1547.

⁹⁷⁴ MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

Le médiateur exerce son activité avec impartialité, compétence et diligence. La médiation administrative est soumise au principe de confidentialité, sauf accord contraire des parties, raisons d'ordre public, intérêt supérieur d'un mineur ou intégrité physique ou psychologique d'une personne, conformément à l'article L213-2 du CJA.

L'option pour la médiation suspend la prescription et interrompt les délais de recours, comme le prévoit l'article L213-6, ce qui est fondamental pour la préservation du droit d'accès à la juridiction.

La convention conclut que les parties exigent la libre disposition des droits en cause, qui pourront être légalement agréés pour leur caractère d'exécution aux termes des articles L213-3 et L213-4.

Depuis la loi de modernisation de 2016, la médiation en droit public « devient le mode de droit commun de la résolution des différends ».⁹⁷⁵ Il y a eu une extension du champ matériel de la médiation administrative. En principe, la médiation peut être utilisée dans tout litige lié à la juridiction administrative.⁹⁷⁶ On peut toutefois penser que certains litiges sont exclus, comme « ceux faisant intervenir les pouvoirs régaliens de l'État ou des personnes de droit public, ou ceux intervenant dans des domaines largement régis par des dispositions d'ordre public ».⁹⁷⁷

En outre, la loi de modernisation de la justice a introduit, dans son article 5, IV⁹⁷⁸, une nouveauté controversée à titre expérimental, la médiation préalable obligatoire - MPO - face à certaines décisions administratives. L'expérimentation était prévue jusqu'au 31 décembre 2021 au plus tard pour certains litiges individuels concernant les salariés et ceux concernant les prestations, allocations ou aides à l'action sociale, au logement ou en faveur des travailleurs sans emploi.

Le dispositif a été réglementé par le décret n. 2018-101 du 18 février 2018.⁹⁷⁹ En vertu de l'art. 3 du présent décret, la médiation obligatoire est développée conformément aux

⁹⁷⁵ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 56.

⁹⁷⁶ MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁷⁷ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 56.

⁹⁷⁸ Art. 5, IV : « A titre expérimental et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2021, les recours contentieux formés par certains agents soumis aux dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle et les requêtes relatives aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi peuvent faire l'objet d'une médiation préalable obligatoire, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. »

⁹⁷⁹ FRANCE. Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/jorf/text/000036608557/2021-07-16/>. Accès le : 16 juillet 2021.

dispositions du CJA et l'autorité administrative doit informer l'intéressé de cette obligation et lui indiquer les coordonnées du médiateur compétent. Le MPO suspend la prescription et interrompt les délais de recours. Il doit être exécuté dans un délai de deux mois, avec possibilité d'augmentation. De même, dans le cas où la partie déposerait une plainte sans respecter le MPO, le magistrat la rejettera et la transmettra au médiateur compétent.⁹⁸⁰

La controverse réside dans le fait que la nature de l'amabilité est volontaire, liée donc à une option, à une volonté, de sorte que l'obligation peut éloigner l'ouverture au dialogue et à la solution. La France a proposé une expérience, pendant une certaine période, pour évaluer les résultats et conduire à un changement de culture, pour « montrer » une nouvelle voie. À cette fin, le décret établit la nécessité pour les médiateurs responsables d'élaborer des rapports annuels et, à l'article 10, comme moyen de rendre l'expérience efficace, il a engagé plusieurs ministres à s'y conformer.

La loi de modernisation, dans des cas précis, a comblé à titre expérimental par la médiation l'espace entre le refus d'une décision administrative et le début du contentieux administratif. En tout état de cause, il sera nécessaire de contrôler si l'accès au juge ne sera pas menacé.⁹⁸¹ Si, du fait de la généralisation, il ne s'agira pas seulement d'un filtre d'accès au juge, mais d'un véritable processus en faveur du peuple.⁹⁸²

Certains critiquent le fait que le décret a rapproché la médiation préliminaire obligatoire de la conciliation.⁹⁸³ La médiation en est à ses débuts, « il serait présomptueux de faire aujourd'hui sa théorie. Elle va encore évoluer ». Son utilisation sans compromis exige toutefois un effort théorique immédiat pour éviter les dommages éventuels causés par l'urgence pratique et le manque de rigueur scientifique des pouvoirs publics.⁹⁸⁴

La préoccupation exprimée par Guillaume-Hofnung fait référence au fait que, si la médiation est réduite à la conciliation, dans une perspective de résolution des conflits uniquement par une autre voie, autre que judiciaire, comme elle l'était dans le programme de

⁹⁸⁰ La question du caractère obligatoire avait déjà été soumise à la Cour européenne des droits de l'homme, qui a reconnu la validité de l'imposition de la médiation obligatoire en droit interne français, à l'exception des consommateurs (art. L612-4 du Code de la consommation). La Cour a estimé que « ne constitue pas une entrave substantielle au droit d'accès direct au juge l'obligation imposée par la loi de tenter de trouver une solution amiable, préalablement » si la médiation « suspend le cours de la prescription et qu'en cas d'échec, les parties disposent d'une possibilité de saisir le juge compétent ». (CEDH, 1^{re} sect., 26 mars 2015, n° 11239/11 : Procédures 2015, comm. 159, N. Fricero). Disponible sur : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-10566>. Accès le : 15 juillet 2021.

⁹⁸¹ BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 juil. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁸² Ibid.

⁹⁸³ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 57.

⁹⁸⁴ Ibid., p. 63.

modernisation de la Justice, elle perdra sa fonction politique essentielle. « Par ses fonctions de création et de recréation du lien social, la médiation est ontologiquement politique ». Les sociétés sont menacées et ont besoin de ce processus éthique de communication pour leur cohésion.⁹⁸⁵

La loi n. 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022, et de réforme pour la justice est également venue dans le but de simplifier les procédures civiles et administratives avec le développement de la culture des modes alternatifs de règlement des conflits. L'article 1 de la loi prévoit une augmentation significative des dépenses de justice jusqu'en 2022 pour montrer la préoccupation des dépenses publiques pour l'activité judiciaire et est accompagné d'un rapport complet avec un diagnostic et des propositions pour améliorer le fonctionnement de la justice. La loi a modifié les lois 95-125, la loi de modernisation elle-même, 2016-1547, entre autres.

La loi n. 2019-222 a modifié la rédaction de l'article 22-1 de la loi n. 95-125, afin d'inciter les magistrats à promouvoir la médiation à tout moment de la procédure, lorsqu'il estime qu'une solution amiable est possible. C'est une hypothèse dans laquelle il n'y a pas eu l'accord des parties à la médiation, mais il établira une rencontre avec un médiateur désigné par lui, qui informera les parties sur l'objet et le déroulement d'une médiation. On identifie dans ce dispositif ce qu'on appelle la pré-médiation, qui se révèle d'une grande pertinence pour le développement de la médiation.

Dans le but de favoriser la résolution amiable des litiges, la loi n. 2019-222 a modifié l'article 4 de la loi de modernisation. La modification a établi l'obligation, sous peine de non-réception de la demande judiciaire, dans les cas de paiement de montants ne dépassant pas une certaine valeur ou dans les conflits de voisinage, à réglementer par décret du Conseil d'État, que les parties choisissent entre l'exécution préalable d'une procédure de conciliation, de médiation ou de participation. La loi a prévu des exceptions pour certaines situations, notamment l'existence d'un motif légitime ou l'impossibilité d'une résolution à l'amiable dans un délai raisonnable.

La loi en question a suscité des débats et a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel l'a jugé conforme à la Constitution dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, au point 20, s'agissant de ladite disposition, il a

⁹⁸⁵ L'auteur illustre cela avec la crise des « gilets-jaunes ». GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 44.

seulement mis en évidence la nécessité d'une réglementation concernant le « motif légitime » et le « délai raisonnable ».⁹⁸⁶

Aussi, au point 22 de la décision, le Conseil constitutionnel a compris que le législateur, lorsqu'il a cherché à réduire le nombre de litiges soumis à la juridiction, l'a fait dans le but d'atteindre l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. Le législateur a considéré que ces types de conflits sont plus aptes à une solution amiable et qu'en faisant une telle distinction, il ne discrimine pas de manière injustifiée les parties juridictionnelles.

Le lien entre la médiation et le principe de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, dans le sens de l'efficacité, est reconnu⁹⁸⁷ est considérée comme « un outil de performance et de régulation de la justice administrative ».⁹⁸⁸ Ainsi qu'un moyen de garantir le respect du droit à une durée raisonnable de la procédure, consacré par la Convention européenne des droits de l'homme.

L'objectif le plus clair et le plus immédiat du renforcement de la médiation est empirique, dans le sens de réduire les requêtes devant les juridictions administratives. La résolution judiciaire de tous les litiges n'est plus possible. Encore faut-il bien et vite juger. Ainsi, la médiation est présente avec la capacité d'articuler l'action et de renforcer les droits.⁹⁸⁹ De même, il n'est pas négligeable qu'un règlement de litige né d'une discussion et d'un accord entre les parties soit mieux accepté que celui né d'une décision de justice.⁹⁹⁰

La médiation génère dans certains cas plus d'avantages aux parties en conflit⁹⁹¹ « L'alternative non juridictionnelle offre en effet aux justiciables une plus grande autonomie et la faculté de se réappropriier le litige ».⁹⁹² La liberté des parties leur permet de parvenir à une solution en équité, sans avoir à se limiter à leurs revendications initiales. Puisqu'il y a toujours des risques dans une procédure judiciaire, la médiation peut offrir l'opportunité d'une solution

⁹⁸⁶ **Conseil constitutionnel**. Déc. no 2019-778 DC du 21 du mars du 2019. Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm>. **Accès le : 17 jul. 2021.**

⁹⁸⁷ La bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration de 1789.

⁹⁸⁸ BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 juil. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁸⁹ Ibid.

⁹⁹⁰ MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁹¹ OTEIZA, Eduardo. Les méthodes ADR et la diversité des cultures : le cas de l'Amérique latine. L. CADIET. (Dir.), coll. **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution**: alternative à la justice ou justice alternative?: perspectives comparatives. LexisNexis, Paris, 2005, p. 170.

⁹⁹² SAISON-DEMARS, Johanne. Contractualisation et règlement des litiges administratifs. **RFDA**, Paris, n. 2, 2018.

médiane, qui gère leurs intérêts de manière plus satisfaisante pour ce qui est acceptable face à ces risques.⁹⁹³

Ainsi, on ne peut manquer de reconnaître que le développement des méthodes amiables est lié à la réduction des conflits dans les juridictions et à l'économie avec le chiffrage de ceux-ci, dont la préoccupation est évidente dans les différentes législations et programmes de réduction des dépenses publiques, comme le programme « Action publique 2022 ». Toutefois, cette évolution « participe également de la politique d'amélioration des relations entre l'administration et les usagers et de modernisation de l'administration française et de la justice administrative ».⁹⁹⁴

La médiation, en outre, est intégrée dans l'objectif d'un nouveau modèle de relation entre l'Administration et les particuliers, de participation active aux processus administratifs. Elle fait partie de ce que l'on appelle la concertation, « un processus d'élaboration conjointe », dans lequel l'administration cesse d'imposer et les individus participent à la définition des actions ; les décisions proviennent d'échanges au vu des différents intérêts, « sur la base de l'interaction et de l'interdépendance ». Une action concertée renforce le consensus sur l'action publique.⁹⁹⁵

Au-delà de la législation produite, on constate que le Conseil d'Etat français a joué un rôle déterminant dans le développement réel de la médiation par l'utilisation de la méthode à 360 degrés, puisqu'il a entrepris des démarches dans plusieurs directions.⁹⁹⁶ En résumé, dans quatre directions principales : a) la création d'un cadre juridique et législatif pour assurer la sécurité juridique ; b) l'établissement de personnes de référence dans chaque juridiction administrative et une référence nationale pour créer l'habitude de la médiation, à cette fin a été créé le comité « Justice administrative et médiation » auprès du Conseil d'État ; c) l'expérience de la médiation préalable obligatoire en ce qui concerne la fonction publique et l'aide sociale et d) la diffusion de la médiation aux parties intéressées⁹⁹⁷, en particulier les

⁹⁹³ MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁹⁴ BOUSSARD, Sabine. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, p. 67-81. *Dans* : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 70.

⁹⁹⁵ Comme dans le cas du budget participatif de Porto Alegre, évoqué par l'auteur. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 428.

⁹⁹⁶ « Le Conseil d'Etat a décidé de prendre le taureau par les cornes ». MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁹⁷ « On peut même parler de véritable ferveur de la part du Vice-Président du Conseil d'État qui en a fait un thème récurrent de ses 'discours et interventions' [...]. Entre 2011 et 2016, Jean-Marc Sauvé a ainsi consacré

avocats, qui peuvent guider leurs clients et accepter le processus lorsque suggéré par le juge. A cet égard, une convention a été signée entre le Conseil d'Etat et le Conseil National des Barreaux afin d'assurer la formation et la promotion de la médiation devant les avocats, avec la ramification de conventions d'application entre chaque tribunal administratif et le Barreau de la région respective.⁹⁹⁸ Pour les parties, l'intérêt de recourir à la médiation, de manière immédiate, est le gain de temps et l'économie de ressources, il est possible de se convaincre facilement de la rapidité de la médiation par rapport à une procédure judiciaire.⁹⁹⁹

Il est possible d'identifier l'engagement des Tribunaux Administratifs et des magistrats afin d'orienter et d'approcher la communauté et les avocats à la médiation avec des mesures telles que : l'envoi de lettres aux parties avec des explications sur la médiation, dont le modèle a été élaboré par la commission du Conseil d'État ; la tenue d'une réunion d'information avec les avocats publicistes de la région ; l'institution d'expériences de médiation administrative avec les communautés locales, en convainquant les maires et les élus sur le développement de la médiation et la sélection des demandes par les juges avec indication et invitation aux parties à la médiation.¹⁰⁰⁰ L'adoption de mesures concrètes pour la mise en œuvre de la médiation administrative est vérifiée.

Pour revenir au contexte européen plus large, il convient de souligner l'objectif commun et renforcé de la mise en œuvre de la médiation dans une grande variété de domaines, y compris le droit administratif. Le Conseil de l'Europe, voué à la promotion et au respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit, dans la recherche de l'efficacité de la justice, a institué, il y a une quinzaine d'années, la Commission pour l'efficacité de la justice – CEPEJ¹⁰⁰¹, qui dispose de différents groupes de travail. La CEPEJ réalise des évaluations comparatives périodiques des systèmes de justice des 47 pays

plusieurs allocutions [...] afin d'appuyer le projet de réforme de la médiation et la conciliation en matière administrative. En outre, à chaque fois qu'il s'adresse aux magistrats administratifs [...] il transmet un message destiné à diffuser 'une culture de la médiation' ». BOUSSARD, Sabine. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, p. 67-81. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 67-68.

⁹⁹⁸ Résumé par MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>.
Accès le : 08 oct. 2019.

⁹⁹⁹ BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 juil. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accès le : 08 oct. 2019.

¹⁰⁰⁰ Ils illustrent les démarches entreprises au sein du tribunal administratif de Poitiers, telles que rapportées par son vice-président de l'époque. ARTUS, Didier. La médiation en marche, p. 119-123. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 103-104.

¹⁰⁰¹ CONSEIL DE L'EUROPE. **CEPEJ**. Disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/cepej/home>. Accès le : 15 juil. 2021.

membres, qu'ils soient ou non membres de l'UE, et parmi les aspects évalués figure la médiation.

Par ailleurs, l'un des groupes de travail de la Commission est le CEPEJ-GT-MED, qui est chargé de l'évolution des pratiques de médiation en Europe de 2006 à 2007 et de 2017 à 2019, dans divers domaines, notamment en matière d'alternatives de judiciarisation. entre les autorités administratives et les particuliers.¹⁰⁰² Le groupe fournit également des formations et des conseils sur la mise en œuvre de la médiation.

En 2007, le groupe a élaboré des lignes directrices pour donner effet à la Rec(2001)9 précédée d'un diagnostic intéressant dans lequel il s'est retrouvé à cette époque : (i) la méconnaissance par les États de l'utilité et de l'efficacité potentielles des modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les particuliers ; (ii) par conséquent, peu d'efforts ont été déployés pour sensibiliser aux avantages de solutions créatives, efficaces et raisonnables ; (iii) la méfiance à l'égard des tribunaux ; (iv) la méconnaissance des modes alternatifs dans la sphère administrative ; (v) le manque de médiateurs spécialisés en la matière ; et, (vi) le peu de recherches universitaires effectuées.¹⁰⁰³

Dans les lignes directrices, parmi les dispositions, il a été établi que les États membres doivent adopter des mesures spécifiques pour la promotion des modes alternatifs (n. 14) et que les États doivent encourager l'utilisation du recours administratif, de la conciliation, de la médiation et de la transaction comme condition préalable à la juridiction (n. 15). Il a été reconnu que les autorités administratives devraient adopter la pratique du recours administratif (paragraphe 22) et les modes alternatifs les plus appropriés, avec l'accord des parties (paragraphe 23). Le rôle des avocats et des Barreaux a été souligné (paragraphe 26 et 27).

Le Conseil de l'Europe, par le biais de la CEPEJ, surveille l'efficacité de la justice dans les pays membres européens, parmi les indicateurs il y a une distinction quant aux procédures de droit administratif judiciaire, ainsi que l'intégration de l'évaluation des médiations réalisées, détaillée par domaine, qui inclut le droit administratif, permettant un suivi plus étroit de l'efficacité de l'institut et démontrant la pertinence du sujet.

Concernant le nombre de médiations liées aux juridictions en France, il a été constaté en 2019 : 1.156 médiations initiées en droit civil et commercial, 2.751 en droit de la famille et 1.021 en droit administratif dans un ratio pour 100.000 habitants, le tout avec des médiateurs

¹⁰⁰² CONSEIL DE L'EUROPE. **CEPEJ-GT-MED**. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/mediation>. Accès le : 15 juil. 2021.

¹⁰⁰³ CONSEIL DE L'EUROPE. **CEPEJ(2007)15**. Disponible sur : <https://rm.coe.int/1680747c2e>. Accès le : 15 jul. 2021.

privés. Les données montrent que la médiation en droit administratif s'est développée et qu'elle est équivalente au nombre de médiations réalisées dans la sphère privée en matière de droit civil et des affaires, de sorte que le régime différencié de l'Administration n'indique pas être un obstacle à l'adoption de l'institut.¹⁰⁰⁴

L'exemple ci-dessus, tiré des lignes directrices de l'Union européenne et des efforts du Conseil de l'Europe, dénote l'importance du développement de diverses alternatives à la judiciarisation des conflits, notamment la médiation. La responsabilité de l'État et des autorités administratives dans sa mise en œuvre, reconnue comme un devoir, est claire. En outre, on entrevoit qu'il existe une synergie entre les pays européens, qui forment un réseau favorable et stimulent mutuellement l'adoption de modes amiables de résolution des conflits en matière administrative. La France fait partie de ce réseau. Il s'agit donc d'un objectif partagé, dans lequel la France n'est pas isolée.

Parallèlement à cette analyse du contexte européen, il ressort de ce qui a été analysé que depuis les années 1970, la France développe des relations plus étroites et plus horizontales avec les particuliers et facilite l'exercice de leurs droits, avec l'institution du Médiateur de la République, transformé en Défenseur des droits. Dans la perspective comparative, l'analyse sous un autre angle, l'institut est d'une grande pertinence pour fournir le dialogue, même si initial, à l'exercice des droits et le lien indispensable entre les individus et les autorités publiques. L'institut a depuis longtemps établi la voie du dialogue et de la plainte, une autre alternative, plus horizontale et pacifique, que la juridiction.

En outre, la médiation était déjà prévue dans la législation française dans le texte original de la loi n. 95-125. En 2011, le médiateur de la République est devenu le Défenseur des droits et son activité est devenue encore plus pertinente. La loi de modernisation, enfin, en 2016, a expressément consacré la médiation administrative.

Au total, on peut constater que la recherche d'une horizontalisation des relations entre les particuliers et l'Administration publique en France est marquée et engagée depuis un certain temps.¹⁰⁰⁵ Dans les années 1990, on a assisté à un mouvement en faveur de la citoyenneté, axé sur le « citoyen-administrateur », initialement sous l'angle de la qualité du service, influencé par le managérialisme.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁴ CEPEJ. **Étude sur le fonctionnement des systèmes judiciaires dans les États membres de l'UE.** Strasbourg, 12 mar. 2021, p. 585-586. Disponible sur : https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/part_2_-_eu_scoreboard_-_country_fiches_-_deliverable.pdf. Accès le : 15 juil. 2021.

¹⁰⁰⁵ Comme analysé dans la section 2 de ce document.

¹⁰⁰⁶ Avec les « chartes du citoyen » adoptées par différents pays européens, dont la France. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative.** 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 437-438.

L'adoption du terme « citoyen » « marque une rupture avec la conception traditionnelle de la relation administrative, construite, comme en France, sur la base d'une claire distinction avec la relation politique ». ¹⁰⁰⁷ La relation administrative a désormais une « dimension proprement civique » distincte de l'exécution et de la fourniture unilatérales de services, où sont intégrés des droits tels que le droit à la bonne administration et la participation aux activités administratives. ¹⁰⁰⁸ Et, en même temps, une ouverture administrative à cette participation. ¹⁰⁰⁹

En 2000, la loi sur les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations – « loi DCRA » – manifeste l'objectif de refonder la relation administrative, non seulement pour accorder des droits à l'usager, mais pour respecter les droits des citoyens dans un état démocratique, sans doute, les effets concrets sont à long terme. ¹⁰¹⁰

Dans ce contexte de citoyenneté administrative, la médiation administrative s'insère. Elle instrumentalise cette relation plus horizontale, dialogique et amicale pour la résolution et la prévention des conflits et, en même temps, sert d'alternative à la judiciarisation. Elle matérialise une relation juridique plus mature, respectueuse et durable, indispensable à l'État démocratique.

On peut observer que la France a parcouru un long chemin dans la mise en œuvre de l'institut. ¹⁰¹¹ Le chemin n'a pas toujours été droit et ascendant, comme c'est généralement le cas lorsque des changements sont mis en œuvre. Sans doute, même dans le contexte français, il existe des difficultés pratiques et culturelles concernant la mise en œuvre des modes de résolution amiable et de déjudiciarisation des conflits, qu'il s'agisse de l'attachement aux décisions de la juridiction administrative ¹⁰¹² ou de l'exécution administrative fermée et

¹⁰⁰⁷ CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 438.

¹⁰⁰⁸ CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 438.

¹⁰⁰⁹ Dans cette perspective, « écouter, c'est rendre accessible : c'est donc reconnaître un droit, une possibilité. Écouter, c'est permettre, autoriser l'accès à quelque chose. Mais ouvrir peut aussi signifier la constitution, le commencement de quelque chose ». (G. Cornu [dir.], *Vocabulaire juridique*, V. 'Ouverture', 10e éd., PUF, 2013). » VERDIER, Henri ; VERGNOLLE, Suzane. *L'Etat et la politique d'ouverture en France*. **L'Actualité Juridique en Droit Administratif - AJDA**. N.2 2016, p. 65-120. DALLOZ : Paris, 2016, p. 92.

¹⁰¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 438.

¹⁰¹¹ On peut l'observer dans : BOUSSARD, Sabine. *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*, p. 67-81. *In* : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 69.

¹⁰¹² Par exemple, Anne-Laure Girard souligne le protagonisme du contentieux administratif aux 19ème et 20ème siècles, et par conséquent du Conseil d'Etat français, qui a même rendu les recours administratifs superflus, « transformant le juge administratif en acteur unique et incontournable », indépendant et impartial, en refusant la richesse des autres procédés. L'inégalité comme la marque du droit administratif a éloigné la technique transactionnelle. GIRARD, Anne-Laure. *Régler autrement les conflits avec l'Administration : quels enseignements de l'histoire*, p. 7-21. *In* : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 9-14, 19. Cette analyse historique nous permet d'identifier la pertinence de la mise en œuvre de la médiation administrative en France, confrontée à la tradition du contentieux administratif.

unilatérale.¹⁰¹³ Ce sont des aspects importants à enregistrer, qui démontrent qu'il y a eu et qu'il y a effectivement un mouvement et un effort de modification.

L'analyse qui est faite, malgré certaines critiques internes¹⁰¹⁴ quant au résultat encore balbutiant des mesures alternatives dans les conflits administratifs, est que beaucoup de choses ont été et sont en train d'être consolidées pour l'efficacité de la médiation administrative en France.

Au-delà de ce biais de citoyenneté, il est entendu que la médiation et d'autres moyens alternatifs ont été encouragés en France, même avec plus d'insistance, en raison des coûts élevés avec le maintien de l'activité juridictionnelle, qui ne cessent pas, en fait, ont tendance à augmenter. Ainsi que pour la lenteur de la solution judiciaire, au mépris de la durée raisonnable de la procédure – article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'insatisfaction des juridictionnels étant que la Cour européenne des droits de l'homme suit et sanctionne les pays qui n'observent pas un « délai raisonnable ».¹⁰¹⁵ De cette façon, il est également évident l'objectif de déjudiciarisation et de décongestionnement de la juridiction y compris, avec l'adoption des hypothèses de médiation préliminaire obligatoire.

La médiation administrative en France n'est pas seulement une possibilité normative, elle a été adoptée en termes pratiques dans les ministères, dans les mairies, par les médiateurs et par la société civile, elle s'est matérialisée et intègre des politiques publiques plus larges et, en plus de présenter des avantages pour l'optimisation des ressources publiques, la médiation s'est développée dans une perspective de pacification.¹⁰¹⁶ Une autre observation se réfère à

¹⁰¹³ Jacqueline Morand-Deville rapporte que « L'administration cultive depuis longtemps le goût du secret et de l'autoritarisme. L'élaboration des actes administratifs se faisait dans les huis clos des 'bureaux' sans que les destinataires de la décision soient informés et conviés à faire valoir leur point de vue. » La situation a évolué, par exemple, avec la loi de 1978, qui portait sur la communication des actes, et avec la loi de 2000 sur les relations entre l'administration et les citoyens. La concertation préalable avec les citoyens est encouragée. « L'administration souhaite que ses décisions soient 'acceptées' plus qu'« imposées » ». On dénote également la mode pour le contrat. « Le 'tout contrat' est perçu comme une manière consensuelle et partenariale d'administrer et d'améliorer les relations ». MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 9.ed. Paris : Montchrestien, 2005, p. 352-353, 404.

¹⁰¹⁴ En ce qui concerne spécifiquement la participation, elle apparaît encore davantage comme un complément ou un correctif que comme un successeur ou un substitut du modèle organisationnel traditionnel. La structure de communication dans son essence n'a pas changé, ce qui limite la participation. Elle est fragmentée, avec un accent plus marqué sur les secteurs sociaux et économiques, mais rarement utilisée dans l'administration en général, qui est la sphère traditionnelle des relations. Le citoyen ordinaire, le citoyen de base, n'a toujours pas la possibilité d'être écouté. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 428-429.

¹⁰¹⁵ FRANCE. La justice est-elle trop lente ? **Fiche thématique**, 11 juin 2019. Disponible à l'adresse suivante : [HTTPS://WWW.VIE-PUBLIQUE.FR/FICHES/38062-DELAJ-RAISONNABLE-ET-LENTEUR-DES-DECISIONS-DE-JUSTICE](https://www.vie-publique.fr/fiches/38062-DELAJ-RAISONNABLE-ET-LENTEUR-DES-DECISIONS-DE-JUSTICE). Consulté le 17 juillet 2021.

¹⁰¹⁶ « Les entretiens réalisés dans le cadre de la mission de recherche ont permis de constater que les professionnels étaient plus sensibles au rôle pacificateur de la déjudiciarisation qu'à son intérêt en termes de gestion des contentieux ; » FAUTRE-ROBIN, Aurélie. Rôle et intérêt de la déjudiciarisation. In : CIMAMONTI, Sylvie ; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ : Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 93.

l'action activée assumée par le Conseil d'État, en réseau avec les différents magistrats des Tribunaux Administratifs, pour la promotion et la culture de la médiation.¹⁰¹⁷ L'engagement du Conseil d'État est plus important que celui des autorités administratives.

D'autre part, en tant que renforcement du développement de la médiation administrative en France, il est évident que l'Union européenne et d'autres pays européens se prononcent fortement en faveur des méthodes alternatives et principalement de la médiation, dans divers domaines,¹⁰¹⁸ montrent les travaux développés par le Conseil de l'Europe et le suivi constant de la qualité de la justice et de la promotion de la médiation.

Ainsi, la mise en œuvre de modes amiables de résolution des conflits et d'alternatives à la juridiction est pertinente dans un contexte plus large que le contexte français, pour permettre la libre circulation des personnes, la conclusion d'affaires et les différentes relations juridiques qui en découlent. Une judiciarisation excessive génère de l'usure, des coûts, demande du temps, peut favoriser les conflits et présente des particularités formelles et procédurales dans chaque pays. En revanche, les méthodes amiables, bien qu'elles s'adaptent aux caractéristiques locales et au type de conflit, tendent à être plus universelles, flexibles, moins formelles et dialogiques, ce qui facilite l'intégration constante et nécessaire, favorise la cohésion européenne et la consécration de la citoyenneté européenne.¹⁰¹⁹

Ainsi, la médiation, qui inclut la médiation administrative, occupe plusieurs places et contextes pertinents dans les scénarios français et européens et on observe le développement d'une « culture de la médiation »¹⁰²⁰ qui inclut la médiation administrative. L'expérience

¹⁰¹⁷ S'appuyant sur les considérations de Pierre Legrand, l'importance du rôle du Conseil d'État est soulignée, qui s'accompagne d'un « archive » pertinent et décisif pour la mise en place de l'institut, sans équivalence dans le système brésilien. LEGRAND, Pierre. On the singularity of law. **Harvard International Law Journal**, 47, p. 517-530, 2006, p. 524.

¹⁰¹⁸ Antoine Cleys souligne qu'en mai 2016 à Istanbul a été consacré le 12^{ème} congrès triennal à la question des « MARD en matière administrative », dont les études s'ajoutent à d'autres et l'une relève « un mouvement transnational profond et général de valorisation des MARL pour la résolution des litiges administratifs ». Néanmoins, il considère que c'est encore l'avenir du droit public dans plusieurs pays, mais la France, le Portugal, l'Allemagne et la Suisse ont été les pionniers. CLAEYS, Antoine. Résoudre autrement les différends avec l'administration : l'éclairage des droits étrangers, p. 23-42. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 25.

¹⁰¹⁹ CONSEIL EUROPÉEN. **Un nouvel agenda stratégique 2019-2024**. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf>. Consulté le : 17 juil. 2021.

¹⁰²⁰ Par exemple, dans le cadre de la consommation, le fournisseur a l'obligation de proposer une médiation comme moyen de résolution des litiges éventuels, et son utilisation est facultative pour le consommateur, comme le prévoit l'art. L612-4 du code de la consommation. En ce qui concerne les services tels que le courrier, les transports, l'eau, l'énergie, entre autres, il est également d'usage que la médiation soit disponible, comme l'a extrait, par exemple, le « Club des Médiateurs de Services au Public ». Disponible à l'adresse suivante : <https://clubdesmediateurs.fr/>. Consulté le : 20 juin 2021. L'organisme gouvernemental français chargé de l'enregistrement des médiateurs et du contrôle de leurs activités est la « Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC) ». Les médiateurs sont enregistrés par spécialité. France.

française, ainsi que l'expérience européenne, démontrent l'importance du sujet, une tendance¹⁰²¹ et sont d'une grande contribution au développement de l'institut au Brésil.

5.2 ASPECTS DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE AU BRÉSIL - PERSPECTIVES COMPARATIVES AVEC LA FRANCE

Au Brésil, comme analysé dans la section 3 de cette étude, il est reconnu dans le système légal un système visant le consensus de manière large dans l'action administrative. Cependant, on peut établir comme jalon aux solutions administratives amiables la loi des Tribunaux Spéciaux du Trésor Public, Loi n° 12.153/2009, qui, d'une manière normative plus concrète, institutionnalisée et complète quant aux hypothèses, a consacré la possibilité du gouvernement de conclure des accords et de régler, mais devant le tribunal.¹⁰²²

Malgré le contexte normatif favorable précédent, la médiation au Brésil a pris de l'importance avec la Résolution n. 125/2010 du Conseil National de Justice. La consécration législative, surtout en ce qui concerne l'Administration publique, n'est venue qu'avec le Code de procédure civile 2015, loi n. 13.105/2015, et avec la loi sur la médiation, loi n. 13.140/2015.

Le code de procédure civile de 1973, loi n. 5869/1973, prévoyait dans son article 331 une audience préliminaire de conciliation, mais celle-ci intervenait rarement dans les conflits avec les autorités publiques, en raison de l'indisponibilité de l'intérêt général.

La loi sur la médiation a établi la possibilité que la médiation soit extrajudiciaire ou judiciaire, cette dernière, pré-procédurale ou procédurale. Les parties en conflit peuvent faire appel à un médiateur ou à une chambre de médiation ou encore demander au pouvoir judiciaire une médiation pré-procédurale. Dans les cas où il y a l'introduction d'un procès, le Code de procédure civile 2015 a établi dans son article 334, avant la défense, la réalisation

Ministère de l'économie des finances et de la relance. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/mediateurs-references>. Consulté le : 30 juillet 2021.

¹⁰²¹ Il convient d'ajouter que la médiation ainsi que d'autres modes alternatifs sont une réalité aux États-Unis et que l'importance du sujet ressort également de la Convention de Singapour des Nations unies sur le recours à la médiation dans les relations commerciales, signée par le Brésil en juin 2021. ONU BRASIL. **Brasil assina a Convenção de Singapura sobre Mediação das Nações Unidas**. Publié : 08/06/2021. Disponible sur : <https://brasil.un.org/pt-br/130591-brasil-assina-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-das-nacoes-unidas>. Accès le : 30 juil. 2021.

¹⁰²² Il ne faut cependant pas oublier la loi sur le bureau du solliciteur général de l'Union, la loi n° 9.469/1997, qui autorisait les avocats de l'Union, les hauts directeurs des agences publiques fédérales, les fondations et les entreprises à conclure des accords et des transactions en justice, avec une limite de montant, ainsi qu'à ne pas déposer de procès et d'appels. Et la loi sur l'action civile publique, la loi n° 7.347/85, telle que modifiée en 1990, qui a rendu possible l'engagement d'ajuster la conduite dans ces actions.

obligatoire d'une audience de conciliation ou de médiation, avec un tiers impartial, le médiateur ou le conciliateur, le cas échéant.

Pour la médiation développée dans le cadre judiciaire, qu'elle soit pré-procédurale ou procédurale, le CPC/2015 et la loi sur la médiation ont établi la création de centres judiciaires de résolution consensuelle des conflits – CEJUSC – chargés de mener des conciliations et des médiations et de stimuler la résolution amiable, comme cela avait été proposé précédemment par la Res. 125/2010 CNJ. Ce sont des structures du pouvoir judiciaire, intégrées par des serveurs, des médiateurs et des conciliateurs enregistrés, généralement bénévoles. En août 2020, par la Rés. 697/2020, le Centre de conciliation et de médiation de la Cour suprême fédérale a été créé.

Le modèle adopté, bien que visant des solutions à la résolution amiable et le soulagement du Pouvoir Judiciaire, a fini par maintenir la concentration et la congestion des processus dans le Pouvoir Judiciaire lui-même.¹⁰²³ La médiation et la conciliation sont encore utilisées comme « des étapes de la procédure et non des moyens envisagés de manière autonome ».¹⁰²⁴

Dans l'exposé des motifs du CPC/2015, il apparaît le souci de maintenir la controverse dans son contexte social et d'être résolue par la médiation ou la conciliation, car « la satisfaction effective des parties peut se produire plus intensément si la solution est créée par elles et non imposée par le juge ».¹⁰²⁵ En effet, avec CPC/2015, l'auto-composition est devenue une norme fondamentale du processus et la médiation a acquis un nouveau *status*.¹⁰²⁶

Les résultats de la résolution amiable dans la sphère judiciaire, en général, sont bons et ont augmenté et représentent un pas vers la réduction de la charge du pouvoir judiciaire et l'établissement d'une culture de la résolution amiable, avec la conclusion consensuelle du processus judiciaire.¹⁰²⁷

¹⁰²³ En 2019, la justice d'État comptait 1.284 CEJUSCs. CNJ. **Justiça em números 2019**, p. 171. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mar. 2021.

¹⁰²⁴ MUNIZ, Tânia Lobo ; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, vol. esp., p. 288-311, Porto Alegre : 2018, p. 304.

¹⁰²⁵ BRASIL. Universidade de São Paulo. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: CNJ, 2019, p. 29. Disponible sur : <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>. Acces le : 04 mar. 2021.

¹⁰²⁶ COSTA, Andréa Abrahão. **Governança judicial e mediação institucionalizada de conflitos nos fóruns descentralizados de Curitiba**: uma abordagem sobre a possibilidade de democratização do Poder Judiciário. Curitiba, 2018. 280 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 140.

¹⁰²⁷ L'USP a mené une étude basée sur les données de procédure de 17 villes appartenant aux états de PI, RJ et SP. Sur les 256 056 processus analysés, 22 276 ont été finalisés par homologation, ce qui signifie qu'ils sont passés par une procédure de conciliation ou de médiation. En moyenne, les processus ayant fait l'objet d'un

La médiation privée au Brésil ne s'est pas encore développée, peu de tribunaux et de CEJUSC font appel à des médiateurs et/ou à des chambres de médiation privées, donc sans les encourager.¹⁰²⁸ Le modèle adopté a maintenu une action active du pouvoir judiciaire tant dans le processus judiciaire que dans les médiations et les conciliations, comme on extrait de l'art. 139, V, du CPC 15. L'article, bien qu'encourageant l'auto-composition à tout moment du processus, privilégie l'assistance de médiateurs ou de conciliateurs judiciaires. Ainsi, la réalité brésilienne est encore liée à la judiciarisation et à l'accomplissement de la médiation dans le cours du processus judiciaire, mais pour la structure judiciaire propre, par force de l'accomplissement de l'article 334 du CPC15, sans espace et souffle pour le développement réel et effectif de la culture et l'habitude de la médiation.¹⁰²⁹

La question soulevée n'est pas la concentration de la résolution des conflits dans le système judiciaire, c'est une caractéristique qui prendra du temps à changer. Ce que l'on constate, c'est que la structuration du modèle des solutions amiables et alternatives pour le règlement des différends n'a pas été déconnectée du judiciaire et, par conséquent, elle peut échouer, car la voie vers une solution à l'amiable passe encore par le domaine juridique.¹⁰³⁰ Cela diffère de ce qui est identifié en France, où les solutions amiables étaient présentées devant la procédure judiciaire, parajudiciaire ou, lorsqu'elles interviennent ultérieurement, le sont par des médiateurs privés, enregistrés auprès des pouvoirs publics.

accord homologué ont eu une durée d'environ 585 jours (environ 1 an et demi) tandis que pour les processus non homologués, la durée était de 1 061 jours (environ 3 ans). Par conséquent, en moyenne, la durée des processus homologués était environ la moitié de la durée des processus non validés. Université de São Paulo. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília: CNJ, 2019, p. 91-92, 96-97. Disponible sur : <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>. Accès le : 30 juil. 2021.

¹⁰²⁸ La performance de la Cour de justice de Rio Grande do Sul - TJRS est remarquable, avec plusieurs chambres privées enregistrées, qui ont été utilisées, même, dans des conflits relevant de droit public des sociétés comme la révision du tarif des bus à Porto Alegre en raison de la pandémie. TJRS. Disponible sur : <https://www.tjrs.jus.br/novo/institucional/o-tjrs/conselhos-comissoes-e-comites/nupemec/credenciamento/>. Accès le : 30 juil. 2021. TJRS. Un accord sans précédent sur les transports collectifs de Porto Alegre est signé au CEJUSC-Empresarial, le 24 sept. 2020. Disponible sur : <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/acordo-inedito-sobre-transporte-coletivo-de-porto-alegre-e-firmado-no-cejusc-empresarial/>. Accès le : 30 juil. 2021.

¹⁰²⁹ Il existe une politique publique et plusieurs mesures visant à favoriser la conciliation judiciaire promues par le CNJ. En 2019, 12,5% des procédures judiciaires clôturées l'ont été par accord. En revanche, au sein des tribunaux, le pourcentage d'accords est inexistant. CNJ. **Justiça em números 2019**, p. 171-172. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mar. 2021.

¹⁰³⁰ Comme souligné au point 3.1, la rationalité antagoniste développée au cours du processus judiciaire est différente de celle nécessaire à la collaboration à l'auto-composition. Ainsi, « la question est de savoir dans quelle mesure l'inscription de la médiation comme mécanisme du Pouvoir Judiciaire est capable de rompre avec cette logique [contradictoire] ». COSTA, Andréa Abrahão. **Governança judicial e mediação institucionalizada de conflitos nos fóruns descentralizados de Curitiba: uma abordagem sobre a possibilidade de democratização do Poder Judiciário**. Curitiba, 2018. 280 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 102-103.

La médiation privée au Brésil, avec des solutions adaptées aux parties et plus rapides, est encore réservée aux personnes plus éclairées et mieux conseillées,¹⁰³¹ alors qu'elle devrait être une possibilité pour tous ceux qui le souhaitent. Le système juridique brésilien a adopté la médiation comme l'une des formes, voire la priorité, d'accès à la justice pour la solution des controverses.

Pour que la médiation devienne effectivement une porte ouverte et disponible pour tous, des politiques publiques et des mesures concrètes sont nécessaires pour la formation et la formation continue des médiateurs, la certification et la formation de listes dans différents organes, entités de classe, éventuellement organisées par le Ministère de la Justice. Il faudra aussi des politiques publiques d'information, de sensibilisation et d'assistance à la collectivité dans la recherche de solutions extrajudiciaires. Organisation dans les tribunaux, en réseau national, d'une politique visant à favoriser les voies amicales, à l'image de ce qui a été identifié dans le cadre du Conseil d'État et des tribunaux administratifs en France.¹⁰³²

Cependant, il y a aussi un manque d'action de la part de l'Association du barreau brésilien et de ses sous-sections pour orienter et encourager la résolution non conflictuelle des conflits, avec l'accord et la divulgation par les médiateurs et les chambres. Les avocats, dans l'exercice de leur profession, ont le devoir d'envisager et d'adopter des solutions non contradictoires dans la mesure du possible, afin que la judiciarisation soit la dernière possibilité.

Ainsi, ces solutions, on le voit, tendent à anticiper la réalisation des droits et permettent une plus grande participation des parties à la résolution des conflits, avec une plus grande satisfaction. Les avocats sont également capables de développer un travail juridique plus adapté aux intérêts de leurs clients, avec plus de respect, d'éthique et de dignité, que des processus judiciaires interminables, excessivement formels et bureaucratiques. En plus de l'aspect de l'éducation à la résolution des conflits à tous les niveaux, des changements doivent être apportés, notamment dans les cours de droit.

¹⁰³¹ Cette perception est également présentée par : OLIVEIRA, Gustavo Justino de ; GONÇALVES, Cláudio Cairo. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; GONÇALVES, Cláudio Cairo. Justiça multiportas, desjudicialização e negociação na Administração Pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil, p. 139-155. In: NOLASCO, Rita *et al.* (Coord.). **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. São Paulo: RT, 2021, p. 144.

¹⁰³² Il convient de noter que la communication et les bonnes relations entre l'administration et les tribunaux administratifs en France ont été déterminantes pour établir le flux et le succès du MPO en ce qui concerne les aides sociales liées au chômage en France. FRANCE. **Rapport 2020 du Médiateur national du Pôle Emploi**, 10 mai. 2021, p. 12, 25. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/279791.pdf>. Accès le : 15 juin 2021.

La structure du CEJUSC peut être maintenue pour les sessions de conciliation et de médiation judiciaire, mais il peut également se connecter avec des chambres privées et des médiateurs privés pour compléter et améliorer son travail, ainsi que pour les affaires pré-procédurales et celles où des personnes demandent conseil à la justice.¹⁰³³

En ce qui concerne, spécifiquement, la médiation administrative, il y a encore plus de difficulté dans sa mise en œuvre au Brésil, beaucoup à cause de la peur de la violation de la légalité et de l'indisponibilité de l'intérêt général, ce qui a été démontré tout au long de l'étude qui n'est pas pertinente. La médiation administrative, pour les cas pertinents, dans les limites propres à l'action administrative, représente, y compris, un moyen de mieux faire respecter la légalité et les intérêts publics.

Par l'étude comparative, on constate que, bien que le droit administratif brésilien s'inspire du droit administratif français, le droit administratif brésilien est lié à certaines « attaches », à certains défauts d'interprétation qui vont à l'encontre de l'essence même et de la finalité du droit administratif et de l'Administration publique, qui est de servir la collectivité. Cependant, en France, le droit administratif est perçu comme moins centré sur les prérogatives publiques. Dans cette perspective, le droit administratif est plus proche du public, avec lequel il dialogue et cherche à résoudre les différends à l'amiable.

Dans l'étude sur la médiation administrative en France, il semble qu'un aspect pertinent à considérer est qu'aucun débat n'a été vu, ou du moins ils ne sont pas si expressifs, en ce qui concerne la prétendue incompatibilité de la médiation pour la résolution des conflits entre les individus et l'Administration Publique.¹⁰³⁴ Au contraire, il est rappelé qu'en France a été institué en 1973 l'institut du médiateur de la République, pour défendre les intérêts des citoyens face à la puissance publique.

En 1995, la loi sur l'organisation des procédures, y compris les procédures administratives, a prévu la médiation. En 2011, le Médiateur des droits a été consacré, en remplacement du Médiateur de la République, et avec un élargissement de l'action. De même, la Recommandation R(2001)9 du Conseil de l'Europe, depuis cette date, recommande aux

¹⁰³³ Il est enregistré que les CEJUSC agissent également de manière pré-procédurale, c'est-à-dire qu'en dépit d'être dans la structure du Pouvoir Judiciaire, ils peuvent agir dans des médiations et des conciliations en dehors d'un processus judiciaire. Cependant, cette pratique est encore naissante et non systématisée.

¹⁰³⁴ On note même qu'une attention est portée au non-plein usage des compétences administratives, comme le rapporte Maillot, en citant les cas : CE, 20 juin 2003, M. Stilinovic, req. no 248242, CE, 18 décembre 1989, commune de Saint-Marcel-Paulel, Rec. Leb., p. 257, CE, Ass., 9 avril 1999, Mme Chevrol-Benkeddach, celui-ci saisie à la CEDH, 13 février 2003, Chevrol c/ France. MAILLOT, Jean-Marc. L'indisponibilité des compétences en droit public français. **Petites Affiches**, Paris, n. 194, p. 3, sept. 2004. Disponible en: <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200419401?em=L%27indisponibilit%C3%A9%20des%20comp%C3%A9tences%20en%20droit%20public%20fran%C3%A7ais>. Accès en: 02 ago. 2021.

Etats européens l'adoption de méthodes alternatives, notamment la médiation, pour la résolution des conflits entre les individus et l'Administration et depuis lors, l'institut a été consacré en termes législatifs, dans les politiques publiques et en termes pratiques.

En outre, un facteur décisif est la considération ferme du Conseil de l'Europe, « sans naïveté », que les solutions amiables ne sont pas des alternatives à la justice, ni une justice alternative, mais une partie intégrante de la justice et « un élément essentiel d'une meilleure justice », selon les normes de l'État de droit, les principes établis par la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de Strasbourg. Guy De Vel rappelle que le Conseil de l'Europe est, pour tous les États européens, la « maison commune de l'État de droit et l'instrument de la construction d'une Europe plus humaine », c'est pourquoi il se consacre à l'établissement d'instruments normatifs et à la promotion de l'efficacité de la résolution amiable des conflits, afin que le dialogue, l'écoute et le lien social soient au premier plan.¹⁰³⁵

Il semble que l'idéologie et les mesures qui ont été adoptées en France, ainsi que dans le contexte européen, en vue de l'horizontalisation des relations avec l'administration, du développement de la citoyenneté administrative et, par conséquent, de l'augmentation de la participation, ont fourni des mises à jour dans la compréhension de « l'intérêt général ». Elle était comprise comme distincte et même opposée aux intérêts privés, contre lesquels « elle devait être protégée et exercée » dans la suprématie publique. Les intérêts privés étaient conçus comme des subversifs dont il fallait écarter l'influence. Le gouvernement, pour préserver sa neutralité, doit garder ses distances avec le peuple, et les tentatives de contact sont suspectes. Aucun interlocuteur n'a été reconnu, « le pouvoir administratif n'est pas partagé ». L'intérêt général ne résulte donc pas d'un conflit d'intérêt, mais de lois, résultat de la « Raison ». Administrer ne signifie pas trouver un compromis satisfaisant entre des intérêts différents.¹⁰³⁶

La conception rigide et autoritaire de l'intérêt public depuis l'État-providence est en train de changer.¹⁰³⁷ Sa légitimité n'est plus fondée sur son institution et sa neutralité, elle s'est tournée vers la pratique, « elle est amenée à la situer dans la qualité de ses relations avec le public. » Ainsi, à partir de 1960, l'« idéologie participative » commence à émerger en France, avec l'intégration des particuliers dans les affaires publiques, la participation aux définitions et à la responsabilité, démontrant que l'administration appartient à tous. C'est ainsi qu'est

¹⁰³⁵ VEL, Guy De. Les MARC/ADR au sein du Conseil de L'Europe : État et esprit du règlement amiable des différends dans l'Europe des droits de l'homme. CADIET, Loïc (Dir.) **Médiation & arbitrage : modes alternatifs de résolution des conflits** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 194-195.

¹⁰³⁶ CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 564-565.

¹⁰³⁷ Ibid., p. 565.

apparue une nouvelle idéologie démocratique, parallèle et concurrente à celle de la représentation, qui a comblé les lacunes de cette dernière. Cette idéologie, malgré ses limites, a permis « une profonde remise en cause du mythe de l'intérêt général ». Cette différence profonde entre les intérêts publics et privés tend à ne plus être une différence d'essence, mais de degré.¹⁰³⁸

Sur la base de ces considérations, on peut comprendre que la médiation administrative en France s'est inscrite dans le contexte plus large de la citoyenneté et de la participation administratives, qui a conduit à des réflexions sur la compréhension de l'intérêt public, le liant, avec beaucoup plus d'emphase que dans le droit administratif brésilien, à la définition conjointe avec la collectivité.

Il a été consacré dans le contexte français la compréhension que l'intérêt public est formé, ainsi, d'intérêts privés fragmentés et concurrents, qui sont équilibrés en faveur de la meilleure décision possible. Pour cela, l'Administration ne doit pas se fermer à la participation et au contact avec les individus, mais, au contraire, elle doit les rechercher et les écouter, car de ces échanges dépendent la pertinence et la qualité de ses décisions. Ainsi, la médiation, en instaurant un processus propice à l'écoute et à la délibération commune entre public et privé, permet la réalisation de l'intérêt général dans le cadre de cette approche intégrative.¹⁰³⁹ Ainsi, la médiation, en instaurant un processus propice à l'écoute et à la délibération commune entre public et privé, permet la réalisation de l'intérêt général dans le cadre de cette approche intégrative.

Sans doute, puisqu'il s'agit de médiation en droit public, il y a le principe d'indisponibilité et il y a une plus grande limitation du champ de ce qui peut être réglé.¹⁰⁴⁰ De l'art. L213-3 du CJA exige que l'accord ne puisse traiter de droits à quai que les parties n'ont pas à livrer en provision, mais la loi de modernisation n'utilise pas de limites concrètes.¹⁰⁴¹ Ils n'ont pas de libre disposition, mais la loi de modernisation n'a pas fixé de limites concrètes. Il est possible d'entrevoir l'ouverture à la disponibilité, supprimant le principal obstacle aux

¹⁰³⁸ CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 565.

¹⁰³⁹ Ibid., p. 566.

¹⁰⁴⁰ Antoine Cleys, lors d'une étude comparative dans plusieurs pays européens, souligne la nécessité d'adapter la médiation aux règles de droit public, ce qui a été perçu dans les pays étudiés qui l'ont adoptée. CLAEYS, Antoine. Résoudre autrement les différends avec l'administration : l'éclairage des droits étrangers, p. 23-42. *In* : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 38.

¹⁰⁴¹ Le décret du 17 avril 2017 qui a réglementé la matière n'a pas non plus établi de réserves concernant la limite des questions soumises à la médiation administrative. Il reste clair que la loi de modernisation a voulu « ouvrir le champ de la médiation aux matières administratives dans lesquelles l'autorité publique met en œuvre des prérogatives de puissance publique ». BOUSSARD, Sabine. La souplesse des modes alternatifs au règlement des litiges administratifs, p. 67-81. *In* : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 79.

modes alternatifs en droit administratif.¹⁰⁴² En termes pratiques, il est difficile de « tracer la juste frontière entre la compensation légitime et la liberté et le risque juridique qui en découle ». ¹⁰⁴³ Cependant, la médiation administrative s'est développée et les tribunaux administratifs, lorsqu'ils homologuent l'accord, effectuent un contrôle de légalité sur l'objet convenu.¹⁰⁴⁴ En matière de transaction administrative, par exemple, le Conseil d'État a établi que pour apprécier la légalité d'une transaction, une analyse « de manière globale » des concessions réciproques est nécessaire.¹⁰⁴⁵

En outre, le Conseil de l'Europe, dans sa recommandation R(2001)9, point 8, a établi une plus grande flexibilité à la solution administrative consensuelle en prévoyant une solution équitable et pas seulement liée à la stricte légalité. De cette manière, on déduit une tendance administrative plus souple en termes d'accès, de procédure et de délibération du contenu des décisions, dans la perspective d'une plus grande équité.¹⁰⁴⁶ Ce qui ne signifie pas une déviation de la légalité, puisque dans la même recommandation, au point 10, le Conseil a reconnu la possibilité de limiter à certains types de controverses, les méthodes alternatives n'étant pas des moyens de contourner le principe de légalité.

¹⁰⁴² « [Le] carcan de la légalité administrative se trouve fissuré ». BROUELLE, Camille. La juridictionnalisation des MARLS, p. 99-104. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 103-104.

¹⁰⁴³ MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

¹⁰⁴⁴ « Avant d'homologuer un accord de médiation, il appartient au juge de vérifier que les parties consentent effectivement à l'accord, que l'objet de celui-ci est licite, qu'il ne porte pas atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, qu'il ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public. Telle est la solution d'un jugement rendu par le tribunal administratif de Poitiers le 12 juillet 2018. » (TA Poitiers, 12 juillet 2018, n° 1701757 N° Lexbase : A2350XYP) » LE FOLL, Yann. Conditions d'homologation d'un accord de médiation. **Le Quotidien**, 17 août 2018. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.lexbase.fr/revue-juridique/46942454-edition-du-17-08-2018>. Consulté le : 17 juil. 2021. Il s'agissait d'une affaire d'urbanisme, dans laquelle M. et Mme B. ont intenté une action en annulation d'une décision du maire de Marsilly qui autorisait des modifications sur un terrain leur appartenant à la société SAS, mais sur lequel il existait une limitation de construction en raison de la présence d'un espace boisé, préalablement prévu par le plan local d'urbanisme. A l'initiative du juge et acceptée par les parties, l'affaire a été soumise à la médiation le 18 octobre 2017. En décembre de la même année, les parties ont demandé au juge d'homologuer l'accord, comme le prévoit l'article L213-4 du CJA. L'accord précisait la surface de bois à préserver, tout le monde a demandé l'homologation, les plaignants ont abandonné l'action et les frais de médiation ont été partagés entre les trois parties, les plaignants, la société SAS et même par la commune de Marsilly. (TA Poitiers, 12 juillet 2018, n° 1701757). Disponible sur : <http://poitiers.tribunal-administratif.fr/content/download/139098/1408234/version/1/file/TA86%20-%201701757%20ano.pdf>. Accès le : 17 juil. 2021.

¹⁰⁴⁵ FRANCE. Conseil d'État, 9 décembre 2016, Sté Foncière Europe, n° 391840, Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000033581177/>. Accès le : 28 juil. 2021.

¹⁰⁴⁶ L'auteur souligne, à titre d'exemple, les dispositions de l'art. 142 du décret sur les marchés publics, en ce sens que les solutions amiables prendront en compte les éléments de droit et de fait en vue de solutions amiables et équitables. BOUSSARD, Sabine. La souplesse des modes alternatifs au règlement des litiges administratifs, p. 67-81. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 72-76.

Au Brésil, la médiation dans les conflits entre les particuliers et l'Administration Publique n'est pas encore utilisée de manière effective et le sujet souffre d'un grand questionnement quant à sa possibilité et sa compatibilité, ce qui tend à freiner sa mise en œuvre. On constate qu'en France et dans le contexte européen la médiation est admise et reconnue comme un instrument de résolution des conflits administratifs, nécessaire pour réduire les coûts, inhérent à l'efficacité de la justice, lié à la bonne administration de la justice, aux droits de l'homme, à la durée raisonnable des processus et à la citoyenneté.

La comparaison faite ici n'a pas pour but de critiquer le Brésil, beaucoup de choses ont été développées et il existe des différences entre les systèmes et leurs contextes, ce qui est proposé est d'argumenter et d'avertir sur la nécessité de mieux analyser le thème et de chercher à s'inspirer des expériences françaises et de l'approche qui y a été donnée. Nombreux sont ceux qui, au Brésil, n'ont pas pris conscience de l'importance de la médiation et, en particulier, de la médiation administrative, des avantages qu'elle peut apporter non seulement aux parties, mais aussi à la collectivité dans son ensemble, en tant que moyen d'améliorer la réalisation des intérêts publics dans diverses perspectives.

Si l'on effectue une comparaison objective et positive entre la législation brésilienne et française en matière de médiation, elles sont similaires. Le cadre principal de la médiation est le même. Processus par lequel les parties, avec l'aide d'un tiers impartial, sans pouvoir de décision, choisi ou accepté par les parties, résolvent une controverse de manière consensuelle ou à l'amiable. Elle peut être judiciaire ou extrajudiciaire. Les mêmes principes sont prévus dans les deux législations: impartialité, neutralité, confidentialité, entre autres. Ainsi que la suspension du délai de prescription.

Ainsi, la différence entre les systèmes ne réside pas exactement dans la législation,¹⁰⁴⁷ mais dans leur efficacité, dans l'établissement de politiques publiques visant à la mise en œuvre, dans l'adoption de mesures, dans la compréhension de leur pertinence, dans la mise en œuvre. sujet en priorité, comme cela a été fait par le Conseil d'État français. Comme le souligne Pierre Legrand, « la règle n'est pas identique aux mots inscrits », elle l'est plus. « La

¹⁰⁴⁷ Si l'analyse comparative se limitait à la législation, à l'institution de la médiation de façon statique, le résultat serait d'une grande équivalence entre le Brésil et la France, à l'exception, par exemple, de l'expérience du MPO, qu'au Brésil il n'y a pas d'institution de médiation préalable obligatoire. Il n'y a qu'une subtile similitude avec l'art. 334 du CPC2015 qui établit la désignation de la médiation ou de la conciliation comme une étape inaugurale du processus judiciaire. Cependant, la « comparaison comme méthode de compréhension, de critique et d'amélioration du droit présuppose que l'on s'intéresse aux facteurs macro et extra-juridiques », de sorte que l'étude a cherché à évaluer de manière critique-réflexive la médiation administrative dans sa dynamique, son efficacité, la perception des personnes impliquées, les résultats, son contexte, les objectifs possibles, entre autres facteurs. MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. *Revista Jurídica Unigran*. Dourados, MS, v. 16, n. 32, p. 25-37, jul./dez. 2014, p. 32.

règle est nécessairement une forme culturelle d'incorporation... soutenue par des formations historiques et idéologiques impressionnantes ». ¹⁰⁴⁸ Le rôle joué par le Conseil d'État français dans le développement et l'encouragement de la médiation administrative a une signification juridique, culturelle et symbolique pertinente étant donné l'importance de cet organe dans le système français et en droit administratif. Cela a certainement contribué à la mise en œuvre de la médiation en France. ¹⁰⁴⁹

Au Brésil, la législation a établi un système à plusieurs portes pour la résolution des conflits, y compris pour ceux de droit administratif. Il est extrait du système juridique une obligation normative à l'adoption par l'Administration Publique de mécanismes adaptés au dialogue et à la résolution consensuelle des conflits, comme la médiation. Cependant, peu de choses ont été mises en œuvre par l'administration publique dans ce sens, « l'absence de portes administratives de solution des demandes » est toujours un problème. ¹⁰⁵⁰

Au niveau fédéral, de manière pionnière, la Chambre de conciliation et d'arbitrage de l'administration publique fédérale (CCAF) a été créée en 2007, axée sur la prévention et la résolution des conflits judiciaires, étendue ensuite aux conflits entre les agences de l'administration et entre l'administration publique fédérale et les États, le district fédéral et les municipalités. Initialement dans une proposition de règlement des conflits entre les entités fédérées et les entités de l'Administration, il y a eu des règlements de la Chambre afin d'augmenter les possibilités, les simplifications et l'expansion des légitimités. ¹⁰⁵¹ Plus de la CCAF, des Centres de Négociation ont été créés en 2012 au sein du Bureau du Procureur Général de l'Union, notamment l'Ordonnance AGU n. 11/2020, qui, dans son article 3, soulignait la priorité à la résolution des conflits de manière consensuelle et par la négociation, de manière préventive ou dans la sphère judiciaire, avec un éventail de possibilités plus

¹⁰⁴⁸ LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. IX, n. 1, 2014, p. 20.

¹⁰⁴⁹ Le Conseil d'État français a créé un comité chargé d'élaborer un guide de la médiation, de le promouvoir et d'identifier les moyens de former les magistrats et autres agents, entre autres mesures. Le Conseil d'État a assumé un rôle longtemps défendu dans la médiation privée dans le sens de l'importance de créer un Conseil national de la médiation, pour promouvoir la médiation, former, instituer des codes de déontologie et contrôler ses résultats. MINET-LELEU, Alice. La médiation administrative. **Revue du Droit Public**, Paris, n. 5, p. 1191, set. 2017. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/revue-du-droit-public/RDP2017-5-006?em=m%C3%A9diation%20administrative>. Accès le : 30 jul. 2021.

¹⁰⁵⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, p. 237-258. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord.). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 241.

¹⁰⁵¹ Cependant, au moment de la finalisation de cette recherche, ce n'est toujours pas un outil disponible pour les citoyens et les entreprises en général. L'accès à la CCAF par les particuliers dépend toujours de la réglementation. BRÉSIL. AGU. CCAF-FCVI. **Obter a resolução de conflitos através de procedimento de mediação (CCAF/CGU/AGU)**. Disponible sur : <https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-mediacao-de-conflitos-atraves-de-procedimento-de-conciliacao>. Accès le : 09 août 2021.

large.¹⁰⁵² Ainsi, dans l'Union, le thème des solutions consensuelles est en cours de développement, avec quelques avancées.

Parmi les autres mises en œuvre, par exemple, les pratiques de médiation administrative peuvent être soulignées, dans une plus ou moins grande mesure et à différents degrés, sans préjudice d'autres : dans la municipalité de Porto Alegre¹⁰⁵³, la municipalité de São Paulo,¹⁰⁵⁴ l'État du Rio Grande do Sul,¹⁰⁵⁵ l'État de São Paulo,¹⁰⁵⁶ l'État de Rio de Janeiro¹⁰⁵⁷ et Pernambuco.¹⁰⁵⁸

Malgré le mouvement législatif favorable aux solutions consensuelles et quelques expériences, notamment dans l'État de Rio Grande do Sul et dans la municipalité de Porto Alegre, il manque encore la structure et l'organisation de l'État, la reconnaissance du besoin, l'engagement entre les agences et les sphères fédératives et la mise en œuvre effective de la médiation administrative.

Il n'est pas oublié, comme souligné, que permettre au Brésil d'adopter la forme de la foi dénote plus difficilement l'efficacité de la médiation et la raison de la décentralisation politique, qui donne lieu à la décentralisation de l'activité administrative et judiciaire. Toutes les entités fédérées ont une autonomie législative et administrative et chaque État membre a son propre pouvoir judiciaire. Ainsi, chaque entité fédérative dispose d'une autonomie pour choisir le mode de mise en œuvre et il devient plus complexe de gérer et mettre en œuvre une politique de manière uniforme et solide, nécessaire à la coordination et à l'implication d'instances telles que le CNJ, le supérieur. tribunaux et le ministère de la Justice.

¹⁰⁵² L'ordonnance n° 02/2012 a créé les centres de négociation, dont l'objectif, entre autres, est de « favoriser le paradigme de la prévention et de la résolution alternative des conflits, efficace et différenciée, au sein du Bureau du procureur général de l'Union et des organismes d'exécution respectifs ». Il convient de souligner l'ordonnance n° 11 de l'UGA, du 8 juin 2020, qui a réglementé la procédure de conclusion d'accords, par voie de négociation, visant à mettre fin aux actions en justice ou à empêcher l'introduction de telles actions, en ce qui concerne les dettes de l'Union et a augmenté les limites de compétence. L'ordonnance prévoyait également la publication de plans de négociation avec normalisation sur des thèmes récurrents. Actuellement, l'AGU a 17 plans, ce qui n'exclut pas la prise en compte d'autres questions. Presse nationale. Disponible sur : <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-8-de-junho-de-2020-261278373>. Consulté le : 06 juin 2021. AGU. **Ementário dos Planos Nacionais de Negociação**. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.gov.br/agu/pt-br/acao-a-informacao/acoeseoprogramas/planos-nacionais-de-negociacao/sobre>. Accès le : 06 juin 2021.

¹⁰⁵³ Chambre de médiation et de conciliation, insérée dans la dite centrale de conciliation de la municipalité de Porto Alegre, instituée par la loi municipale n. 12.003/2016 et réglementée par le décret n. 19.519/2016.

¹⁰⁵⁴ La loi municipale n. 17.234/2020, plus largement, a établi une politique de déjudiciarisation. Le décret n° 57.263 du 29 août 2016, dans son art. 33, a créé la Chambre de la MGP/SP, avec un règlement par l'ordonnance de la MGP n° 26 du 22/11/2016.

¹⁰⁵⁵ La loi n. 14.794/2015, a institué le système administratif de médiation et de conciliation, la résolution n. 112/2016, qui a réglementé ledit système, avec la possibilité d'accès d'office ou par provocation des individus et le décret n. 55.551/2020.

¹⁰⁵⁶ Décret d'État n° 64.356/2019.

¹⁰⁵⁷ Décret d'État n° 46.245/2018.

¹⁰⁵⁸ Loi complémentaire n. 417/2019.

La logique du système à plusieurs portes est d'établir différentes possibilités de résolution des conflits, avec la possibilité de les résoudre selon la méthode la plus appropriée au cas, et donc la plus rapide et efficace pour les parties, mais sans en exclure une au profit d'une autre. Il existe un échelonnement des méthodes, qui sont réorganisées pour chaque conflit ou au fur et à mesure de son évolution.¹⁰⁵⁹ Il est même possible, en fonction de la complexité du cas, d'établir plusieurs méthodes de solution pour chaque aspect du conflit. Le système à portes multiples « montre que le centre d'accès et de distribution de la justice a également vocation à exister en dehors des tribunaux.¹⁰⁶⁰ Il se trouve que le lien avec le système juridictionnel pour la résolution des conflits est prédominant, non seulement au Brésil, mais aussi en France. Au Brésil, en plus d'autres facteurs, « parmi les radicaux de cette notion se trouve la méfiance envers l'acte d'autorité, construite par des décennies de régime autoritaire, ainsi que la prodigalité de la judiciarisation des conflits par et contre l'administration publique brésilienne ». ¹⁰⁶¹ Ceci indique que le mouvement en faveur des « multiports »¹⁰⁶² dans la sphère administrative nécessite une action conjointe et intégrée entre le Judiciaire et l'Exécutif.

Une difficulté, en ce qui concerne la comparaison avec la France, concerne l'extension territoriale du Brésil, la taille de sa population et les différences culturelles, sociales et économiques au sein même du pays.¹⁰⁶³ A une conception plus symbolique de la République, de la démocratie et de la participation effective de la communauté dans l'espace public s'ajoutent les héritages encore présents du colonialisme et du patrimonialisme.¹⁰⁶⁴ C'est la

¹⁰⁵⁹ On peut imaginer un « menu », qui ouvre des possibilités de méthodes aux parties, ne se focalisant plus sur la « seule » alternative judiciaire.

¹⁰⁶⁰ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. Arbitragem de conflitos na Administração Pública brasileira e o sistema multiportas de resolução de disputas: um olhar revisitado e uma perspectiva para o futuro, p. 341-359. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord.). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 357.

¹⁰⁶¹ Ibid., p. 357.

¹⁰⁶² En référence au système *Multidoor Courthouse*.

¹⁰⁶³ En 2019, en France, une population estimée à 67 063 703 habitants, dont le revenu *par habitant* est de 35 960 € en moyenne. CEPEJ p. 534. Disponible sur : https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/part_2_-_eu_scoreboard_-_country_fiches_-_deliverable.pdf. Consulté le : 15 juillet 2021. Au Brésil, selon l'IBGE, en 2020, la population est estimée à 211,8 millions d'habitants. IBGE. Agence de presse. Disponible sur : <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28676-ibge-estima-populacao-do-pais-em-211-8-milhoes-de-habitantes>. Accès le : 30 juil. 2021. Le Brésil est le cinquième plus grand pays en termes de superficie, avec 8 547 403 km². IBGE. **O tamanho do Brasil**. Disponible sur : <https://cnae.ibge.gov.br/en/component/content/article/97-7a12/7a12-voce-sabia/curiosidades/1629-o-tamanho-do-brasil.html>. Consulté le 30 juillet 2021. La France a une superficie de 632.733 km². INSEE. Disponible sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1405599?geo=FE-1>. Accès le : 30 juil. 2021

¹⁰⁶⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13-22, 55.

raison pour laquelle, il n'est pas proposé une simple « transplantation » de¹⁰⁶⁵ l'institut, il s'agit d'un contexte juridique, social, culturel, historique et économique diversifié, nécessaire à être considéré dans la comparaison et dans la tentative d'améliorer la mise en œuvre de la médiation administrative au Brésil.

Les modes amiables de résolution des conflits avec l'administration, notamment la médiation, permettent de (re)créer des liens et d'assurer une meilleure cohésion sociale. Ils ouvrent des voies de participation et de démocratisation de l'action publique. Pourtant, elles permettent des actions publiques différenciées, dialoguées, moins conflictuelles, avec des solutions plus créatives et efficaces. Il est également reconnu qu'une solution à l'amiable tend à mieux prendre en compte les intérêts des parties et à se réaliser plus facilement. Cela démontre la pertinence de sa mise en œuvre au Brésil.

S'il s'agissait d'identifier et de résumer les raisons pour lesquelles la France a adopté la médiation administrative, dans une analyse externe, nous pouvons voir le besoin d'économie et de meilleure allocation des ressources publiques requises par l'activité juridictionnelle.¹⁰⁶⁶ Des processus de résolution des conflits plus souples et plus conviviaux facilitent l'intégration des personnes, des entreprises et des pays dans le contexte européen. Il existe également un souci de bonne administration de la justice, avec des délais raisonnables, le respect des droits et la prise de conscience du rôle de l'administration et de l'activité judiciaire centrée sur les intérêts des individus.

Parmi les créances retenues pour l'expérience de la médiation préalable obligatoire (MPO) en France figurent les indemnités dues aux agents publics et l'aide sociale.¹⁰⁶⁷ Il s'agit des situations les plus sensibles, avec éventuellement le versement par les pouvoirs publics de montants de nature alimentaire, liés à la dignité humaine. On constate que ce sont les sujets prioritaires pour la tentative de solution consensuelle obligatoire, dans une démonstration évidente de souci de l'être humain et de son intégration dans la communauté.¹⁰⁶⁸ Les

¹⁰⁶⁵ Comme le souligne Legrand, « la transplantation n'a pas lieu en réalité : une caractéristique fondamentale de la règle - son sens - est laissée de côté pour que la règle qui était là, en fait, ne soit pas déplacée ici ». LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. IX, n. 1, 2014, p. 24.

¹⁰⁶⁶ En témoignage, notamment, le rapport intégral du projet de loi n° 2019-222.

¹⁰⁶⁷ En termes quantitatifs, il s'agit de demandes importantes, celles relatives à la fonction publique représentaient 11% et celles relatives au contentieux social 16% des demandes des juridictions administratives. BOUSSARD, Sabine. La souplesse des modes alternatifs au règlement des litiges administratifs, p. 67-81. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 80-81.

¹⁰⁶⁸ Le « pôle emploi » a enregistré un bon développement de l'expérience MPO et, par extension, de la médiation à l'initiative du juge. Des contacts ont été pris avec les responsables des juridictions administratives et des processus simples ont été mis en place, mais avec de bonnes performances, au profit des juridictions. En 2020, le nombre de demandes de médiation est passé à 34 685, alors qu'il était de 30 986 en 2019. La durée

expériences récentes dans ce domaine ont démontré « des avantages pour tous, en termes de partage, de compréhension des situations, de renforcement des relations et de rétablissement de la confiance ». En plus de la contribution à la réduction significative des litiges devant les tribunaux administratifs.¹⁰⁶⁹

Néanmoins, selon Vincent Mazeaud, la culture de la conciliation n'est pas encore considérée comme ayant effectivement intégré la culture française. L'auteur n'est pas d'accord avec la mesure consistant à édicter, à partir de diverses impositions de composition amiable, de développer une « culture de règlement amiable des différends ». Si la volonté est un instrument puissant dans la résolution des conflits, elle doit être exprimée librement et non forcée.¹⁰⁷⁰ Pour les situations de faible gravité, même l'obligation de tenter une résolution à l'amiable peut être comprise, mais pour l'extension à d'autres hypothèses, seule l'incitation est recommandée.¹⁰⁷¹

Outre la décongestion de l'activité juridictionnelle,¹⁰⁷² la meilleure allocation des ressources publiques est également d'une extrême pertinence, car il ne s'agit pas d'une simple finalité économique, les ressources publiques devant être dépensées de manière efficace et rationnelle. S'il existe une possibilité de résoudre les conflits de manière moins coûteuse pour les caisses publiques, sans en être réduit à cela, mais en préservant la meilleure qualité, le respect et la prise en compte des intérêts des parties, tant mieux pour elle et pour tous. Ainsi, les ressources publiques pourront faire face à d'autres dépenses nécessaires à la collectivité. En effet, l'idée principale de la médiation est de « conserver toujours un dialogue » entre l'Administration et les individus, « Il s'agit d'un processus de rééquilibrage de la relation administrative, qui contrebalance la logique d'efficacité et de performance ».¹⁰⁷³

moyenne des procédures a été de 30 jours et aucun cas d'abandon n'a été enregistré en 2020. Il est également souligné qu'il s'agit d'une médiation gratuite pour les parties. France. **Rapport 2020 du médiateur national du pôle emploi**, 10 mai 2021, p. 9, 12, 25, 29. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/279791.pdf>. Accès le : 15 juin 2021.

¹⁰⁶⁹ Dans ce contexte, les tribunaux sont de plus en plus enclins à proposer la médiation aux parties en conflit. FRANCE. **Rapport 2020 du Médiateur national du Pôle Emploi**, 10 mai 2021, p. 25, 28. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/279791.pdf>. Accès le : 15 juin 2021.

¹⁰⁷⁰ MAZEAUD, Vincent. Efficacité des modes déjudiciarisés. In : CIMAMONTI, Sylvie ; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 255.

¹⁰⁷¹ CIMAMONTI, Sylvie ; PERRIER, Jean-Baptiste. (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2019, p. 303.

¹⁰⁷² On note que le taux d'encombrement en 2019 dans les tribunaux administratifs français était de 3%, 97% des affaires ont été jugées. En outre, en France, il y a 12 255 affaires de droit administratif de plus de 2 ans, ce qui correspond à 7,1% du nombre total d'affaires pendantes. CEPEJ. **Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States**. Strasbourg, 12 mar. 2021, p. 548. Disponible sur : https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/part_2_-_eu_scoreboard_-_country_fiches_-_deliverable.pdf. Accès le : 15 juillet 2021.

¹⁰⁷³ BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 juil. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accès le : 08 oct. 2019.

Au Brésil, on estime qu'il n'y a pas encore de perception quant à ces raisons qui ont été identifiées dans l'étude de la médiation administrative en France et qui sont tout aussi valables, voire plus pertinentes au Brésil.

Le pourcentage du PIB brésilien utilisé pour financer le système judiciaire est beaucoup plus expressif que le pourcentage dépensé en France.¹⁰⁷⁴ En outre, les lacunes du Brésil en termes d'inégalité et de développement humain exigent à elles seules que des mesures soient prises pour réaffecter les ressources possibles.¹⁰⁷⁵ Ainsi, dans le contexte brésilien, avec tant de pénuries de biens et de services et une plus grande inégalité, les dépenses excessives en matière de légalisation et le retard dans l'application des droits qu'impliquent des procédures judiciaires interminables deviennent moins raisonnables. Il y a ici une singularité du contexte brésilien qui souligne aussi l'importance de la médiation dans cette réalité. De sorte que bien que l'institut de médiation ait un cadre relativement uniforme au Brésil et en France, il apparaît qu'au Brésil il peut acquérir une pertinence distincte.¹⁰⁷⁶

Il ne s'agit pas de discréditer l'activité juridictionnelle, mais de s'interroger sur la non-adoption de solutions en résolution amiable avec l'Administration Publique, qui pourraient réduire sa prééminence parmi les plus grands plaideurs du Pouvoir Judiciaire, qui contribue à un quart des dépenses du Pouvoir Judiciaire par an. Toutefois, il est évident que le temps s'écoule, puisque les procès avec l'Administration ont des rites procéduraux plus étendus. Sans oublier, en outre, que pour le maintien et le traitement de ce nombre élevé de procès, le pouvoir exécutif engage également des dépenses expressives et alloue des professionnels compétents, du bureau du procureur général, pour gérer les procès de manière procrastinatrice

¹⁰⁷⁴ On estime que la France consacre en moyenne 0,2% de son PIB au système judiciaire et la moyenne européenne, des 27 pays qui composent l'Union européenne, est de 0,3%. EUROSTAT. **Government expenditure on public order and safety.** Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Government_expenditure_on_public_order_and_safety#Expenditure_on_public_order_and_safety_by_type_of_transaction. Consulté le : 10 mai 2021. Au Brésil, selon le rapport 2019 sur la justice en chiffres, les dépenses effectives pour le fonctionnement du pouvoir judiciaire étaient de 81,6 milliards de reais (1,2 % du PIB), le pouvoir public représentant 25 % des actions. Il y a encore les dépenses de la structure administrative de l'État pour défendre le pouvoir public. CNJ. **La justice en chiffres 2019.** Brasília : CNJ, 2019, p. 74. Disponible sur : <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mars 2021.

¹⁰⁷⁵ À cet égard, l'IDH - Indice de développement humain 2019, qui analyse les questions liées à la qualité de vie des pays, a identifié la France à la 26e place du classement des pays, dont la population a une espérance de vie de 82,7 ans et un revenu par habitant correspondant à 47,17 dollars. Le Brésil est classé 84e, avec une espérance de vie de 75,9 ans et un revenu par habitant de 14,2 dollars. En comparaison, on peut en déduire que le Brésil a un grand besoin d'investir des ressources publiques dans le développement, et que des dépenses excessives pour le maintien et l'omission de la judiciarisation excessive peuvent être plus dommageables pour les Brésiliens. (Informations obtenues en: Human Development Index (HDI) Ranking – 2020. **Human Development Report.** Disponible sur : <http://hdr.undp.org/>. Accès le: 12 jul. 2021.)

¹⁰⁷⁶ D'une lecture attentive de l'institut au-delà de son texte et de sa fonctionnalité, selon caractéristiques locales telle que proposée par LEGRAND, Pierre. On the singularity of law, p. 517-530. **Harvard International Law Journal**, 47, 2006.

et coûteuse, alors que des solutions plus créatives, moins coûteuses et efficaces pourraient être établies par des méthodes développées à partir de la résolution amiable.

La mise en œuvre de solutions conviviales nécessitera des investissements et exigera des coûts, mais tend à générer des résultats plus économiques et plus efficaces,¹⁰⁷⁷ à optimiser les ressources et à générer des solutions plus créatives, pas toujours directement liées aux ressources financières. Ces solutions ont la capacité de générer des économies à moyen et long terme. Il s'agit bien plus de réorganiser le flux et les modes de résolution des conflits administratifs, de réaffecter les ressources et les structures, plus simples, plus flexibles¹⁰⁷⁸ plus rapides et plus participatives, qui tendront à générer une plus grande satisfaction des personnes, en moins de temps et une plus grande économie des ressources publiques.

Un autre aspect important à considérer est que la France et les pays européens, ainsi que les organes de l'Union européenne¹⁰⁷⁹ ont fait des efforts pour la bonne administration de la justice et la durée raisonnable des procédures.¹⁰⁸⁰ Il est averti que le Brésil, avec beaucoup plus de vigueur devrait se tourner vers des méthodes amicales de résolution des conflits, à sa façon, parce que les procès exigent un temps excessif, même pas un peu raisonnable à la

¹⁰⁷⁷ Citons par exemple l'affaire Arroio Feijó à Porto Alegre, liée à la rupture d'un barrage en 2013, avec l'inondation de plusieurs maisons, qui a entraîné le dépôt de 973 actions en justice. La municipalité a commencé à être condamnée au premier et au second degré, a analysé la demande et, par le biais de règlements juridiques, a clos environ 80 % des procès, ce qui a permis de réaliser de grandes économies pour le trésor municipal de manière directe, à hauteur d'environ 9 millions de reais, et de manière indirecte pour la municipalité et l'État. Outre le fait que la population touchée a obtenu la reconnaissance de ses droits et une indemnisation plus immédiate. Il s'agit d'un exemple de la façon dont « l'utilisation de moyens alternatifs pour la résolution des conflits par le pouvoir public se révèle être une stratégie qui peut contribuer à réduire le volume des demandes répétitives dans le système judiciaire, ce qui représente une économie de ressources publiques et la résolution des responsabilités judiciaires, favorisant une véritable pacification sociale ». SCHNEIDER, Patrícia Dornelles. Les modes alternatifs de résolution des conflits : la conciliation des procès par les autorités publiques. L'expérience de Porto Alegre, p. 169-175. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 30, n. 31, 2017, p. 169-173. Disponible sur : http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=31&p_secao=502. Accès le : 02 août 2021.

¹⁰⁷⁸ Il convient de noter que la flexibilité de la médiation est considérée dans le contexte européen comme un avantage de l'institut, souligné par le 8ème point de la Rec(2001)9 du Conseil de l'Europe. En outre, la flexibilité est considérée comme la principale vertu de la médiation administrative, qui se manifeste à trois niveaux : accès facilité ; flexibilité de la procédure et flexibilité dans l'application du droit. BOUSSARD, Sabine. La souplesse des modes alternatifs au règlement des litiges administratifs, p. 67-81. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 72-73.

¹⁰⁷⁹ David Capitant a depuis quelque temps souligné l'influence, bien qu'indirecte, du droit communautaire sur le contentieux administratif français. Toutefois, le droit communautaire est une « synthèse des traditions nationales, elles-mêmes en cours d'évolution », qui forme une « conjonction de mouvements coordonnés. » CAPITANT, David. L'influence du droit communautaire sur le contentieux administratif français : l'exemple des marchés publics, p. 29-47. In: PARISIO, Vera (Dir.) **Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali**. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 33, 46.

¹⁰⁸⁰ En France, les procédures judiciaires en matière administrative durent en moyenne 284 jours en première instance, 329 jours en deuxième instance et 188 jours au tribunal de grande instance. Dans les trois cas, les affaires de droit administratif sont résolues plus rapidement que les affaires litigieuses civiles et commerciales. CEPEJ. **Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States**, p. 533, 548. Disponible sur: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/part_2_-_eu_scoreboard_-_country_fiches_-_deliverable.pdf. Accès le : 15 jul. 2021.

dignité de la personne humaine, à l'entretien des personnes physiques et morales, en particulier dans les procès dans lesquels l'administration publique est une partie, en général, liés à des questions sensibles. Sans compter que le système de paiement des condamnations publiques en France est plus directe qu'au Brésil où existe le système du « *precatório* » et celui-ci tend à générer un retard dans la réception.¹⁰⁸¹

La notion de durée raisonnable varie en fonction du contexte, ainsi, ce qui est compris comme raisonnable au Brésil et en France est différent, ce sont des réalités et des perspectives différentes. Cependant, les relations et les affaires tendent à être mondiales, de plus en plus connectées et sous l'influence de la technologie, qui modifie et mondialise les notions de temps et d'espace. En tout cas, le temps nécessaire pour la solution judiciaire et l'efficacité de la décision au Brésil est élevé, ce qui représente une autre grande raison pour se consacrer davantage au thème de la médiation administrative.

L'adoption de solutions extrajudiciaires, qui envisage l'arbitrage, mais aussi des solutions amicales tend à être la réalité dans les relations juridiques internationales et multinationales, comme nous l'avons vu à partir de la réalité et du dévouement des pays européens. Ainsi, l'absence de sécurité, de dialogue et de mise en œuvre adéquate de ces moyens, qui permettent des solutions plus créatives, rapides et efficaces, tend à générer une insécurité juridique et à éloigner le Brésil des relations internationales, pourtant de plus en plus nécessaires.

En outre, l'importance des processus en résolution amiable est réitérée pour une meilleure réalisation des droits, de manière plus satisfaisante pour les personnes impliquées, consacrant à travers eux, une plus grande liberté, autodétermination, émancipation et responsabilité accrue du peuple. L'idéologie participative met en avant l'importance de l'humain, assure la motivation et l'adhésion des membres, ce qui est essentiel pour de meilleurs résultats.¹⁰⁸²

Voici quelques réflexions que le Brésil – qu'il s'agisse de l'État, des particuliers, de tous les acteurs – pourrait envisager à la lumière des expériences de la France en matière de médiation administrative. Si en France, par rapport au Brésil, les dépenses liées à l'activité juridictionnelle sont beaucoup moins élevées en matière de pourcentage du PIB, si les

¹⁰⁸¹ Selon l'article L911-9 du CJA, dans le cas où une décision condamne l'Autorité Publique à payer une somme d'argent, la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 s'applique, ce qui fixe un délai de paiement de 2 mois à compter de la notification judiciaire. En l'absence de limite financière, le paiement sera effectué dans la limite des disponibilités et il y aura une période de 4 mois pour le paiement complémentaire. FRANCE. Code de justice administrative. Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070933/LEGISCTA000006118216/#LEGISCTA000006118216. Consulté le : 15 juil. 2021.

¹⁰⁸² CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 564.

processus judiciaires prennent beaucoup moins de temps pour une solution et la condamnation de la puissance publique est plus rapidement exécutée,¹⁰⁸³ si l'institut du Défenseur des Droits existe déjà et, encore, avec un système de justice administrative spécialisée, même¹⁰⁸⁴ ainsi, la France a consolidé les pratiques de médiation administrative, y compris obligatoire, il semble que le Brésil n'a pas encore perçu efficacement l'importance de la mise en œuvre de la médiation administrative. Et, à partir de ces observations, on comprend qu'il est nécessaire d'étendre l'analyse et d'améliorer l'efficacité des droits des particuliers vis-à-vis de l'Administration Publique, avec l'apport de la médiation administrative.

Il est salutaire de considérer la réflexion de Guillaume-Hofnung dans le sens où les conflits ont un coût et « leur mauvaise résolution ruine une société au sens économique et humain du terme ».¹⁰⁸⁵

Même en France, malgré les¹⁰⁸⁶ grands progrès et l'adoption effective de la médiation administrative, nous pouvons constater qu'il ne s'agit pas d'un changement simple. Comme le pensait Jacques Chevallier, la conception même de la citoyenneté administrative, plus large, présente des effets immédiats limités.¹⁰⁸⁷ Il y a des difficultés, la médiation implique une nouvelle perspective sur le pouvoir régalién du juge, « il ne faut pas sous-estimer le 'saut culturel' qu'il convient d'enjamber, en raison de la crainte des juges administratifs d'être dessaisis de leur fonction, d'autant plus inadmissible que le droit administratif est éminemment jurisprudentiel ».¹⁰⁸⁸

Les outils sont disponibles et « ils ont prouvé leur efficacité dans un certain nombre de cas » mais afin d'étendre leur utilisation, un « effort pédagogique » a été préconisé pour

¹⁰⁸³ A cet égard, il est noté : « Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'exécution d'une décision judiciaire fait partie intégrante de la notion de *procès équitable au sens de* l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c. Grèce). Conséquence inévitable, le délai excessif d'exécution d'une décision de justice engage la responsabilité de l'État (CE, 23 juin 2014, M. Wespelaere et a., requête numéro 369946, Rec., T., p. 734). » CAILLE, Pascal. Contentieux administratif - Troisième partie - Titre I - Chapitre II, Chapitre II : L'exécution de la décision juridictionnelle : **Revue générale du droit *on line***, 2017, numéro 26699. Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=26699>. Accès le : 30 juin 2021.

¹⁰⁸⁴ Il est rappelé que la France adopte le système du contentieux administratif, de sorte que les litiges administratifs sont traités par la juridiction administrative, ce qui, si on le compare au Brésil, dans un système à juridiction unique, tend à être une caractéristique qui augmente l'efficacité du processus judiciaire en matière administrative.

¹⁰⁸⁵ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 97.

¹⁰⁸⁶ On peut penser que la comparaison est basée sur un modèle, de sorte que « l'appréciation n'est pas exempte de subjectivité ou d'idées préconçues que nous avons sur les règles elles-mêmes. » CLAEYS, Antoine. Résoudre autrement les différends avec l'administration : l'éclairage des droits étrangers, p. 23-42. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 23.

¹⁰⁸⁷ CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 438.

¹⁰⁸⁸ BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 juil. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accès le : 08 oct. 2019.

réduire la confrontation au profit d'une approche plus constructive.¹⁰⁸⁹ En tout état de cause, il n'est pas pertinent de défendre de manière irresponsable le « tout alternatif », au risque de surcharger ces méthodes et d'obtenir l'effet inverse.¹⁰⁹⁰ Le recours à des méthodes alternatives ne signifie pas la disparition de la solution judiciaire en matière administrative, même, l'activité juridictionnelle reste en arrière-plan et prend le relais si nécessaire, comme par exemple, en ce qui concerne le caractère exécutoire.¹⁰⁹¹

Il est nécessaire de faire preuve de discernement pour évaluer les situations auxquelles les solutions amiables, y compris la médiation, sont favorables, ainsi que celles dans lesquelles une solution judiciaire est recommandée.¹⁰⁹²

Même dans le contexte français, seule la pratique nous permettra d'évaluer si la médiation atteindra ses objectifs,¹⁰⁹³ « il est trop tôt pour se prononcer », le taux de médiations est encore faible à côté des procès intentés, environ 1%, cependant, « il semble exister une vraie volonté chez certains magistrats administratifs », ainsi qu'une volonté politique, extraite de l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire, établie par le décret n° 2018-101.¹⁰⁹⁴ Pour les controverses difficiles, dans ces cas non obligatoires, le succès de la médiation administrative dépendra largement de l'Administration, de l'espace qu'elle accordera à la médiation.¹⁰⁹⁵

Le mouvement en faveur de la médiation passe par l'accentuation de ses avantages tels que : « rapidité, discrétion, coût inférieur à une procédure contentieuse, plus grand contrôle

¹⁰⁸⁹ VEL, Guy De. Les MARC/ADR au sein du Conseil de L'Europe : État et esprit du règlement amiable des différends dans l'Europe des droits de l'homme. CADIET, Loïc (Dir.) **Médiation & arbitrage : modes alternatifs de résolution des conflits** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 194.

¹⁰⁹⁰ Ibid., p. 194.

¹⁰⁹¹ LE BOT, Olivier. La sécurisation des MARL par le juge administratif, p. 85-98. In : CLAEYS, Antoine ; GIRARD, Anne-Laure (dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif**. Poitiers : PUJ de Poitiers, 2018, p. 85, 93-94.

¹⁰⁹² VEL, Guy De. Les MARC/ADR au sein du Conseil de L'Europe : État et esprit du règlement amiable des différends dans l'Europe des droits de l'homme. CADIET, Loïc (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 194.

¹⁰⁹³ En ce qui concerne les réformes administratives, qui incluent la citoyenneté administrative en tant que changement dans la relation entre l'administration et le citoyen, Jacques Chevallier considère que trois interprétations peuvent être tirées : positive, selon laquelle le modèle bureaucratique de la hiérarchie, de l'unité et du secret va « s'effondrer » ; négative, dans le sens où tout est rhétorique et qu'il n'y aura pas de changements ; et intermédiaire, dans le sens où il y aura des ajustements progressifs qui contribueront à l'apprentissage et à de nouveaux comportements, qui ne sont découverts que par la pratique. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris : PUF, 2019, p. 439.

¹⁰⁹⁴ PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris : LexisNexis, 2020, p. 1361-1362, note 1030.

¹⁰⁹⁵ Il est reconnu, dans le contexte français, l'importance du Conseil d'Etat, notamment par sa jurisprudence, pour que la médiation soit une « véritable alternative au règlement juridictionnel des litiges ». MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ? **ARTICLE Public - Réglementaire - Environnement**, 05 fév. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

des parties et suppression de l'arène judiciaire », mais nécessite également « un changement de culture de l'ensemble des protagonistes : juges, administrations » et individus.¹⁰⁹⁶ Elle doit être défendue par tous, car la médiation peut produire des effets positifs pour les parties en améliorant leur communication et leurs relations présentes et futures,¹⁰⁹⁷ ce qui est avantageux pour toute la communauté en maintenant un plus grand équilibre et un lien social.¹⁰⁹⁸ La médiation administrative, en ouvrant les voies de l'écoute et de la parole aux personnes et en permettant une éventuelle solution à l'amiable, favorise des liens pertinents avec la collectivité et peut nourrir « un sentiment renforcé de l'être ensemble »,¹⁰⁹⁹ essentiel à la dignité humaine et à la consécration de la fraternité. L'ouverture à la communication, à l'échange, au dialogue et aux solutions communes favorise également les horizons démocratiques nécessaires à la satisfaction de la communauté et à une gestion publique efficace. La médiation fait indéniablement partie de la « pacification sociale ».¹¹⁰⁰

La médiation constitue la « véritable hormone de la confiance » et est « le meilleur soutien à la résilience, aux micro-fissures, aux fractures qui se rejoignent », aidant à renforcer le lien social et la confiance et à surmonter les nombreuses crises que traversent les sociétés locales, nationales et internationales.¹¹⁰¹

En ce qui concerne ce qui a été analysé en France, on peut déduire, d'un point de vue plus objectif, qu'il existe une grande préoccupation quant au délai raisonnable des procédures et au volume des ressources publiques nécessaires pour financer les juridictions. Cependant, on identifie aussi une perspective plus humanisée et démocratique de la médiation, de la citoyenneté, de l'horizontalisation des relations et de la nécessité de la participation de la collectivité dans la résolution des problèmes communs, de manière plus liée à la réalité, selon des critères non seulement légaux-formels, mais aussi équitables. En plus de faciliter l'intégration de diverses cultures dans le contexte européen.

¹⁰⁹⁶ NURET, Bertrand. Administration / Citoyens - La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ? **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales**, n° 9, 2019. Disponible sur : <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 sept. 2020.

¹⁰⁹⁷ Le sentiment de ceux de ceux qui ont expérimenté la médiation est de satisfaction, « il faut poursuivre et sensibiliser davantage encore les parties mais aussi les magistrats et les personnels de greffe », « vers une communication retrouvée et apportée, ainsi, la paix dans la cité. » ARTUS, Didier. L'An II de la médiation administrative État des lieux au tribunal administratif de Poitiers. **La Semaine Juridique - Édition Administrations et Collectivités Territoriales**, n. 9, LEXISNEXIS, 2019, p. 8.

¹⁰⁹⁸ NURET, Bertrand. Administration / Citoyens - La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ? **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales**, n° 9, 2019. Disponible à l'adresse : <https://www.lexis360.fr>. Consulté le : 20 sept. 2020.

¹⁰⁹⁹ GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat** : l'action publique en question. Paris : Presses de Sciences PO, 1999, p. 92.

¹¹⁰⁰ FAUTRE-ROBIN, Aurélia. Rôle et intérêt de la déjudiciarisation. S. CIMAMONTI ; J.-B. PERRIER (Dir.), coll. **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ : Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 92.

¹¹⁰¹ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 46, 88.

Sur la base du développement de la médiation administrative en France, des réflexions sur le droit administratif brésilien pouvant encourager et promouvoir la mise en œuvre effective de l'institut dans les administrations publiques brésiliennes sont proposées. Les raisons qui, en France, ont favorisé la médiation, tout en respectant les particularités de chaque État¹¹⁰², sont également identifiées au Brésil, sinon plus catégoriquement, peut-être seulement inconsciemment.

5.3 PROPOSITIONS POUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE AU BRÉSIL

Il ne fait aucun doute que l'administration publique brésilienne doit se tourner vers une gestion adéquate des conflits avec les parties privées, en vue d'une résolution et d'une prévention en résolution amiable.

Progressivement, il est nécessaire de mettre en œuvre le système à portes multiples et la conception de la résolution des litiges dans l'administration, déjà envisagés dans la législation nationale, mais qui manquent encore d'efficacité.

Outre la proposition de déjudiciarisation des conflits, c'est-à-dire une délocalisation de la solution des conflits de la sphère judiciaire vers d'autres lieux, il est entendu que l'essentiel réside dans la modification relationnelle entre l'Administration Publique et les individus, à laquelle la médiation contribuera également.

Néanmoins, le modèle multi-porté, notamment dans le secteur public, est encore naissant et sujet à analyse. La législation seule ne favorise pas les changements immédiats.¹¹⁰³ Il est nécessaire que l'Administration exerce la fonction administrative dans une perspective démocratique, ouverte à la communauté et qui valorise l'être humain.¹¹⁰⁴ De ce point de vue, les solutions consensuelles en résolution amiable tendent à s'intégrer plus facilement dans la fonction administrative dialogique et démocratique.

¹¹⁰² Un texte de loi se reconnaît à la force qu'il prend dans un réseau d'usages, de croyances et d'émotions, c'est-à-dire à la manière dont il se développe concrètement. Ainsi, la singularité d'un texte de loi résulte de son interrelation qui le constitue. LEGRAND, Pierre. On the singularity of law, p. 517-530. **Harvard International Law Journal**, 47, 2006, p. 526.

¹¹⁰³ Sans oublier le risque que la législation produise des effets pervers, tels que l'augmentation des poursuites judiciaires. MOREIRA, Egon Bockmann ; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In : CUÉLLAR, Leila et al. **Administrative law and alternative dispute resolution** : arbitration, *dispute board*, mediation and negotiation. Belo Horizonte : Fórum, 2020, p. 78.

¹¹⁰⁴ Il est reconnu que l'adoption de solutions consensuelles aux conflits dépasse le cadre de l'administration publique. Elle implique la société en général, de l'école maternelle à l'enseignement universitaire, afin de générer chez chaque individu des perceptions plus collaboratives en matière de résolution des conflits. L'enseignement juridique devrait également mettre l'accent sur la formation en faveur de solutions en résolution amiable et créatives et pas seulement sur les litiges contradictoires.

Il a identifié le besoin d'un changement dans la culture juridique administrative, du rejet total et contradictoire à la composition. De sorte que l'appréciation d'un moyen administratif ou judiciaire se fonde sur les aspects réels et juridiquement pertinents et, à partir de ceux-ci, une analyse est faite quant à la possibilité de composition. Il y aura sans doute des cas de désaccord, dans lesquels, motivée, l'Administration devra se battre. Ce qui est défendu, c'est l'ouverture au dialogue et la mise en place de mécanismes d'autocontrôle et que ceux-ci soient adoptés en priorité, c'est-à-dire avant les conflits ou leur imminence, afin, dans la mesure du possible, de les résoudre avant l'installation d'une relation d'opposition, contradictoire et judiciaire.

De l'étude réalisée et de la comparaison avec la structuration et le fonctionnement de la médiation administrative en France, on comprend que la structuration administrative dialogique et consensuelle nécessite plusieurs mesures non exclusives et cumulatives, certaines plus globales et d'autres spécifiques.

D'une manière générale :

a) La prise de conscience de la pertinence et des avantages des méthodes de règlements amiables;

Il faut que cette conscience se déroule dans la sphère judiciaire et administrative, donc chez les juges, les procureurs, les procureurs généraux, les cours des comptes et les avocats publics.¹¹⁰⁵ Cette prise de conscience est également très pertinente chez les autres fonctionnaires, car les conflits naissent généralement d'activités administratives directement liées aux individus. La solution consensuelle passe par une nouvelle culture juridique. Elle nécessite « l'adoption d'une politique publique de sensibilisation » à la nécessité de recourir à la médiation et à d'autres modes amiables « impliquant ses aspects économiques et surtout la notion démocratique découlant de son concept ». Tous doivent être engagés dans l'identification et la solution rapide des conflits pour un meilleur fonctionnement du système dans la proposition d'une nouvelle action administrative ;

b) Sensibilisation et intégration de la communauté juridique ;

¹¹⁰⁵ Pour la réussite de la médiation, on souligne l'importance de l'organisation administrative et juridictionnelle et de l'information des différents acteurs du processus. Cependant, même dans la législation française, on considère que cette dernière est restée muette à cet égard, dont le rôle moteur a été assumé par le Conseil d'État, par exemple, à travers l'institution d'une commission « justice administrative et médiation », composée de juges, d'avocats, des professeurs et des représentants de l'administration. MINET-LELEU, Alice. La médiation administrative. **Revue du Droit Public**, Paris, n. 5, p. 1191, set. 2017. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/revue-du-droit-public/RDP2017-5-006?em=m%C3%A9diation%20administrative>. Accès le : 30 jul. 2021.

Il faut sensibiliser la communauté juridique sur l'importance et les effets positifs des règlements amiables. Il est recommandé l'intégration entre les administrations et le Barreau, les universités, le Pouvoir Judiciaire et avec la collectivité, à travers des campagnes, des amorces, des informations, des identifications sur des sites électroniques et dans les unités physiques ;

c) Information et des expériences avec la collectivité ;

Dans les unités administratives et juridictionnelles il est important l'information et l'établissement d'expériences avec des médiateurs pour l'assistance et la clarification à la population. Il s'agit là de quelques possibilités pour la diffusion du sujet en général.¹¹⁰⁶

En termes plus spécifiques et concrets :

d) Procéder à une cartographie des conflits ;

Il est nécessaire de cartographier les conflits déjà judiciarisés¹¹⁰⁷ et avec potentiel de judiciarisation et, face à la difficulté d'adopter les solutions équitables de manière générale et ample, il a suggéré la réalisation de projets thématiques expérimentaux. Par exemple : le pouvoir public, après la cartographie des conflits judiciarisés, peut analyser la viabilité des accords dans une certaine thématique et, conjointement avec le pouvoir judiciaire, les CEJUSC, à travers l'inscription de médiateurs privés, réaliser une médiation et une conciliation conjointes. De même, adopter une telle prévoyance en matière administrative pour les conflits de la même espèce non encore judiciarisés. Cette pratique sectorielle et expérimentale peut générer des expériences, des apprentissages, former l'administration et favoriser la culture de la résolution amiable ;

e) Élaboration des projets expérimentaux ;

L'identification précoce des conflits éventuels et la disponibilité de la médiation et de la conciliation extrajudiciaires pour les projets expérimentaux. Par exemple, dès que l'administration perçoit un conflit susceptible de générer un mécontentement généralisé et des

¹¹⁰⁶ MUNIZ, Tânia Lobo ; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, vol. esp., p. 288-311, Porto Alegre : 2018, p. 303.

¹¹⁰⁷ Par exemple, le cas Arroio Feijó dans la municipalité de Porto Alegre, considéré comme un succès en termes économiques et humains, car les personnes avaient besoin de la compensation pour réparer et rétablir leurs logements. SCHNEIDER, Patrícia Dornelles. Meios alternativos de resolução de conflitos: a conciliação dos processos judiciais pelo poder público. A experiência de Porto Alegre, p. 169-175. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, vol. 30, n. 31, 2017. Disponible sur : http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=31&p_secao=502. Accès le : 02 août 2021.

poursuites judiciaires, elle peut ouvrir un dialogue, recueillir les manifestations des personnes impliquées, organiser des séances de médiation et, finalement, composer une solution.

Grâce à ces expériences plus spécifiques, il est possible pour les autorités publiques de mettre en œuvre progressivement des méthodes faites à partir de la résolution amiable et de générer un apprentissage pour une mise en œuvre progressive ;

f) La réglementation administrative ;

Malgré la législation générale, on souligne l'importance de la réglementation administrative du thème dans chaque domaine, en fonction de ses réalités et de ses possibilités et de l'institution de la procéduralisation adéquate. Un autre aspect pertinent est la délimitation des compétences pour la représentation adéquate de la puissance publique dans les sessions et dans la signature éventuelle des accords, avec les rites respectifs nécessaires, ainsi que la formation des personnes impliquées dans les méthodes de résolution consensuelle des controverses.¹¹⁰⁸ Toutefois, dans l'hypothèse de l'institution d'une Chambre publique, une législation sera nécessaire ;

g) Réglementation du fonctionnement intérieur de l'Administration vers le dialogue ;

Il est également important de réglementer les procédures internes, visant à prévenir les conflits par des méthodes spécifiques de clarification, de dialogue, d'écoute et de communication non violente, capables d'identifier les conflits potentiels à leur source. Ces procédures sont liées aux codes d'intégrité des organes, qui sont suivis par le contrôle interne ;

h) Systématisation des modèles propres de résolution administrative des conflits par un Design of Disputes System – DSD ;

Avec plus d'efficacité et de systématisation, de préférence, le gouvernement peut établir un système de résolution administrative des conflits, inspiré de ce qui est appelé Design of Disputes System – DSD.¹¹⁰⁹ À cette fin, il sera nécessaire de cartographier les

¹¹⁰⁸ Sans oublier, un défi dans le recours à la médiation, pour les personnes publiques, c'est « le choix de l'interlocuteur idoine, juridiquement et légitimement ». « Encore faut-il que le représentant de la personne publique ait suffisamment de latitude pour négocier et ne soit pas contraint de trahir la confidentialité par des rapports récurrents à son autorité hiérarchique. ». NURET, Bertrand. Administration/Citoyens - La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ? **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales**, n° 9, 2019. Disponible à l'adresse : <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 sept. 2020.

¹¹⁰⁹ « La conception de systèmes de règlement des différends (DSD), qui consiste en un ensemble de procédures adaptées à un conflit particulier ou à une série de conflits d'une complexité plus ou moins grande. La personnalisation d'un système permet de répondre efficacement aux besoins uniques de chaque cas concret, en évitant les gaspillages de ressources, de temps, d'énergie émotionnelle et les opportunités perdues, tout en permettant une plus grande participation des parties intéressées et affectées, afin qu'elles atteignent leurs objectifs, avec une plus grande satisfaction pour toutes les parties impliquées. » « Par système », on peut entendre un ensemble coordonné de procédures ou de mécanismes qui interagissent les uns avec les autres pour

doutes et les controverses les plus récurrentes et d'institutionnaliser, sous forme physique et numérique, un bureau de l'ombudsman qui filtrera les doutes et les demandes et, selon le cas, s'il y a compatibilité avec la résolution amiable, enverra à un secteur technique ou à une chambre publique de médiation et de conciliation pour une analyse approfondie du cas et une évaluation concernant le renvoi à la résolution amiable, dans un système multiport de résolution des conflits.¹¹¹⁰ Pour que ce système soit mis en œuvre, les « portes », c'est-à-dire les options de solution, doivent être disponibles et un filtrage est nécessaire.¹¹¹¹

Parmi les conflits entre l'Administration et les individus qui pourraient initier l'expérience, il est proposé que ceux liés aux relations de sujétion spécifique, dans lesquelles il existe déjà une plus grande proximité, une relation réglementaire et plus étroite avec l'Administration. Par exemple, les relations de la fonction publique, avec les agents publics, dans les appels d'offres et les contrats administratifs, dans ces derniers, surtout dans le cas des micro et petites entreprises afin de faciliter la défense de leurs droits.¹¹¹² Il s'agit de conflits qui sont généralement nombreux¹¹¹³ et liés à la pension alimentaire. On constate également qu'ils se réfèrent directement aux relations les plus internes et structurelles de l'Administration, qui figurent même comme hypothèse d'une plus grande demande de disponibilité effective et préalable de solutions consensuelles.

Voici la proposition « h » plus en détail :

La création d'un médiateur ou l'utilisation d'un médiateur existant dans le secteur public. Devant le bureau de l'ombudsman, l'individu peut demander des informations,

prévenir, gérer ou résoudre les litiges. Par « conception », on entend l'organisation délibérée et intentionnelle des ressources, des processus et des capacités, afin d'atteindre un ensemble d'objectifs spécifiques. FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas, p. 73-90. In: SALLES, Carlos Alberto *et al.* (Coord.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹¹¹⁰ Dans le système à portes multiples, celui qui sollicite le pouvoir judiciaire « passe par un screening, dans lequel un professionnel spécialisé l'aide à choisir la meilleure méthode pour la composition du conflit ». EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação: da jurisdição a novas formas de composição**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 86-87, 91.

¹¹¹¹ Au Brésil, on considère qu'il n'existe pas encore d'institutionnalisation des moyens alternatifs « comme des portes disponibles à côté du système judiciaire, raison pour laquelle il n'est pas possible d'établir qu'il existe des tribunaux à portes multiples ici, parce qu'il manque des procédures de sélection obligatoires ». MUNIZ, Tânia Lobo ; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, vol. esp., p. 288-311, Porto Alegre : 2018, p. 304-305.

¹¹¹² Selon la téléologie de la loi complémentaire 123/2006.

¹¹¹³ Il est signalé qu'en 2019, dans l'État de São Paulo, sur les six affaires prédominantes, correspondant à 200.000 procès contre l'administration, quatre étaient liées à des questions de personnel. BONIZZZI, Marcelo José Magalhães ; ALVES, Marcus Vinicius. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, p. 237-258. In : MOREIRA, António Júdice *et al.* **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo : Almedina, 2020, p. 241.

enregistrer des plaintes ou les présenter comme des nouvelles, pour l'amélioration de l'activité administrative, ou comme des motifs de demandes administratives.

Les cas de réclamations avec des demandes administratives sont généralement ceux dans lesquels une résolution amiable peut être nécessaire. Il sera nécessaire d'évaluer si l'autorité publique a établi des paramètres, des lignes directrices ou des précédents administratifs applicables au cas, auquel cas, si c'est le cas, une négociation entre l'Administration et la partie privée est établie, avec la possibilité d'un accord.

En cas de difficultés de dialogue, de compréhension et de satisfaction, indiquant l'existence de problèmes sous-jacents, l'affaire peut être soumise à la médiation ou à la conciliation, avec l'accord des personnes concernées.

La soumission de l'affaire à la médiation ou à la conciliation ne signifie pas qu'il y aura un accord ou que celui-ci est possible. Ces processus, tels qu'ils ont été étudiés, concernent avant tout la communication, le dialogue et la cartographie du conflit. Ce n'est qu'après les premières étapes du processus qu'il sera possible d'avoir une dimension des aspects concernés. En parlant et en écoutant, il se peut que le conflit initial se dissolve. Il peut toutefois être nécessaire de négocier un accord. À ce moment et dans les suivants, les représentants des autorités publiques, comme d'habitude dans leurs actions, doivent présenter des idées et dialoguer par rapport à celles présentées par d'autres personnes impliquées, compte tenu du régime juridico-administratif, dans la réalisation des intérêts publics.

Il est rappelé que l'espace de résolution amiable, avec l'échange dialectique et la participation des personnes impliquées, permet des solutions différentes, plus créatives et efficaces, non seulement légales, mais aussi équitables. Il est également recommandé que la puissance publique soit représentée par un agent technique, impliqué dans le thème débattu, en plus de l'avocat, avec les connaissances juridiques qui lui sont inhérentes et son aptitude aux solutions consensuelles. Une fois les possibilités négociées après une ou plusieurs sessions, selon la réglementation de l'Administration, l'accord peut être célébré ou, selon la complexité et la valeur impliquée, la proposition sera soumise à une collégiale ou à un autre secteur afin d'analyser la compatibilité avec le régime juridico-administratif.

La participation plus directe de l'Administration publique elle-même à la résolution des conflits lui permettra d'avoir un plus grand contact avec la réalité, avec les problèmes découlant de ses actions, avec l'avantage de recevoir un apport immédiat de la réalité. Ainsi, il aura la possibilité conséquente de promouvoir des ajustements et des corrections afin d'améliorer ses activités et de prévenir de futurs conflits, à l'instar du travail effectué par le Défenseur des droits en France, qui fait le lien entre un particulier et l'autorité publique et

demande des corrections. Dans ce sens, la médiation peut représenter des avantages tels que : éviter la propagation et la judiciarisation du conflit, ainsi que la proposition de changements. On peut ajouter, encore, l'effet éducatif que la résolution amiable favorise chez les personnes, la liberté et la réalisation de soi, qui bénéficiera à l'individu directement impliqué et à la collectivité indirectement, dans un réseau de pacification sociale.

Cela nécessitera une restructuration administrative des secteurs et des fonctionnaires, mais progressivement, ceux qui sont directement liés au traitement des affaires judiciaires pourront voir leurs activités mieux employées dans la résolution amiable. De même, ceux qui restent dans l'action judiciaire pourront mieux se consacrer à la défense juridique de la puissance publique.

i) La médiation préalable obligatoire : un devoir pour l'Administration, un droit pour le particulier.

On estime que la volonté et la nécessité pour les personnes concernées d'être plus à l'aise avec la résolution amiable ne sont pas compatibles avec le caractère obligatoire de la médiation, contrairement à l'option adoptée en France. Une forte incitation à son utilisation et à sa disponibilité effective est recommandée.

Ce que l'on comprend de l'étude est que l'Administration Publique a le devoir de mettre en œuvre la médiation administrative, même si dans un premier temps pour des questions spécifiques qu'elle juge les plus appropriées. Ce devoir découle de la compréhension et de la nécessaire mise en œuvre de l'État de droit démocratique, qui exige la révision de la fonction administrative vers un format plus horizontal, dialogique et consensuel avec la communauté. Cette dernière, dans le même temps, doit participer et composer la gestion publique et la définition des intérêts publics avec l'apport de données issues de la réalité, ce qui permet de (ré)établir des liens démocratiques entre les individus et le gouvernement.

Le devoir administratif d'établir la résolution amiable, notamment la médiation, découle également de l'appréciation de l'être humain et de ses droits inhérents, ainsi que du droit à une bonne administration, c'est-à-dire une administration qui protège et réalise ses droits de manière plus immédiate, en n'agissant pas de manière fermée et dilatoire, en résolvant de manière démocratique et responsable les controverses qui surgiront inévitablement.

En outre, selon une approche plus positive, le devoir de l'Administration de favoriser la résolution amiable administrative est conforme à la Constitution de la République et à la

législation et démontre, selon l'approche de la proportionnalité et du caractère raisonnable, le moyen le moins contraignant, le plus rapide, le plus économique et le plus efficace pour intégrer les intérêts concernés, améliorer la réalisation des intérêts publics et économiser les ressources publiques.

La solution consensuelle des conflits par l'administration permet « une prestation de services plus qualifiée et plus rapide, en plus de rapprocher le citoyen de la structure de l'État, sans l'intermédiaire d'un processus judiciaire ». ¹¹¹⁴

Pourtant, comme on l'a vu, les techniques de médiation et la structure de son processus tendent à permettre la restauration des relations et la résolution du conflit dans une dimension plus large, durable et éducative, avec l'intégration possible des intérêts, avec des gains de diverses manières pour les personnes impliquées et pour la collectivité. Le système perdant-gagnant, typique des solutions judiciaires, met en péril l'intérêt public, même lorsque la puissance publique est gagnante. La résolution amiable, à partir de la possibilité d'intégration, de la prise en compte des intérêts réels en jeu, et de la créativité des solutions permet de maximiser la réalisation des intérêts publics, d'une manière compatible avec le régime public, avec de meilleures conditions de suivi de la mise en œuvre et des corrections. ¹¹¹⁵

Ainsi, l'hypothèse initiale de cette recherche a été confirmée, il est entendu que l'Administration doit mettre en œuvre la médiation administrative, elle doit être à la disposition de la communauté, sous une forme présenteielle et numérique, comme mode prioritaire à la solution et à la prévention des conflits. Face à cela, il est conféré au particulier le droit à un traitement adéquat du conflit, qui peut inclure, le cas échéant, le droit de tenter la résolution par des moyens moins contraignants et plus rapides comme la médiation administrative.

Dans cette proposition, l'éventuelle introduction d'un procès par la puissance publique, la contestation d'une action ou l'introduction d'un recours doit nécessairement passer par une analyse détaillée et motivée de la consensualité et de l'impact sur l'intérêt public de la possibilité et de l'avantage d'une tentative de résolution amiable, qu'il s'agisse de négociation, de conciliation ou de médiation, afin d'intégrer la routine administrative, car ce sont des formes de résolution, *a priori*, plus conformes à la bonne administration et à la fonction administrative démocratique.

¹¹¹⁴ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 150.

¹¹¹⁵ Dans ce sens : SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 216.

La même évaluation réfléchie des impacts impliqués devrait précéder la manifestation de la puissance publique aux demandes et aux recours administratifs, c'est-à-dire qu'avant chaque relation conflictuelle, administrative ou judiciaire, avant la réaction contradictoire immédiate de la puissance publique, une analyse de la consensualité et de l'impact sur l'intérêt public par rapport à la tentative consensuelle ou à l'opposition immédiate est nécessaire, avec la considération si éventuellement il peut y avoir compatibilité d'intérêts et l'évaluation de la pertinence de la médiation pour la meilleure compréhension des intérêts de celui/ceux qui ont soulevé la controverse, étant que l'opposition et l'utilisation des prérogatives publiques doivent céder, chaque fois que possible, à une approche consensuelle préalable. Pour le particulier, cependant, il restera la faculté d'adhérer ou non à la possibilité de participer aux tentatives de résolution amiable.

La proposition, par conséquent, est l'établissement de mécanismes administratifs de dialogue, avec différents degrés, de la plus faible complexité à la plus élevée, avec la possibilité de simples informations et clarifications aux sessions de médiation. Diverses possibilités de solution des conflits doivent être obligatoirement disponibles pour la collectivité et non seulement pour la solution judiciaire, mettant en œuvre, effectivement, de multiples portes de solutions aux conflits entre les particuliers et l'Administration. Ainsi, les objectifs sont les suivants : rapprocher et améliorer l'assistance aux personnes par l'Administration, améliorer la relation entre celles-ci – de contradictoire à dialogique et compositionnelle - pour réaliser de manière plus immédiate et directe le respect de l'être humain et la réalisation des droits, optimiser la réalisation des intérêts publics, fournir une gestion publique plus efficace et éviter la légalisation inutile.

Pour la réalisation de la proposition et, donc, la mise en œuvre de la médiation administrative, tous les acteurs sont nécessaires, les Pouvoirs, le Ministère Public, les Cours des Comptes, les agents publics, les professionnels, l'académie et la collectivité et plus la synergie est grande, mieux c'est.¹¹¹⁶

¹¹¹⁶ On note le rôle prépondérant du Conseil d'État français et la collaboration d'autres secteurs avec la signature de conventions pour renforcer et diffuser la médiation administrative, par exemple : le 22 mai 2019, le Conseil d'État a signé une convention avec l'Ordre des avocats pour chacune des parties concernées afin de promouvoir la médiation. FRANCE. **Conseil d'État**. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-conseil-d-etat-signe-une-convention-pour-promouvoir-la-mediation>. Accès le : 30 juil. 2021. L'année 2017 a également été marquée par la signature d'une convention avec le Conseil national des barreaux afin de favoriser la médiation administrative qui doit être appréciée au regard du devoir de conseil des avocats. FRANCE. **Conseil d'État**. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-mediation-en-matiere-administrative-signature-d-une-convention-entre-le-conseil-d-etat-et-le-conseil-national-des-barreaux>. Accès le : 30 juil. 2021.

Il est considéré que « éthiquement et juridiquement, la solution consensuelle des conflits dans la sphère administrative est essentielle ».¹¹¹⁷ Ainsi, comme cela a été développé tout au long de ce travail, il est entendu que les pouvoirs publics ont le devoir, inhérent à la bonne administration, d'établir des canaux et des procédures, un médiateur, pour recevoir et trier les plaintes des particuliers, des citoyens et des entreprises, étant, pour ceux-ci, une option. Cette obligation peut être mise en œuvre par étapes, d'abord comme une recommandation forte, puis avec des objectifs d'expansion, en fonction des changements et des expériences, comme cela a été le cas avec la mise en œuvre de la loi sur la transparence, avec les portails Internet, l'utilisation des appels d'offres électroniques, ce qui s'est produit en ce qui concerne les programmes d'intégrité.

5.3.1 Structures de médiation et médiateurs

Pour mener à bien les médiations, il faut des structures, tant physiques que numériques, et des médiateurs formés, neutres et impartiaux.

Ainsi, l'un des aspects pertinents est la formation et la qualification des professionnels, la certification, l'accréditation et les codes d'éthique. Au Brésil, l'accent a été mis sur la formation et l'enregistrement des médiateurs judiciaires, qui nécessitent une formation spécifique, un enregistrement auprès des tribunaux respectifs et auprès du registre national du CNJ.

En ce qui concerne la médiation extrajudiciaire, la législation n'exige pas de formation, le CNJ n'agit pas directement et il n'existe pas de registre national, de systématisation en la matière, ce qui peut entraver le développement de l'institut et, la compétence et la sécurité juridique nécessaires. Les médiateurs peuvent être liés aux chambres et seront soumis à leurs règles, de manière non systématisée.¹¹¹⁸ A cet égard, il est nécessaire de mieux réglementer le sujet, de professionnaliser les médiateurs, de les certifier et de les enregistrer.

La qualité de la médiation et des accords conclus dépend largement de la capacité du médiateur à mener le processus. Cela souligne le sérieux de leur formation, de leur

¹¹¹⁷ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017, p. 43.

¹¹¹⁸ CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem est une association civile sans but lucratif qui se consacre à la diffusion et à la qualité du développement des méthodes extrajudiciaires de résolution des conflits. CONIMA. Disponible à l'adresse suivante : <https://conima.org.br/>. Accès le : 30 juil. 2021.

désignation et du respect de l'indépendance, de l'impartialité, de la diligence et de la confidentialité.¹¹¹⁹

Le sujet concernant les chambres publiques pour la résolution consensuelle des conflits a gagné en importance à partir de 2015, avec le nouveau Code de procédure civile et la loi sur la médiation, avec la consécration expresse de la légalité dans le recours aux solutions consensuelles, notamment la médiation.

La résolution consensuelle des conflits n'était pas interdite, mais des conceptions étroites du principe de légalité et l'indisponibilité de l'intérêt public ont fini par exclure l'adoption de méthodes consensuelles et, par conséquent, l'institution de chambres à cette fin.¹¹²⁰

Le CPC, dans son article 174, a déterminé la création de chambres au sein de l'administration tandis que la loi sur la médiation, dans son article 32, a autorisé la création de telles chambres. Dans l'analyse d'Egon Bockman Moreira il ne s'agit pas d'un devoir ou d'une option, mais d'un « stimulus législatif spécifique », qui n'exclut pas la possibilité d'adoption de la médiation par d'autres chambres¹¹²¹ et l'utilisation de celles-ci lorsqu'il n'y a pas de chambre du pouvoir public, comme le prévoit l'article 33 de la Loi de Médiation.

Ainsi, l'institution des chambres dans la sphère administrative dépend de l'évaluation de chaque entité fédérative, surtout en ce qui concerne les petites municipalités,¹¹²² car elle dépendra des serveurs, de la formation et de la structure, cependant, son absence ne représente pas un obstacle à la résolution amiable.

Les chambres sont des espaces propices au développement de solutions résolution amiable, ce sont des organismes publics, dotés de fonctionnaires, situés dans la structure de la partie qui se soumettra à la médiation.¹¹²³ La chambre administre et régleme les activités exercées dans son champ d'application. Les secteurs administratifs et les groupes de fonctionnaires peuvent être affectés à l'exercice de l'activité spécifique d'évaluation et de mise

¹¹¹⁹ NORMAND, Jacques. Clôture sur médiation. CADIET, Loïc (Dir.) **Médiation & arbitrage** : alternative à la justice ou justice alternative ? : perspectives comparatives. Paris : Litec, Lexis Nexis, 2005, p. 200.

¹¹²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 78.

¹¹²¹ *Ibid.*, p. 84-85.

¹¹²² On peut envisager la possibilité de l'institution d'un consortium public afin de gérer une chambre de résolution amiable des conflits administratifs relatifs aux entités integrantes.

¹¹²³ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 87.

en œuvre de solutions consensuelles et de prévention des conflits, dont les attributions tendent à être plus compatibles avec l'action publique.¹¹²⁴

La structuration nécessite une certaine prudence afin de ne pas manquer au devoir de neutralité et d'impartialité du médiateur.¹¹²⁵ La chambre n'agit pas en tant que médiateur. Le médiateur est un tiers neutre et impartial dont le rôle est de faciliter le dialogue et le consensus, il est choisi par les parties, soit sur une liste de parties accréditées auprès de la chambre, soit à l'extérieur.¹¹²⁶

Cette question soulève un débat sur l'opportunité pour un fonctionnaire en activité d'exercer le rôle de médiateur dans une chambre publique de règlement des litiges.

Dans la chambre de l'AGU, la CCAF, par exemple, les médiateurs sont des avocats de l'Union et des procureurs fédéraux, rémunérés et appartenant à la structure publique. La fonction de médiateur ne comporte pas de pouvoir de décision ou de suggestion, ce qui permet une certaine impartialité,¹¹²⁷ en théorie, même lorsqu'il appartient à l'Administration,¹¹²⁸ ce qui ne représente pas non plus une ingérence ou une soumission de l'Administration publique au médiateur privé.

Cependant, il est soutenu qu'il est plus compatible avec la neutralité et l'impartialité¹¹²⁹ que le médiateur soit extérieur à l'Administration et, par conséquent, issu de la Chambre administrative de résolution des conflits de l'entité administrative directement impliquée dans la controverse à régler.

Bien que le médiateur n'ait pas de fonction décisionnelle, puisqu'il ne s'agit pas d'une décision imposé par un tiers, mais d'une résolution amiable entre les parties elles-mêmes, le

¹¹²⁴ Les bureaux des défenseurs publics représentent l'environnement institutionnel approprié pour le fonctionnement des chambres de résolution des conflits. EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 149.

¹¹²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 87.

¹¹²⁶ *Ibid.*, p. 87.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 87-88.

¹¹²⁸ Afin d'accroître l'impartialité et la neutralité, les avocats et juristes qui travaillent au sein de la CCAF de l'AGU doivent se consacrer exclusivement à la Chambre, se retirant ainsi des autres activités juridiques de l'organisme, notamment des litiges. En outre, l'article 6 de la loi sur la médiation stipule que le médiateur est empêché pendant un an, à compter de la dernière audience, de conseiller ou de défendre l'une des parties. Il est rappelé que la CCAF a été créée à l'origine pour résoudre les conflits entre les agences et les entités de l'administration elle-même.

¹¹²⁹ « L'impartialité désigne l'absence de parti pris ou de préférence en faveur d'un ou de plusieurs négociateurs, de leurs intérêts ou des solutions spécifiques qu'ils préconisent. La neutralité, quant à elle, fait référence à la relation ou au comportement entre l'intervenant et les parties au conflit. » MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2.ed. LOPES, Magda França (Trad.). Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 55.

fait qu'il appartienne à l'Administration peut inhiber la participation des parties, leur confiance, la confidentialité de l'environnement et de ce qui sera discuté.¹¹³⁰ Même en dehors de ses fonctions publiques initiales, le médiateur, en tant que fonctionnaire, fait partie de la structure et de la rationalité de l'Administration et il lui sera difficile d'agir avec neutralité et d'être libre de toute information passée ou future qui pourrait altérer sa conduite dans le processus.¹¹³¹

Le médiateur, en tant que fonctionnaire, au lieu d'équilibrer le dialogue de manière neutre, risque de provoquer un déséquilibre et d'aggraver toute asymétrie d'information. En outre, le médiateur, s'il est fonctionnaire, selon la taille de la sphère fédérative, peut connaître l'agent représentant la partie publique et son avocat, éventuellement un collègue de carrière ou un supérieur hiérarchique. Même dans les postes élevés et caractérisés par une certaine autonomie, comme les avocats et les procureurs, il existe toujours une subordination hiérarchique à un chef qui, en règle générale, est choisi et nommé selon des critères politiques, et il y a des obligations fonctionnelles.

Guillaume-Hofnung rappelle que le fonctionnaire fait partie de l'Administration et ne peut être un médiateur entre un particulier et l'Administration. « Par définition, les fonctionnaires ne sont pas des tiers, mais des parties prenantes dans les relations administrations/administrés », qui peuvent et sont recommandés pour être imprégnés à la solution amicale, l'amélioration de la communication et l'humanisation, mais pas dans la fonction de médiateur.¹¹³² En outre, ceci est conforme à la théorie dite de l'imputation ou théorie du corps, d'Otto Gierke,¹¹³³ en ce sens que le fonctionnaire n'agit pas en son nom propre dans l'exercice de la fonction publique, de sorte que, même dans la fonction de médiateur, son action se réfère à la puissance publique, partie au conflit. En outre, l'objectif est d'horizontaliser les relations et de faciliter le dialogue avec l'autorité publique, par l'intermédiaire d'un tiers neutre.

Néanmoins, lorsque l'Administration agit en tant que médiateur dans des conflits entre différentes agences publiques ou personnes privées, comme dans le cas des Agences de

¹¹³⁰ Lorsqu'ils traitent avec l'administration publique, l'autorité publique et le particulier « doivent faire appel à un professionnel qualifié, impartial et indépendant ». BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação com a Administração Pública*, p. 31-51. In: MOREIRA, António Júdice; *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 48.

¹¹³¹ SOUZA, Mara Freire de; BUENO, Flavia Scarpinella. *Mediação: uma solução adequada para os conflitos ambientais entre a Administração Pública e o administrado*, p. 361-382. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, p. 370.

¹¹³² GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 177.

¹¹³³ Comme indiqué par DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo : Atlas, 2013, p. 578-579.

régulation, il semble que le fait que le médiateur soit un fonctionnaire actif n'affecterait pas la neutralité et l'impartialité, puisqu'il y aurait une plus grande distance.

Ainsi, les avocats publics auront des fonctions distinctes dans les Chambres et indispensables pour la mise en œuvre du système consensuel, mais cela ne signifie pas qu'ils doivent également être des médiateurs ou des conciliateurs. Il est à noter que l'article 32, I, de la Loi sur la Médiation établit la compétence de la Chambre Publique pour résoudre les conflits entre les organes et entités de l'Administration, ainsi, dans cette hypothèse les avocats publics peuvent agir comme médiateurs ou conciliateurs, différemment que lorsque le conflit implique des parties privées.¹¹³⁴

Dans l'art. 32, II, à son tour, la loi établit la compétence de la Chambre pour évaluer la recevabilité des demandes de résolution de conflits en cas de controverse entre des personnes privées et des personnes morales de droit public. Ainsi, dans ces hypothèses, la compétence des avocats publics se réfère à l'admissibilité, impartiale, de transmettre le conflit à la tentative de résolution amiable, mais pas à la médiation de la solution. L'art. 6 de la Loi de médiation corrobore également ce raisonnement puisqu'il établit l'empêchement au médiateur, pour une période d'un an, de conseiller, représenter ou parrainer les intérêts de l'une des personnes impliquées dans la médiation.

En ce qui concerne la recevabilité, selon le régime de droit public, les cas égaux doivent être traités de la même manière,¹¹³⁵ que ce soit avec la possibilité de tenter la résolution amiable ou non. Cependant, du point de vue du gouvernement accordant la possibilité d'une solution consensuelle, il est entendu que la décision de rejeter la recevabilité de la décision est une partie privilégiée de la demande.

Pendant les sessions de médiation ou de conciliation et l'élaboration de l'accord, la présence de l'avocat public est indispensable, il agit en tant que négociateur, représentant l'Administration publique, l'intérêt public, mais pas dans le rôle de médiateur ou de conciliateur. Ces fonctions doivent être confiées à des tiers et le règlement de l'Administration doit envisager les possibilités de les engager,¹¹³⁶ y compris par le biais d'accords avec les Tribunaux.

L'administration publique ne doit pas faire de la médiation une mission de plus, « toute prétention [...] à orchestrer la médiation sous forme de service public semble dangereuse pour

¹¹³⁴ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 152-153, 157.

¹¹³⁵ Ibid., p. 155.

¹¹³⁶ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 154-155.

sa propre cohérence ». La médiation est liée à l'aspect civique, plus proche des associations que des pouvoirs publics. L'administration doit adopter des mesures plus humaines et développer correctement ses activités, améliorer la communication, l'ouverture et le dialogue avec les individus,¹¹³⁷ notamment comme moyen d'améliorer les relations et d'éviter les conflits.

L'impartialité, nécessaire à la médiation, se réfère à l'aspect personnel, à la relation entre le médiateur et le médié, tandis que la neutralité, également nécessaire à la médiation, se réfère à l'indifférence quant au résultat. Si le tiers est proche des parties, subordonné, défenseur, il n'y a pas la figure d'un tiers, mais le renforcement d'un des pôles, configurant l'assistance et non la médiation. Le rôle du médiateur représente l'absence de pouvoir.¹¹³⁸

Pourtant, la médiation doit être menée avec confidentialité, c'est sa nature, afin que les personnes impliquées soient détachées des formalités, des positions initiales, et puissent identifier leurs intérêts, dont le devoir a été assuré par la Loi de la Médiation dans les articles 2 et 30.

Les parties non issues des pouvoirs publics auront-elles confiance dans le médiateur, notamment lors des séances privées ? Par ailleurs, dans le cas où aucun accord n'est trouvé et que les parties vont en justice, le médiateur, fonctionnaire, pourra-t-il s'abstenir de fournir des informations confidentielles à l'autorité publique qui ont été révélées par la partie privée ?

Le manque d'impartialité et de neutralité, causé par le fait que le médiateur est un fonctionnaire de l'entité impliquée, aura tendance à générer une méfiance et une insécurité juridique qui peuvent contribuer à l'échec de la médiation administrative. Elle n'exclut pas le caractère indispensable des avocats et des procureurs dans la médiation, dans le conseil juridique de la partie, la puissance publique, qui ne se confond pas avec la fonction de médiateur.

Ainsi, si le médiateur est un fonctionnaire, agissant dans le Département de Droit Public, un conflit d'intérêts peut se produire, puisque l'information dans la médiation est confidentielle, ce qui devient plus délicat dans la possibilité qu'il n'y ait pas d'accord et que cela devienne un processus judiciaire.

En droit européen, selon les lignes directrices de la CEPEJ,¹¹³⁹ ainsi qu'en droit français, l'orientation est allée dans ce sens, les médiateurs étant extérieurs à l'Administration.

¹¹³⁷ GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris : PUF, 2020, p. 118-123.

¹¹³⁸ Ibid., p. 71-72.

¹¹³⁹ (31) « Afin d'assurer le respect des principes d'égalité, d'impartialité et des droits des parties, les agents de médiation - médiateurs, conciliateurs, négociateurs et arbitres - ne devraient pas être des fonctionnaires ou des

Ainsi, à partir des réflexions sur le thème, soit par force des principes qui régissent l'Administration Publique, soit par ceux qui réglementent la médiation, encore, par inspiration de l'expérience française, il est recommandé que les médiateurs soient des tiers neutres et impartiaux, avec indépendance et autonomie, n'appartenant pas au personnel de l'Administration.¹¹⁴⁰ Ils peuvent, par exemple, figurer sur une liste d'accréditation auprès de la Chambre publique, provenir de chambres privées accréditées ou de conventions conclues avec les CEJUSC du pouvoir judiciaire. Le Barreau brésilien, d'autres entités de classe et les Cours des comptes peuvent également aider et accréditer des médiateurs professionnels.¹¹⁴¹

La loi de médiation a destiné aux entités fédératives le règlement sur la composition et le fonctionnement des chambres publiques. L'impartialité et la neutralité du médiateur sont des éléments fondamentaux de la médiation, ils doivent donc être pris en compte dans la réglementation qui traitera du sujet dans le cadre de chaque entité fédérative.¹¹⁴² On se préoccupe de la procédure de ces chambres afin qu'il y ait une confiance et une légitimité dans leur fonctionnement, « sans permettre au procureur général d'agir en même temps avec la casquette de partie et de médiateur ».¹¹⁴³ Le potentiel des Chambres administratives est de générer des subventions pour l'édition de précédents administratifs, de lignes directrices, de formations et de données concrètes pour les politiques publiques¹¹⁴⁴ et l'amélioration de l'activité administrative, plus proche de la communauté, en temps réel, en consécration du devoir de bonne administration.

employés permanents ou temporaires de la fonction publique. » Conseil de l'Europe. **CEPEJ(2007)15**. Lignes Directrices, n. 31. Disponible sur : <https://rm.coe.int/1680747c2e>. Consulté le : 15 juillet 2021.

¹¹⁴⁰ C'est en ce sens qu'ils se positionnent : SOUZA, Mara Freire de ; BUENO, Flavia Scarpinella. *Mediação: uma solução adequada para os conflitos ambientais entre a Administração Pública e o administrado*, p. 361-382. In : MOREIRA, António Júdice *et al.* **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 370-371, 381.

¹¹⁴¹ Au niveau français, en 2017, le Conseil d'État a signé une convention générale avec le Conseil national des *barreaux* pour promouvoir la médiation, établir des règles générales et déontologiques sur la médiation administrative. Le Conseil des Barreaux a créé le Centre National de Médiation des Avocats - CNMA. FRANCE. **Conseil national des barreaux**. Cadre de la convention. Disponible sur : <https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/dossier-de-presse-mediation.pdf>. Accès le : 30 juil. 2021.

¹¹⁴² Dans l'État de São Paulo, en ce qui concerne l'arbitrage, afin de permettre la satisfaction des autorités publiques lorsqu'une telle solution est requise, il y a eu une accréditation des chambres privées, la plupart des chambres enregistrées sont des chambres de médiation et d'arbitrage. Comme régi par la résolution n° 45/2019, PGESP. http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/Res_PGE_45_2019.pdf et http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/Arquivos/Camaras.pdf.

¹¹⁴³ GABBAY, Daniela Monteiro. YAMAMOTO, Ricardo. Entre a norma e a prática: desafios na redação da cláusula de mediação em contratos administrativos, p. 189-213. In : MOREIRA, António Júdice *et al.* **Mediação e arbitragem na Administração Pública : Brésil et Portugal**. São Paulo : Almedina, 2020, p. 195, 202.

¹¹⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 93.

Dans le règlement de résolution amiable administrative, il est possible que les entités délimitent les conflits, les matières soumises à la médiation afin de mieux opérationnaliser¹¹⁴⁵ et, progressivement, en fonction de la réalité de l'entité fédérative, des questions qui sont récurrentes, elle peut élargir la liste des conflits. Il est salutaire qu'une cartographie des conflits existants et potentiels soit réalisée, ainsi que les délais de résolution, les coûts, les impacts sur la sécurité juridique, les droits, les questions sociales et économiques afin que chaque entité fédérative puisse délimiter les espèces de conflits pertinents pour la médiation. Ce qui n'est pas admissible devant le système juridique brésilien, c'est l'inertie administrative concernant l'adoption de mécanismes et la médiation administrative comme l'une des voies possibles de résolution des conflits.

Enfin, il est considéré que les ajustements structurels et procéduraux ne sont pas si extrêmes et difficiles. On pense que le plus pertinent est le changement de perspective, de rationalité, de priorités à partir de l'assimilation des avantages des solutions consensuelles, par rapport au modèle jusqu'alors en vigueur, de judiciarisation excessive. Le changement de perception selon lequel la solution consensuelle entre l'Administration et le particulier – l'accord – n'assisterait qu'à celui-ci, au détriment de l'intérêt public, pour la perception que l'assistance de ce particulier peut être un moyen de mieux assister à tous. La reconnaissance de la médiation comme une autre voie, de grande importance, pour la solution et la prévention des conflits, qui, parce qu'elle est plus intuitive, flexible, rapide, moins contraignante et plus apte à réaliser les intérêts, y compris ceux du public, doit être privilégiée par rapport au processus judiciaire.

Comme le pensait Romeu Felipe Bacellar Filho, dans un « État de droit démocratique, le pouvoir des gouvernants côtoie le pouvoir des gouvernés » et « il existe un pont avec un chemin ouvert pour permettre cette interaction mutuelle ». Il doit y avoir un consensus procédural sur la résolution des conflits,¹¹⁴⁶ dans cette perspective, à partir de l'étude réalisée, il est identifié dans la médiation administrative ce « pont » nécessaire pour le renforcement de cet État. Le projet existe, il reste à le construire et à l'utiliser correctement.

¹¹⁴⁵ Il est salutaire d'adopter des projets pilotes pour permettre l'apprentissage et mieux servir l'intérêt public, comme le soutiennent MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação*. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution**: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 91.

¹¹⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 128-129. (concernant l'illustration du « pont », l'auteur fait allusion à l'auteur Giovanni Sartori).

6 DERNIÈRES CONSIDÉRATIONS

Il est clair que les conceptions de l'État ont évolué, ce en particulier depuis la seconde moitié du XXe siècle, avec les réflexions sur la Constitution, sur la consécration des droits, sur la centralité de l'être humain et de sa dignité. Plusieurs pays, ainsi que le Brésil et la France, chacun avec ses particularités, sont constitués en tant qu'États de droit démocratiques centrés sur la dignité humaine et le caractère social. Par conséquent, l'administration publique de ces États a elle aussi changé et doit, en fait, évoluer davantage, afin de réaliser les propositions constitutionnelles et, en particulier, de satisfaire la collectivité.

Dans un espace démocratique qui valorise l'être humain, son droit de s'exprimer, de considérer et de peser ses besoins doit être respecté. Ainsi, la participation devrait être large, non seulement dans la sphère politique, mais aussi dans celle administrative. Dans cet environnement démocratique centré sur la dignité humaine, l'exercice d'une activité administrative éminemment unilatérale et imposante est incompatible, artificiel, déconnecté des aspirations réelles de la communauté et, par conséquent, s'avère souvent inefficace. C'est comme si les personnes, individus et entreprises ne pouvaient pas s'exprimer, participer et délibérer, dans certains cas, sur ce qui leur convient le mieux. Ainsi, certains mouvements favorisent la mise en œuvre de quelques pratiques plus démocratiques, se caractérisant par une plus grande participation et davantage de collaboration.

Dans ce contexte, une fonction administrative étatique plus démocratique, dialogique et consensuelle a été défendue et mise en œuvre. Les instruments de l'action administrative ont fait l'objet de mises à jour, et de nouveaux instruments ont commencé à intégrer l'action administrative. La rationalité unilatérale et impérative, principalement représentée par les actes administratifs et les innombrables prérogatives, a été abandonnée et remplacée par une nouvelle rationalité administrative dialogique, consensuelle et contractuelle. Les besoins de la collectivité doivent de plus en plus intégrer l'action administrative afin qu'elle gagne en légitimité, en efficacité et en efficience. La stricte légalité ne suffit pas à représenter la collectivité, elle doit être complétée, notamment parce que les intérêts sont nombreux, complexes et parfois contradictoires. La légalité est élargie par les principes et valeurs constitutionnelles.

Les relations juridiques entre l'administration publique et les particuliers ont également subi des modifications dans un but de rapprochement, de participation et d'intégration. L'accent a été mis sur l'horizontalisation des relations, avec une plus grande ouverture de l'administration à la participation, au dialogue et à l'action conjointe. Cette

conjoncture consacre également le droit fondamental à une bonne administration, qui élève le citoyen à la position centrale et à la finalité principale de l'action administrative. C'est un droit exprimé dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et implicite dans la loi brésilienne, reconnu dans le cadre ibéro-américain.

Le respect du droit fondamental à une bonne administration peut se matérialiser, par exemple, par la reconnaissance du droit à une protection administrative efficace, du droit à une résolution administrative dans un délai raisonnable, du droit de participer aux actions administratives et de celui de présenter des plaintes, des réclamations et des recours devant l'administration.

À partir de ce contexte, qui modifie l'orientation égocentrique de l'administration pour la remplacer par une relation plus intense et meilleure avec les individus, le concept d'intérêt public et sa façon de le définir sont également modifiés. Le choix et la réalisation des intérêts publics ne se font plus uniquement par la force de la loi, de même que l'acte administratif unilatéral et les processus démocratiques, dialogiques et consensuels gagnent en relief, en devenant plus légitimes et efficaces. Plus la participation et la contribution de la communauté sont grandes, plus l'acceptation de l'action administrative tend à être importante, même si elle ne répond pas exactement à l'intérêt individuel de chacun, elle a été, cependant, en quelque sorte écoutée et prise en considération. Ainsi, l'intérêt public lui-même est identifié dans la participation démocratique et la solution composite.

Dans ce scénario intervient l'auto-composition administrative, c'est-à-dire la solution et la prévention des conflits à partir du dialogue et du consensus entre les personnes impliquées, par exemple entre l'Administration et le ou les individu(s). Il s'ensuit que dans cette perspective de l'État de droit démocratique, de la valorisation de l'être humain et de ses droits, ainsi que du devoir de bonne administration, il est inévitable que la fonction administrative de l'État envisage la solution et la prévention des controverses. Elle ne correspond, cependant pas davantage à ce nouveau modèle et objectif, car c'est encore une administration fermée, autoréférentielle, qui ne dialogue pas avec la communauté, qui ne vise pas à répondre plus immédiatement à ses droits et à ses besoins, ce d'autant plus qu'elle est omniprésente et irresponsable, puisqu'elle ne résout pas ses problèmes, ne les prévient pas et les renvoie à la sphère judiciaire.

C'est l'activité administrative de l'État qui, par essence, doit être en relation avec la communauté, par exemple, dans la prestation de services, dans le pouvoir de police, c'est elle qui est quotidiennement la plus proche du citoyen, il lui faut donc se montrer ouverte et capable de dialoguer en vue de la meilleure prise en charge possible. Les controverses liées à

la fonction administrative doivent être traitées en priorité pour être résolues dans ce cadre, nous ne pouvons pas admettre que l'administration refuse de résoudre les controverses ou, en général, les rejette. Les autorités administratives et les organismes techniques respectifs sont les plus indiqués pour tenter de résoudre immédiatement les controverses qui, par des clarifications et le dialogue, peuvent même être apparentes ou facilement résolues, en évitant le développement d'une spirale de désaccords.

Le manque d'ouverture de l'administration à la présentation des controverses, ainsi que sa réticence à la résolution consensuelle des conflits finissent par porter atteinte au droit fondamental à la bonne administration, qui implique la prise en charge directe et efficace des droits, tels que le droit à la participation lui-même. En l'absence de mécanismes capables de susciter le dialogue et de permettre de résoudre les conflits, le droit d'être entendu et considéré n'est plus respecté et la démarche suivie consistera pour l'individu à s'adresser au pouvoir judiciaire, ce qui contribue à une judiciarisation excessive.

L'accès et le contrôle juridictionnel s'avèrent indispensables, mais ils n'ont pas pour rôle de décider de ce que serait la fonction administrative. Il n'est pas raisonnable que les controverses nées de l'exercice de la fonction administrative, dont la plupart pourraient être résolues administrativement, soient renvoyées à la sphère judiciaire. Or c'est précisément ce qui s'est passé jusqu'à présent. Au Brésil, dans environ 25% des procès en cours, le pouvoir public est l'une des parties. Ainsi, un quart de l'ensemble du pouvoir judiciaire se déplace, chaque année, pour résoudre les demandes liées à la puissance publique, et la dépense totale et annuelle estimée est de 1,2% du PIB, ou 0,3% du PIB, uniquement en ce qui concerne les conflits avec la puissance publique, ce qui équivaut au pourcentage de la dépense de la France pour le système judiciaire. Autre facteur aggravant, un procès contre le pouvoir public, sous le régime procédural brésilien, tend à prendre plus de temps que les procès ordinaires, de sorte que la dépense a tendance à se prolonger, sans parler de la dépense en ressources humaines qui pourraient être destinées à d'autres activités. De plus, il faut aussi penser aux dépenses financières et humaines engagées par les administrations à travers les parquets.

D'autre part, avec le processus judiciaire et en raison du retard dans son déroulement pour résoudre le conflit, il y a une prolongation de l'insécurité juridique et les droits tardent à se réaliser, quand ils ne périssent pas pendant le processus, par exemple, dans le cas où la personne physique meurt, ou lorsque l'entreprise concernée licencie des employés ou cesse ses activités. Ces réalités ne sont pas conformes au droit à une bonne administration.

Plus proche encore du cœur de l'étude est la prise de conscience que la solution du processus judiciaire résout ce cas particulier formaté dans les dossiers, mais non le conflit

dans une perspective plus large. Les problèmes et les besoins des gens sont devenus de plus en plus complexes, surtout dans la sphère publique, alors qu'il est si facile que le plaidoyer d'un individu interfère avec les droits de tous. La logique du processus judiciaire est encore binaire – bien/mal, juste/injuste – elle est d'opposition, contradictoire et implique un spectre réduit aux dossiers, avec des solutions spécifiques, mais ayant généralement un impact sur la communauté. Cette réalité est également incompatible avec une bonne administration et la nécessité de maximiser les intérêts publics.

La procédure judiciaire est formelle, elle utilise des modèles et des formules préétablis, qui souvent ne reflètent pas ce dont les parties, voire l'administration, ont besoin ou qu'ils sont capables de réaliser. La réalité du processus judiciaire est éloignée des parties. Ainsi, il peut arriver que même la partie « victorieuse » d'un procès ne voie pas son droit effectivement réalisé, soit parce qu'il s'agit d'une décision non exécutoire, soit du fait que la décision ne reflète pas son besoin réel, puisque la solution ne sera pas construite avec les parties, mais à partir du regard du magistrat porté sur le contenu des dossiers par rapport à la loi. En outre, la réalité administrative est excessivement dynamique et liée à plusieurs facteurs qui, bien souvent, ne peuvent être décrits dans les dossiers et la longue durée des procédures ne permet pas à ce dynamisme de se manifester. Peu importe que le magistrat agisse en dehors de sa compétence, ce qui n'est pas autorisé, même ainsi la décision judiciaire ne surmontera pas l'omission administrative, ne résoudra pas ce qui aurait pu l'être de manière dialogique et consensuelle dans la sphère administrative, avec les personnes impliquées, au moment de la controverse.

Dans cette optique, l'Administration est tenue de mettre à disposition et de privilégier les tentatives de dialogue et de solutions consensuelles en résolution amiable, car elles s'avèrent moins lourdes et plus conformes à l'exercice de la fonction administrative démocratique, avant d'intenter un procès ou de le poursuivre.

Cela confirme l'hypothèse qu'il est du devoir de l'Administration de privilégier la résolution amiable, notamment la médiation, en guise de moyen de résolution et de prévention des conflits, ce qui est encore corroboré par le système juridique brésilien et par les techniques qui impliquent le processus de médiation.

Le système juridique brésilien présente un micro-système en pleine expansion, axé sur le dialogue et les solutions consensuelles avec l'administration, à divers degrés et selon différentes fonctionnalités. Comme nous l'avons analysé dans la section 3, la Constitution de la République permet d'inférer la prévalence des solutions pacifiques sur les solutions contradictoires. Et au cours des trente dernières années, comme on l'a également observé dans

d'autres États, notamment en France, les possibilités législatives concernant les diverses compositions entre les individus et l'Administration se sont multipliées, dans la rationalité démocratique, la valorisation des personnes et le droit à la bonne administration. Cette nécessité d'une déjudiciarisation est, d'ailleurs renforcée en raison du coût élevé du maintien du système judiciaire, du grand engorgement des tribunaux et des délais excessifs pour la résolution des conflits.

Dans ce scénario, des mouvements ont émergé en faveur de l'auto-composition des conflits – négociation, conciliation et médiation – y compris vis-à-vis de l'Administration publique. Au Brésil, le cadre normatif était la Résolution No. 125/2010 du CNJ et, par la suite, avec des dispositions expresses à l'Administration, le Code de Procédure Civile, la nouvelle Loi d'Arbitrage, la Loi de Médiation et la modification de la Loi d'Introduction aux Normes du Droit Brésilien. La législation mentionnée constitue le cadre général de la priorité donnée à la résolution extrajudiciaire des conflits administratifs, en particulier de ceux liés à la résolution amiable, avec le renforcement systématique et téléologique de la Constitution et d'autres règles du système juridique. Il convient de noter, dans cette perspective, qu'il est du devoir des professionnels du droit, dans l'exercice de leurs activités respectives, de privilégier la résolution amiable des conflits.

Le processus de médiation se développe avec l'aide d'un tiers impartial, le médiateur, qui applique des techniques de communication pour que les personnes impliquées engagent le dialogue, identifient leurs intérêts réels, afin de prendre la mesure du conflit, les points de divergence et de convergence, ainsi que les possibilités de solution. Il existe une action communicative au sens où l'objectif est la communication et la compréhension mutuelle. De nombreux conflits résultent de défaillances dans la communication et la compréhension entre les personnes impliquées, qui peuvent être détectées et rétablies, en permettant une (re)connexion et la (re)création de liens. Le rétablissement de relations tend à s'avérer essentiel pour la relation de confiance permanente qui doit exister entre les individus et l'Administration, surtout en vue de l'efficacité d'une bonne administration et de l'État de droit démocratique.

Le processus de médiation est compatible avec des parties multiples et des intérêts nombreux et complexes, comme le sont généralement les conflits administratifs. Dans la médiation, outre la communication, des techniques de négociation sont également appliquées en vue de l'intégration des intérêts des personnes impliquées, dans une logique consensuelle, de composition et de maximisation. La médiation avec l'Administration devrait, cependant, convenir au régime de droit public, dont l'observation plus prudente s'intensifie dans

l'évaluation des solutions possibles, surtout en vue de l'identification des intérêts publics et de son assistance.

On identifie dans cette phase du processus de médiation, dans laquelle les intérêts et les solutions sont composés, un espace pour la pondération des intérêts, d'une manière équivalente à celle recommandée par Alexy, de la réalisation maximale des intérêts, dans laquelle la composition tiendra compte des paramètres d'adéquation et de nécessité et, si nécessaire, de proportionnalité au sens strict, dans la mesure où les possibilités d'envisager et de composer les intérêts de la meilleure façon possible seront évaluées, avec une moindre charge pour les autres intérêts ou principes. Il peut arriver que les parties présentent les mêmes intérêts, il n'est, alors peut-être pas nécessaire de les mettre en balance, mais elles peuvent être en désaccord sur les mesures à prendre pour les satisfaire, qui seront évaluées par la nécessité et l'adéquation.

Les parties elles-mêmes, de manière dialoguée, avec l'aide du médiateur, construisent les solutions les plus appropriées à la réalité et, dans ce cas, au régime de droit public. C'est ainsi que naît une relation de collaboration, d'intégration et non d'opposition, produite par les parties pour le cas, avec une plus grande autonomie, flexibilité et créativité. Il s'agit d'un processus ouvert et souple, dans lequel est admise l'inclusion de variables, de conditions et d'évaluations pertinentes pour la personnalisation de la résolution, ce qui permet la compatibilité et la maximisation des intérêts.

Par conséquent, ce qui différencie surtout la médiation, en justifiant qu'il s'agit là du mode prioritaire pour la solution et la prévention des conflits administratifs, est son potentiel de connexion entre les personnes impliquées, permettant d'améliorer les relations. Elle se distingue également par la possibilité de générer des solutions plus réelles et davantage efficaces, avec une maximisation des intérêts en jeu, ce qui permet d'améliorer la réalisation des intérêts publics. On observe que la relation judiciaire contradictoire, du binôme perdant-gagnant, n'est pas la plus adéquate pour résoudre les conflits administratifs, qui impliquent généralement des intérêts publics très importants pour toutes les personnes impliquées et la collectivité. La solution amiable et consensuelle, plus souple et créative, du point de vue de ceux qui connaissent la réalité débattue, permet la maximisation des intérêts et s'avère plus appropriée au droit administratif et à la réalisation des intérêts publics.

En outre, dans la médiation, les personnes sont plus importantes que les conflits, car il s'agit là d'une forme de résolution humanisée, qui valorise la participation, la collaboration et l'égalité de considération, ainsi que le respect. Cette façon de procéder génère généralement chez les participants la notion d'intégration, d'appartenance et de plus grande pacification, avec des

effets didactiques qui se répercutent dans d'autres sphères et, par conséquent, qui s'avèrent durables.

De plus, en termes plus objectifs, les solutions consensuelles tendent à être moins coûteuses, plus rapides, à permettre la réalisation des droits de manière plus immédiate et à être davantage efficaces et efficaces, car elles sont composées par les parties elles-mêmes, qui tendent à les respecter sans y être contraintes.

Ainsi, l'hypothèse initiale a également été corroborée par le contenu du système juridique et par le potentiel de la médiation à optimiser et maximiser les intérêts publics, et à présenter des solutions plus adéquates quant au contenu et au rapport entre les particuliers et l'Administration.

Malgré les avantages signalés, l'utilisation de la médiation dans les conflits administratifs au Brésil est encore réduite, ce y compris dans les conflits judiciaires. On pense que cela s'explique principalement par le manque de connaissances, la nécessité de changer la culture juridique. On perçoit, cependant, que la solution à l'amiable, en impliquant les personnes plus directement liées au conflit, génère de meilleurs résultats, non seulement pour celles-ci, mais aussi pour l'intérêt public.

Comme on l'a souligné, on peut imaginer certains obstacles possibles, tels que la légalité et la publicité, mais ils ne constituent toutefois pas des empêchements. La médiation tend à permettre un meilleur respect de la légalité dans l'espace discrétionnaire établi par la légalité elle-même. Elle permet une ouverture aux données de la réalité pour assurer la conformation réelle de l'espace discrétionnaire. Quant à la publicité, elle peut être admise à différents degrés et intensités, selon l'étape du processus, avec la publication de l'extrait de l'accord finalement signé. Il convient de souligner que la participation des personnes impliquées dans le processus de composition tend à accroître le contrôle et la transparence, si on la compare aux actes unilatéraux, dont la publicité n'est que postérieure. En outre, selon le type de conflit, la participation du ministère public et/ou de la Cour des comptes peut être requise, ce qui peut faire l'objet d'actions intégrées.

L'indisponibilité de l'intérêt public n'exclut pas non plus la possibilité et les avantages de la médiation en guise de solution des conflits, dès lors qu'elle est menée dans le sens de la meilleure et la plus fiable réalisation des intérêts publics en cause. Comme nous l'avons analysé, dans le cadre de la fonction administrative démocratique, il existe des domaines de contact, de participation et de collaboration de la collectivité à la performance administrative. Les particuliers participent donc eux aussi à l'identification et au choix des moyens les plus appropriés pour réaliser les intérêts publics, ce toujours dans le respect de la loi et de la

légalité, c'est ce que l'on appelle dans le contexte français la « citoyenneté administrative ». Comme on l'a vu, la médiation ouvre un espace à l'examen des intérêts et des possibilités, afin de maximiser la réalisation des intérêts en vue de servir au mieux l'intérêt public. En outre, elle est compatible avec le régime public, mais nécessitera une motivation large et solide qui permettra d'identifier les considérations faites et les conséquences évitées avec l'accord, ainsi que les buts publics recherchés.

Ce qui n'est pas admissible, c'est l'utilisation de la médiation, ou de tout autre moyen, pour le détournement de la finalité, qui doit être publique, la plus pertinente au cas concret, et associée à une profonde motivation.

L'on peut déduire, positivement, des comparaisons faites avec la médiation administrative dans le contexte français, que ces deux pays possèdent une législation datant de la même époque, 2015 et 2016, visant une médiation administrative similaire, avec la disposition des mêmes principes, qui tendent certes à être universels, mais qui présentent toutefois des différences spécifiques. Une divergence pertinente et controversée fait référence à l'obligation de médiation préalable à la judiciarisation, pour certaines hypothèses liées à la fonction publique et à certaines prestations sociales, pour une période expérimentale, comme moyen d'accélérer le développement de la culture de la médiation.

La France et le Brésil, malgré des différences numériques importantes, sont très préoccupés par l'excès de judiciarisation, et cherchent à obtenir, grâce à la médiation, des délais plus raisonnables pour la résolution des conflits, car il s'agit là d'une façon de décongestionner le Pouvoir Judiciaire et de réduire les dépenses ainsi que son coût. Il se trouve qu'en France, l'on constate une pratique plus systématique de la médiation administrative.

Dans un contexte plus large et culturel de comparaison avec la France, quelques particularités qui la différencient du contexte brésilien ont été détectées, à savoir : *a)* le développement, à partir des années 1960, qui s'est intensifié avec le temps, de conceptions plus horizontales avec les individus, la participation, du profil de l'administré et de celui de citoyen, en tant que personne, instaurant une nouvelle dimension de citoyenneté, que l'on appelle « citoyenneté administrative », accompagnée même de la modification du concept traditionnel d'intérêt général ; *b)* l'émergence de diverses lois visant à simplifier et à améliorer les relations entre les pouvoirs publics et les particuliers ; *c)* l'expérience, depuis les années 1970, de l'institution du Médiateur de la République, inspirée du Médiateur suédois, après l'élargissement de ses fonctions et sa nouvelle désignation de Défenseur des droits. C'est une sorte de médiateur, qui assure la communication entre la communauté et le gouvernement, en

vue du respect des droits, avec la possibilité de faire des suggestions d'améliorations à l'Administration, entre autres fonctions. Sur la base de l'étude réalisée, nous comprenons qu'il s'agit d'un institut très pertinent, d'écoute et d'articulation entre les individus et les pouvoirs publics, bien développé, qui démontre un aspect ancien de dialogue, d'éclaircissement et de résolution administrative des controverses ; *d*) la mise en place d'une médiation administrative institutionnelle dans divers ministères et entités, offre obligatoire de médiation dans les services rendus au public, tels que La Poste, la SNCF, la RATP ; *e*) l'implication profonde et active du Conseil d'État dans la diffusion, la structuration et l'encouragement de la médiation administrative, avec la constitution de réseaux entre les tribunaux administratifs et les institutions judiciaires, y compris l'établissement d'une charte de déontologie pour les médiateurs ; *f*) la possibilité, pour les parties, de demander au magistrat compétent qui organise la médiation et la posture active des magistrats de favoriser la médiation à l'initiative du juge, en soulignant que les médiateurs sont privés, inscrits, organisés en listes et collaborent avec des personnes morales locales ; *g*) enfin, dans un contexte encore plus large, qui renforce le développement de l'institut, il est entendu que la médiation est une proposition européenne, liée à la citoyenneté européenne et au « dialogue entre les différentes cultures », avec les orientations de l'Union européenne et du Conseil des recommandations européennes. Ce dernier inclut notamment la mise en place de lignes directrices communes sur la médiation administrative pour les 47 États européens qui en font partie. Cependant, le Conseil de l'Europe effectue un suivi comparatif de l'efficacité du système judiciaire des pays et, parmi les critères évalués, figure la médiation administrative.

À partir de ces particularités, il a été possible de comprendre que la médiation administrative en France a intégré le contexte plus large de la citoyenneté et de la participation administrative, et qu'elle est effectivement devenue une partie du système judiciaire et pas seulement une alternative. *A priori*, toutes les questions de contentieux administratif sont susceptibles d'être résolues par la médiation, sans porter atteinte au régime de droit public ni à l'intérêt général. La limite établie se réfère à la libre disposition des parties sur le contenu de l'accord.

Comme cela a été indiqué, cette comparaison n'avait pas pour but de transplanter un institut français au Brésil, même si le recours à la médiation constitue une tendance qui couvre d'autres pays et qui est déjà prévue par la législation brésilienne. Il s'est agi de proposer une réflexion, une inspiration des expériences françaises et un encouragement pour l'efficacité de la médiation administrative au Brésil.

Au Brésil, les prévisions normatives ont établi un système à plusieurs portes et la primauté des modes amiables de résolution des conflits sur le mode judiciaire en est déduite, y compris en ce qui concerne le droit administratif. Cependant, il semble que ce changement de direction, ses avantages et son ampleur pour ce qui est de l'amélioration de la réalisation des intérêts publics n'ont pas encore été perçus. On ne tient pas compte du coût financier, social, humain et démocratique que l'omission administrative et la production de relations judiciaires contradictoires entraînent pour les personnes concernées, l'une d'entre elles étant la puissance publique elle-même, qui pèse sur l'ensemble de la communauté. Les générations futures elles-mêmes en subissent les effets néfastes, car elles assumeront une lourde charge laissée par l'attitude négligente et irresponsable du passé et du présent, dans un cycle intergénérationnel désastreux. L'on adopte trop souvent une pensée fermée, immédiate et regorgeant de préjugés, alors que le présent exige des solutions durables qui favorisent le développement et la durabilité. Outre l'effet immédiat de la médiation, qui consiste à améliorer la communication et les liens entre les personnes impliquées et, éventuellement, à rendre un accord viable, cette amélioration relationnelle se prolonge dans le temps et la médiation a un effet pédagogique, qui se répercute sur d'autres relations et se manifeste dans un réseau d'enrichissement dialogique et relationnel.

Il est entendu que la fonction administrative de l'État, dans un État de droit démocratique, doit agir selon la bonne administration, ce qui implique un dialogue avec la communauté, une assistance rapide, la réalisation de ses droits de la manière la plus contemporaine possible et, en cas de controverses, celles-ci doivent, en priorité, être résolues par consensus dans la sphère administrative elle-même, éventuellement, avec l'aide du pouvoir judiciaire, par le biais d'accords concernant les CEJUSC, la disponibilité de médiateurs enregistrés.

La médiation s'avère donc être un nouveau mécanisme adapté à la fonction administrative démocratique et dialogique. Elle se développe dans un processus dialogique souple et moins formel, avec l'assistance d'un médiateur impartial, qui permet de dévoiler les facettes complexes des conflits qui émergent normalement dans les controverses de droit public et fournit des solutions créatives qui les abordent toutes, ou la plupart, afin de générer une plus grande satisfaction de la communauté et son intégration par rapport aux autorités publiques.

La médiation ouvre, en outre, un espace de réflexion qui permet de respecter le régime public et de maximiser les intérêts de tous, les intérêts publics concernés. Elle introduit ainsi une voie d'optimisation, de meilleure réalisation des intérêts et de rapprochement des mesures

des besoins réels de la collectivité, qui participe, avec la puissance publique, à l'identification des problèmes, des intérêts et des solutions. La médiation établit donc un espace de dialogue et de réflexion.

Les avantages de la médiation doivent être pris en considération par le gouvernement brésilien et, en comparaison avec la France et d'autres pays européens, il est nécessaire de mettre en œuvre des projections législatives et de privilégier la médiation. Si la comparaison est faite en termes de données, du point de vue du Brésil, la réalité française est plus confortable que celle du Brésil. Ainsi, les dépenses d'activité judiciaire équivalent, en France, à 0,3% du PIB et au Brésil à 1,2% ; en France, le taux de congestion est de 3% et au Brésil de 70%, par conséquent, le délai jusqu'à la résolution des litiges, principalement administratifs, s'avère beaucoup plus long au Brésil. De plus, le Brésil a un plus grand besoin d'améliorer le développement humain, dont les taux sont bien inférieurs à ceux de la France. Ce besoin de développement exige que les ressources publiques, financières et humaines soient mieux utilisées et que les droits soient rapidement respectés. Quoi qu'il en soit, même dans une situation prétendument plus confortable, la France a orienté ses efforts vers la mise en œuvre et la priorisation de solutions consensuelles.

Comme nous l'avons montré ci-dessus, les législations sur la médiation en France et au Brésil ont des structures similaires, mais la différence est que la législation ne change pas, à elle seule, la réalité et une culture juridique bien ancrée. Une prise de conscience et une action collective s'avèrent en effet nécessaires, en particulier de la part du pouvoir public, mais aussi de l'intégration entre le monde universitaire, les avocats et la classe des affaires.

Le devoir de la puissance publique de mettre en œuvre, de diffuser et de hiérarchiser la médiation administrative est reconnu, bien qu'il ne soit pas prévu de sanction directe en cas de non-respect. A terme, il serait même possible d'établir l'obligation inscrite dans la loi de la mise à disposition effective et préalable de solutions consensuelles par la puissance publique, à l'instar de celle que la France a adoptée et de ce que l'Union européenne a recommandé en matière de services rendus au public. En tout cas, des actions et des recommandations conjointes, dans un grand groupe de travail, peuvent être adoptées par le Ministère et les Secrétariats de la Justice, le CNJ, le Ministère Public, les Cours d'Audit, le Barreau, les Observatoires, entre autres, afin d'influencer positivement l'adoption préalable de la médiation.

À partir des études réalisées, en comparaison avec les lignes directrices et les pratiques de mise en œuvre de la médiation en France, il est proposé dans le contexte brésilien l'adoption prioritaire de solutions consensuelles, comme la médiation, aux conflits

administratifs, en tant que filtre préalable, dont le devoir appartient à la puissance publique, mais avec le consentement du particulier, en suivant les étapes et selon les possibilités suivantes :

a) que chaque entité fédérative réalise une cartographie des demandes judiciaires afin d'identifier les espèces de litiges qui peuvent faire l'objet de projets de médiation spécifiques au cours du processus et que les solutions trouvées soient étendues à tous les nouveaux conflits de la même espèce qui ont débuté, qu'ils soient judiciaires ou administratifs ; *b)* que chaque entité fédérative, dans ses différents organes, avec l'assistance des parquets, identifie les questions controversées, conflictuelles, qui génèrent des instabilités ou qui peuvent devenir des demandes judiciaires et adopte des stratégies de dialogue et de médiations appropriées pour essayer d'atteindre un consensus ; *c)* que chaque entité fédérative réglemente dans sa sphère, selon sa réalité et ses possibilités, des procédures adéquates au développement des méthodes de solution amiable des conflits et, éventuellement, des thèmes prioritaires, avec des évaluations constantes et des objectifs d'expansion ; *d)* en outre, qu'il existe des règlements qui établissent une politique interne non contradictoire avec diverses procédures consensuelles, liées à l'intégrité, avec des attributions au contrôle interne pour vérifier cette attention dans le sens de la résolution des conflits depuis leur origine ; *e)* que chaque relation conflictuelle, administrative ou judiciaire, avant la réaction contradictoire immédiate du pouvoir public, passe par une analyse de la consensualité et de l'impact sur l'intérêt public par rapport à la tentative consensuelle ou à l'opposition immédiate. Il convient de faire preuve de pondération dans le cas où, éventuellement, il existerait une compatibilité des intérêts. Il faut également évaluer la pertinence de la médiation pour une meilleure compréhension des intérêts de ceux qui ont soulevé la controverse. L'opposition et l'utilisation des prérogatives publiques doivent céder, chaque fois que cela est possible, à une approche consensuelle préalable ; *f)* que la puissance publique établisse systématiquement des canaux de solution consensuelle des controverses, éventuellement après les expériences décrites aux points « a » et « b ». Des médiateurs, physiques et numériques, développent des structures et des procédures, avec la possibilité de fournir des informations, des clarifications et des conseils jusqu'à la résolution amiable : médiation, négociation et conciliation. L'établissement d'ajustements avec le ministère public et les cours des comptes s'avère pertinent afin de générer de bonnes pratiques, en accord avec le régime public, et des directives éthiques. Il est nécessaire que cette proposition soit accompagnée de la divulgation, avec des structures situées dans des bâtiments publics, d'informations, de matériel imprimé et en ligne, comme c'est le cas dans la pratique française ; *g)* dans le contexte où les conflits sont soumis à la

médiation, ils peuvent être réglés dans des chambres publiques ou privées, avec des médiateurs externes, indépendants de la structure de la puissance publique, des contrats ou des accords, des registres formés avec les forums, l'Ordre des avocats ou d'autres entités, afin de préserver la neutralité et l'impartialité du médiateur ainsi que l'efficacité de l'institut de médiation.

Telles sont les propositions centrales et les possibilités de mise en œuvre de la médiation administrative, qui doivent être traitées a priori dans le contexte brésilien, afin de garantir de nombreux droits, d'effectuer une bonne administration et de faire face à l'État de droit démocratique. Il n'est pas possible de servir l'intérêt public dans des fragments isolés de valeurs qui se rapportent toutes les unes aux autres, dans une collectivité car chaque personne est en même temps autre et toutes constituent un ensemble.

Par une simple analogie, on peut imaginer un magnifique édredon dont une partie n'est pas cousue. Les dommages sont là et ont un impact sur la beauté et la valeur de cet édredon. La couture peut être réparée immédiatement ou ultérieurement, mais avec le temps, les dommages peuvent devenir encore plus apparents. La couette peut être réparée avec une couleur ou un matériau différent, mais la réparation ne s'avère pas toujours meilleure que le dommage initial. La réparation peut être effectuée avec le même matériau ou même avec un nouveau travail de broderie qui embellit encore davantage l'objet et le rend plus précieux, de sorte que le défaut est surmonté. Il s'ensuit donc que le problème peut être affronté de plusieurs manières, lorsqu'il existe des situations dans lesquelles le résultat peut améliorer la situation des personnes concernées. Il est proposé de préférer la médiation parce qu'elle est plus immédiate, permet des solutions créatives et appropriées à la réalité, pour les personnes impliquées.

BIBLIOGRAPHIE

REVUES BRÉSILIENNES

BADIN, Arthur Sanchez. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). A transação judicial como instrumento de concretização do interesse público. **Revista de Direito Administrativo**. vol. 252, set./dez. 2009, p. 189-217. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponible sur : <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Accès le : 12 jul. 2021.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 155, jan. 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, 11, p. 29-46, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa do serviço público. **Revista do Serviço Público**. Ano 47, v. 120, n. 3. Set./Dez. 1996.

DAVI, Kaline Ferreira. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da Advocacia-Geral da União**, Brasília, ano 7, n. 16, p. 183-196, 2008.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2011, n. 257, maio/ago. 2011.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequentialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1452.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Crise do poder judiciário e a venda do sofá. O que a administração e a advocacia pública têm a ver com isso? **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**, 301/2016. São Paulo: RT, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, 26, p. 115-136, 1999.

LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. IX, n. 1, 2014.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 16, n. 31, jan./jun. 2014.

MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, MS, v. 16, n. 32, p. 25-37, jul./dez. 2014.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015, p. 24. Disponible sur : <http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodeestudos/bibliotecavirtual.aspx?tipoPublicacao=82>. Accès le : 25 de abril de 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, 231, Rio de Janeiro, jan./mar. 2003.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, vol. esp., p. 288-311, Porto Alegre: 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, jun. 2008. Disponible sur : <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53908>. Accès le : 14 ago. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da Administração Pública e o princípio da participação administrativa, p. 158-176. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006.

OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). Droit et intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2. *Apud* HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, dez. 2016. Disponível sur : <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246236>. Acesso le : 2 jun. 2018.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, jul./set. 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 2, n. 9, p. 91-102, 2002. Disponível sur : <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/737>. Acesso le : 10 set. 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, p. 127-144, jan./mar. 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível sur : <http://www.bidforum.com.br/bi/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611> Acesso le : 14 ago. 2017.

SCHNEIDER, Patrícia Dornelles. Meios alternativos de resolução de conflitos: a conciliação dos processos judiciais pelo poder público. A experiência de Porto Alegre. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 30, n. 31, 2017, p. 169-173. Disponível sur : http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=31&p_secao=502. Acesso le : 02 ago. 2021.

SCHWANKA, Christiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 80, n. 3, ano XXIX, jul./ago./set. 2011.

SILVA, Thais Sampaio da. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponible sur : https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html. Accès le : 03 jul. 2021.

SOUZA, Luciane Moessa. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 34, Belo Horizonte, Fórum, p. 141-174, out./dez. 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion; MARCANTÔNIO, Roberta. Considerações sobre a teoria da ação comunicativa de Habermas e a mediação como forma de promover a comunicação para o tratamento de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 41, 2014, p. 313-329, abr./jun, 2014.

TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória)- versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 264, ano 42, p. 83-107, fev. 2017.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 251, jan. 2016.

XAVIER, Gabriela Costa. Novos rumos da Administração Pública eficiente – Participação administrativa, proceduralização, consensualismo e as decisões colegiadas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 33-43, maio 2014.

OUVRAGES BRÉSILIENS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash Editora, 2016.

ANDRADE, Juliana Loss de. Justiça consensual para as demandas coletivas, p. 135-148. *In*: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: Uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponible sur : <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3>. Accès le : 16 mai. 2021.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre o constitucionalismo e a democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito administrativo**. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, p. 237-258. *In*: MOREIRA, António Júdice; *et al.* (Coord.). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Transformações do Direito Administrativo: Mediação como possibilidade à ampliação da eficiência administrativa. *In*: HACHEM, Daniel Wunder *et al.* (Org.) Transformações do Direito Administrativo: **O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível sur : <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/26039>. Acesso le : 20 jan. 2021.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação com a Administração Pública, p. 31-51. *In*: MOREIRA, António Júdice; *et al.* (Coord.). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda. Meios adequados de solução de conflitos em contratos de obras e serviços de engenharia, p. 402-412. *In*: BRAGANÇA, Fernanda et al. (Org.). **Solução de conflitos e sociedade**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. NORTHFLEET, Ellen Gracie. (Trad.). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos fenômenos vivos**. EICHEMBERG, Newton Roberval (Trad.) São Paulo: Cultrix, 1996.

CARDOZO, José Eduardo. Prefácio. *In*: Azevedo, André Gomma (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTALDELLO, Angela Cassia *et al.* Reflexos da nova lei de introdução às normas do direito brasileiro (Lei nº 13.655/2018) na gestão urbanística das cidades, p. 519-548. *In*: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001.

DAVID, Mariana Soares. A necessidade e admissibilidade da mediação administrativa, p. 295-315. *In*: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord.). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020.

DEUTSCH, Morton. The resolution of conflict: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973. p. 1-32; 349-400. OLIVEIRA, Arthur

Coimbra de (Trad.); MENDES, Francisco Schertel (Rev.) *In*: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. Disponible sur : <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>. Accès le : 16 mai. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas, p. 73-90. *In*: SALLES, Carlos Alberto *et al.* (Coord.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público, p. 141-169. *In*: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FISHER, Roger Fisher; URY, William. VIEIRA, Ricardo Vasques (Trad.). **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 1.ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3.ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito público. São Paulo: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABBAY, Daniela Monteiro. YAMAMOTO, Ricardo. Entre a norma e a prática: desafios na redação da cláusula de mediação em contratos administrativos, p. 189-213. *In*: MOREIRA, Antônio Júdice; *et al.* (Coord.). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020.

GIMENEZ, Charlise P. Colet; VETORETTI, Marina. A abordagem ao conflito na sociedade contemporânea: uma análise do Poder Judiciário *versus* a mediação. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). **Acesso à justiça e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013.

GUERINI, Caroline Gonçalves; RAINER, Yahn. A concertação administrativa e os dilemas na efetivação dos acordos ambientais no Brasil. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino. (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.) **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é esclarecimento? *In*: VIER, Raimundo; FERNANDES, Floriano de Souza. **Textos seletos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LEGRAND, Pierre; HACHEM, Daniel Wunder (Trad.). **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência, organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo à luz das alterações da LINDB. *In*: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: RT, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Conceito de direito administrativo. In: Revista da Universidade Católica de São Paulo, 1964, v. XXVII, p. 36. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOORE, Christopher W; LOPES, Magda França (Trad.). **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAES, Vânia Cardoso André de. **Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição**. Brasília: CJF, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratação de árbitros e mediadores: inexigibilidade. p. 129-139. In: CUÉLLAR, Leila. *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Sentando-se à mesa de negociação com autoridades públicas, p. 23-27. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Negociações público-privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei, p. 29-32. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais, p. 43-74. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da administração pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação. p. 75-95. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NOHARA, Irene. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de direito público da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. p. 103-113. *In*: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; GONÇALVES, Cláudio Cairo. Justiça multiportas, desjudicialização e negociação na Administração Pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil. p. 139-155. *In*: NOLASCO, Rita *et al.* (Coord.) **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. São Paulo: RT, 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial, p. 143-187. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. HACHEM, Daniel Wunder (Trad.). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SALVO, Silvia Helena Picarelli Gonçalves Johnson di. **Mediação na Administração Pública** – o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23. *Apud* EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

SANTOS, Maurício Gomm; HLAVNICKA, Karin. Arbitragem e mediação na Administração Pública: um aceno sobre a realidade no Brasil e nos Estados Unidos da América. *In*: MOREIRA, António Júdice; *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020. p. 419-445.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública**: o direito de reclamação. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.) **Acordos administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação uma solução judiciousa para conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Mara Freire de; BUENO, Flavia Scarpinella. Mediação: uma solução adequada para os conflitos ambientais entre a Administração Pública e o administrado. *In*: MOREIRA,

António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020. p. 361-382.

SOUZA, Rodrigo Pagani; ALENCAR, Leticia Lins. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do direito público. *In*: VALIATI, Thiago Priess *et al.* (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SPENGLER NETO, Theobaldo; BECK, Augusto Reali. A busca de outras estratégias na resolução de conflitos. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). **Acesso à justiça e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013.

SUSSKIND, Lawrence; FIELD, Patrick. **Em crise com a opinião pública**: o diálogo como técnica fundamental para solucionar disputas. São Paulo: Futura, 1997.

TONIN, Mauricio Moraes. Mediação e administração pública: a participação estatal como parte e como mediador de conflitos. *In*: NASCIMBENI, Asdrubal Franco *et al.* (Coord.). **Temas de mediação e arbitragem III**. 3.ed. São Paulo: Lex Editora, 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VENTURI, Elton. A homologação judicial dos acordos coletivos no Brasil. *In*: MOREIRA, António Júdice *et al.* (Coord). **Mediação e arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020. p. 115-133.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação. *In*: DELGADO, José *et al.* Mediação: um projeto inovador. **Cadernos do CEJ**, 22. Brasília: CEJ, CJF, 2003. p. 42-50. Disponível sur : <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Acess le : 22 mar. 2021.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de uma sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999.

YARN, Douglas H. Dictionary of Conflict Resolution. São Francisco: Ed. Jossey Bass, 1999. p. 113. *Apud* AZEVEDO, André Gomma de (Org.). 2012. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. Processo, Autocomposição e Autodefesa, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 238. *Apud* AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: Uma breve análise de projetos-

piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponible sur : <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3>. Accès le : 21 mai. 2021.

THÈSES ET MÉMOIRES BRÉSILIENNES

COSTA, Andréa Abrahão. **Governança judicial e mediação institucionalizada de conflitos nos fóruns descentralizados de Curitiba**: uma abordagem sobre a possibilidade de democratização do Poder Judiciário. Curitiba, 2018. 280 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. 2019. 338 p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponible sur : <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/62542>. Accès le : 30 jul. 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

DICTIONNAIRES BRÉSILIENS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970. *In*: GREGÓRIO, Sérgio Biagi. Dicionário de Filosofia. Disponible sur : <https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/di%C3%A1logo>. Accès le : 24 fev. 2021.

BENCINI, Fabrizio. **Verbete: burocratização**. *In*: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Disponible sur : <https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/consenso>. Accès le : 12 de fev. 2021.

BRÉSIL. AGU. **Ementário dos Planos Nacionais de Negociação**. Disponible sur : <https://www.gov.br/agu/pt-br/acao-a-informacao/acoeseprogramas/planos-nacionais-de-negociacao/sobre>. Accès le : 06 jun. 2021.

BRÉSIL. AGU. CCAF. **Obter a resolução de conflitos através de procedimento de mediação (CCAF/CGU/AGU)**. Disponible sur : <https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-mediacao-de-conflitos-atraves-de-procedimento-de-conciliacao> Accès le : 09 ago. 2021.

BRÉSIL. AMB. FGV – IPESPE. **Estudo da imagem do Judiciário brasileiro**, dezembro de 2019. Disponible sur : https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Accès le : 30 maio 2021.

BRÉSIL. AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. Disponible sur : <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf> Accès le : 02 mar. 2021.

BRÉSIL. Agência Nacional de Energia Elétrica (Brasil). **Solução de divergências**: mediação. Brasília: ANEEL, 2008. Disponible sur : https://www.aneel.gov.br/documents/656835/16505063/2008_CadernosTematicosANEEL8.pdf/ff1f62ad-4450-457e-e8ac-e69c16648c58. Accès le : 18 jun. 2021.

BRÉSIL. ANS. **Norma de fiscalização da ANS recebe menção honrosa no Prêmio FGV Direito Rio**. Publicado em: 18/12/2018. Disponible sur : <http://ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4779-norma-de-fiscalizacao-da-ans-recebe-mencao-honrosa-no-premio-fgv-direito-rio>. Accès le : 05 jun. 2021.

BRÉSIL. ANS. **ANS celebra 10 anos da NIP, ferramenta para resolução de conflitos entre beneficiários e planos de saúde**. Publicado em: 05/08/2020. Disponible sur : <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5739-ans-celebra-10-anos-da-nip-ferramenta-para-resolucao-de-conflitos-entre-beneficiarios-e-planos-de-saude>. Accès le : 05 de junho de 2021.

BRÉSIL. CNJ. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponible no site: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Accès le : 04 mar. 2021.

BRÉSIL. IBGE. **Brasil em números**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponible sur : https://www.ibge.gov.br/biblioteca/visualizacao/periodicos/2/bn_2015_v23.pdf Accès le : 30 maio 2021.

BRÉSIL. IBGE. **Agência de notícias**. Disponible sur : <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28676-ibge-estima-populacao-do-pais-em-211-8-milhoes-de-habitantes>. Accès le : 30 jul. 2021.

BRÉSIL. IBGE. **O tamanho do Brasil**. Disponible sur : <https://cnae.ibge.gov.br/en/component/content/article/97-7a12/7a12-voce-sabia/curiosidades/1629-o-tamanho-do-brasil.html>. Accès le : 30 jul. 2021.

BRÉSIL. TJPR. Consulta. **Precatórios**: Estado do Paraná. Disponible sur : <https://www.tjpr.jus.br/documents/137030/34523563/Ordem+Cronol%C3%B3gica+de+Estado+do+Paran%C3%A1+-+04032021.pdf/9cf55809-7423-70de-266c-8323d3a595c4>. Accès le : 10 mar. 2021.

BRÉSIL. TJRS. **Acordo inédito sobre transporte coletivo de Porto Alegre é firmado no CEJUSC-Empresarial**. Publicado em: 24/09/2020. Disponible sur : <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/acordo-inedito-sobre-transporte-coletivo-de-porto-alegre-e-firmado-no-cejusc-empresarial/> Accès le : 30 jul. 2021

BRÉSIL. TJRS. **Credenciamento de Câmaras Privadas**. Disponible sur : <https://www.tjrs.jus.br/novo/institucional/o-tjrs/conselhos-comissoes-e-comites/nupemec/credenciamento/>. Accès le : 30 jul. 2021.

BRÉSIL. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente**: jurimetria para proposição de ações eficientes. Brasília: CNJ, 2019. Disponible sur : <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321> Accès le : 30 jul. 2021.

TEXTES NORMATIFS BRÉSILIENS

BRÉSIL. CFOAB. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponible sur : <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbriuPDF?LivroId=0000004085>. Accès le : 18 jun. 2021.

BRÉSIL. CNJ. **Resolução n. 125 de 29/11/2010**. Disponible sur : <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Accès le : 01 de junho de 2021.

BRÉSIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, 1988. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Código de Processo Civil 1973. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial**, Brasília, 1973. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 6.385, de 07 de dezembro de 1976. **Diário Oficial**, Brasília, 1976. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei dos juizados especiais. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial**, Brasília, 1995. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei de participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Lei 13.460, de 26 de junho de 2017. **Diário Oficial**, Brasília, 2017. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial**, Brasília, 1990. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei ação civil pública. Lei 7.347, de 24 julho de 1985. **Diário Oficial**, Brasília, 1985. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei de improbidade administrativa. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Diário Oficial**, Brasília, 1992. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei de Processo Administrativo Federal. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial**, Brasília, 1999. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Lei n. 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial**, Brasília, 2011. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. **Diário Oficial**, Brasília, 2013. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei de arbitragem. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial**, Brasília, 1996. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Diário Oficial**, Brasília, 1996. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. **Diário Oficial**, Brasília, 1997. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. **Diário Oficial**, Brasília, 2000. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001. **Diário Oficial**, Brasília, 2001. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Decreto n. 2.335, de 06 de outubro de 1997. Constitui a ANEEL. **Diário Oficial**, Brasília, 1997. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Portaria MME n. 349, de 28 de novembro de 1997. **Diário Oficial**, Brasília, 1997. Disponible sur : <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bprt1997349mme.pdf>. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial**, Brasília, 1998. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Resolução n. 388, de 25 de novembro de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponible sur : <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEzNg%3D%3D>. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial**, Brasília, 2019. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei do Governo Digital. Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021. **Diário Oficial**, Brasília, 2021. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Diário Oficial**, Brasília, 1993. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm#art4vi. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial**, Brasília, 1997. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19469.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Portaria AGU n. 11, de 08 de junho de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponible sur : <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-8-de-junho-de-2020-261278373>. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei dos juizados especiais federais. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. **Diário Oficial**, Brasília, 2001. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial**, Brasília, 1991. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213compilado.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, 2002. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522compilado.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei 9.985, de 18 de julho de 2000. **Diário Oficial**, Brasília, 2000. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, 2002. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. **Diário Oficial**, Brasília, 2001. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008. **Diário Oficial**, Brasília, 2008. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei Geral de Concessões e Permissões. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial**, Brasília, 1995. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei das Parcerias Público-Privadas. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial**, Brasília, 2004. Disponible sur :

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. **Diário Oficial**, Brasília, 2011. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei de Mediação. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei de Licitações e Contratos. Lei 14.133, de 01 de abril de 2021. **Diário Oficial**, Brasília, 2021. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial**, Brasília, 2019. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 13.867, de 26 de agosto de 2019. **Diário Oficial**, Brasília, 2019. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13867.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Accès le : 05 août 2021.

BRÉSIL. Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Diário Oficial**, Brasília, 1942. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Accès le : 05 août 2021.

AUTRES SOURCES

CAM-CCBC. **Regulamento de mediação 2016**. Disponible sur : <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/mediacao/regulamento-2016/>. Accès le : 28 jul. 2021.

CONIMA. **Página oficial**. Disponible sur : <https://conima.org.br/>. Accès le : 30 jul. 2021.

CONIMA. **Código de Ética para Mediadores**. Disponible sur : <https://conima.org.br/mediacao/codigo-de-etica-para-mediadores/>. Acesso 09 de jun. de 2021.

FRANCE

REVUES FRANÇAISES

ARTUS, Didier. L'An II de la médiation administrative État des lieux au tribunal administratif de Poitiers. **La Semaine Juridique – Édition Administrations et Collectivités Territoriales**, n. 9, LexisNexis, 2019.

AUBY, Jean-Bernard. La bataille de San Romano réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. **AJDA**, Paris, 2001. Disponible sur : <https://www-dalloz-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2001/0912>. Accès le : 12 jul. 2021.

BENARD-VINCENT, Georgina. Les enjeux de la médiation en droit administratif. **Contentieux administratif**, 28 jul. 2017. Disponible sur : <http://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>. Accès le : 08 out. 2019.

BOUHADANA, Irène; GILLES, William. De L'Esprit des Gouvernements Ouverts. **International Journal of Open Governments**, Paris, v. 4, 2017. Disponible sur : <http://ojs.imodev.org/index.php/RIGO>. Accès le : 10 jun. 2020.

CADIET, Loïc. L'accès à la justice – réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice. **Recueil Dalloz**, Paris, n. 10/7723^e, 09 mars 2017. Disponible sur : <https://www-dalloz-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2017/0263> Accès le : 05 dez. 2019.

CAILLE, Pascal. Contentieux administratif – Troisième Partie – Titre I – Chapitre II, Chapitre II: L'exécution de la décision juridictionnelle: **Revue générale du droit *on line***, 2017, numéro 26699. Disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=26699>. Accès le : 30 jun. 2021.

CHEVALLIER, Jacques. Contractualisation(s) et action publique. **RFDA** n. 2, Paris, 2018.

CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif vu de la science administrative. **AJDA**, n. 7, Paris, 2013.

COHENDET, Marie-Anne. Une crise de la représentation politique? **Cités**, vol. 18, no. 2, 2004, pp. 41-61.

DE CACQUERAY, Sophie; HUTIER, Sophie *et al.* Procédure législative et QPC. *In: Conseil constitutionnel*, Titre VII, Paris, octobre 2020. p. 164-177. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-titre-vii-2020-octobre-page-164.htm>. Accès le : 30 jul. 2021.

GONOD, Pascale. Le Code des relations entre le public et l'administration : retour sur les difficultés de codifier la procédure administrative. **Droit Administratif** n. 8-9, Août 2016, 2. Paris: LexisNexis, 2016. Disponible en <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 set. 2020.

LE FOLL, Yann. Conditions d'homologation d'un accord de médiation. **Le Quotidien**, 17 août 2018. Disponible sur : <https://www.lexbase.fr/revue-juridique/46942454-edition-du-17-08-2018>. Accès le : 17 jul. 2021.

MAILLOT, Jean-Marc. L'indisponibilité des compétences en droit public français. **Petites Affiches**, Paris, n. 194, p. 3, sept. 2004. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200419401?em=L%27indisponibilit%C3%A9%20des%20comp%C3%A9tences%20en%20droit%20public%20fran%C3%A7ais>. Accès le : 02 août. 2021.

MIGNON, Vincent Brenot Emmanuelle. Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs? **ARTICLE Public – Réglementaire – Environnement**, 05 fev. 2018. Disponible sur : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-litiges-administratifs>. Accès le : 08 oct. 2019.

MINET-LELEU, Alice. La médiation administrative. **Revue du Droit Public**, Paris, n. 5, p. 1191, set. 2017. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/revue-du-droit-public/RDP2017-5-006?em=m%C3%A9diation%20administrative>. Accès le : 30 jul. 2021.

NURET, Bertrand. Administration/Citoyens – La médiation en droit public: d'une chimère à une obligation? **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales**, n. 9, 2019. Disponible sur : <https://www.lexis360.fr>. Accès le : 20 set. 2020.

PERRINEAU, Pascal. Le grand débat national : la démocratie participative à grande échelle. **Pouvoirs**, 2020/4, n° 175, p. 113 à 129, p. 113-120. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2020-4-page-113.htm>. Accès le : 07 jan. 2021.

PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations : le changement dans la continuité (1re partie). **Petites affiches**, n. 32, 14/02/2001, p. 4. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103201?em=PISSALOUX>. Accès le : 20 set. 2020.

PISSALOUX, Jean-Luc. Relations des citoyens avec les administrations: le changement dans la continuité (suite et fin). **Petites affiches**, n.33, 15/02/2001, p. 5. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/PA200103302?em=pissaloux>. Accès le : 20 set. 2020.

RENAUDIE, Olivier. La genèse complexe du défenseur des droits, p. 397-408. **Revue Française d'Administration Publique**, n° 139, 2011/3. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administrationpublique-2011-3-page-397.htm>. Accès le : 10 jan. 2021.

SAISON-DEMARS, Johanne. Contractualisation et règlement des litiges administratifs. **RFDA**, Paris, n. 2, 2018.

SVANDRA, Philippe. Repenser l'éthique avec Paul Ricœur. Le soin entre responsabilité, sollicitude et justice. **Recherche en soins infirmiers**, Paris, v. 124, n. 1, 2016, p. 19-27. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-recherche-en-soins-infirmiers-2016-1-page-19.htm>. Accès le : 13 jul. 2021.

TROSA, Sylvie. L'intérêt général: une réalité introuvable? **Lavoisier: Gestion & Finances Publiques**, n. 3, p. 82-87, 2017/3. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-gestion-et-finances-publiques-2017-3-page-82.htm>. Accès le : 05 jul. 2021.

VERDIER, Henri; VERGNOLLE, Suzane. L'Etat et la politique d'ouverture en France. **L'Actualité Juridique en Droit Administratif – AJDA**. n. 2, 2016, p. 65-120. DALLOZ: Paris, 2016.

VIALETES, Maud; SARIGNY, Cécile Barrois de. L'architecture du Code des relations entre le public et l'administration. **Droit Administratif**, n. 8-9, Août 2016, 3. Paris: LexisNexis, 2016.

VIAUT, Laura. Les avocats et notaires face aux MARC: un retour de la proximité judiciaire? **Petites affiches**, n. 188, 18/09/2020. Disponible sur : <https://www-labase-lextenso-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/petites-affiches/LPA152c0>. Accès le : 20 set. 2020.

OUVRAGES FRANÇAISES

ARTUS, Didier. La médiation en marche. *In*: CLAEYS, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges em droit administratif**. Poitiers: PUJ de Poitiers, 2018. p. 119-123.

AUDONNE, Nadine. Le défenseur des droits, autorité constitutionnelle. *In*: CLAEYS, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges em droit administratif**. Poitiers: PUJ de Poitiers, 2018.

BOUSSARD, Sabine. La souplesse des modes alternatifs au règlement des litiges administratifs, p. 67-81. *In*: CLAEYS, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges em droit administratif**. Poitiers: PUJ de Poitiers, 2018.

BROYELLE, Camille. La juridictionnalisation des MARLs. *In*: CLAEYS, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges em droit administratif**. Poitiers: PUJ de Poitiers, 2018. p. 99-104.

CADIET, Loïc ; CLAY, Thomas. **Les modes alternatifs de règlement des conflits**. 3.ed. Paris : Dalloz, 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 6.ed. Paris: PUF, 2019.

CHRETIÉN, Patrice; CHIFFLOT, Nicolas; TOURBE, Maxime. **Droit Administratif**. 17.ed. Paris: Sirey, 2020.

CIMAMONTI, Sylvie; PERRIER, Jean-Baptiste (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ: Issy-les-Moulineaux, 2019.

CLAEYS, Antoine. Résoudre autrement les différends avec l'administration: l'éclairage des droits étrangers. *In*: CLAEYS, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges em droit administratif**. Poitiers: PUJ de Poitiers, 2018. p. 23-42.

DUGUIT, Léon. **L'État le droit objectif et la loi positive**. Paris: Dalloz, 2003.

FAUTRE-ROBIN, Aurélia. Rôle et intérêt de la déjudiciarisation. *In*: CIMAMONTI, Sylvie; PERRIER, Jean-Baptiste (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ: Issy-les-Moulineaux, 2019.

FRICERO, Natalie; MAZEAUD, Vincent. Domaine et méthodes de la déjudiciarisation. *In*: CIMAMONTI, Sylvie; PERRIER, Jean-Baptiste (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ: Issy-les-Moulineaux, 2019.

GAUDIN, Jean Pierre. **Gouverner par contrat**: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences PO, 1999.

GIRARD, Anne-Laure. Régler autrement les conflits avec l'Administration: quelques enseignements de l'histoire. *In*: CLAEYS, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges em droit administratif**. Poitiers: PUJ de Poitiers, 2018. p. 7-21.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: PUF, 2020.

GUINCHARD, S.; DEBARD, Th. (dir.) Lexique des termes juridiques. 18a ed, 2011, v. Déjudiciarisation. *Apud*: FRICERO, Natalie. Notion et définition de la déjudiciarisation. *In*: CIMAMONTI, Sylvie; PERRIER, Jean-Baptiste (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. LGDJ: Issy-les-Moulineaux, 2019.

LE BOT, Olivier. La sécurisation des MARL par le juge administrative. *In*: CLAEYS, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges em droit administratif**. Poitiers: PUJ de Poitiers, 2018. p. 85-98.

MAZEAUD, Vincent. Efficacité des modes déjudiciarisés. *In*: CIMAMONTI, Sylvie; PERRIER, Jean-Baptiste (Dir.) **Les enjeux de la déjudiciarisation**. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2019.

MELLERAY, Fabrice. La typologie des modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, p. 61-66. *In*: CLAEYS, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Dir.). **Les modes alternatifs de règlement des litiges em droit administratif**. Poitiers: PUJ de Poitiers, 2018.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 9.ed. Paris: Montchrestien, 2005.

NORMAND, Jacques. Clôture sur médiation. CADIET, Loïc (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution**: alternative à la justice ou justice alternative?: perspectives comparatives. Paris: Litec, Lexis Nexis, 2005.

OTEIZA, Eduardo. ADR methods and the diversity of cultures: the latin american case. p. 161-177. *In*: CADIET, Loïc (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution**: alternative à la justice ou justice alternative?: perspectives comparatives. Paris: Litec, Lexis Nexis, 2005.

PLESSIX, Benoît. **Droit administratif général**. 3.ed. Paris: LexisNexis, 2020.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 21. ed. Paris: Dalloz, 2006.

ROUSSEAU, Dominique. L'ouverture du droit constitutionnel aux tiers pouvoirs *In*: HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane (Dir.) **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux**. Paris: Éditions Kimé, 2012. p. 159-164.

SIX, Jean-François. Le temps des médiateurs, p. 164. *Apud* GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La médiation**. Paris: PUF, 2020.

STORME, Marcel. Préface. CADIET, Loïc (Dir.) **Médiation & arbitrage alternative dispute resolution: alternative à la justice ou justice alternative?: perspectives comparatives**. Paris: Litec, Lexis Nexis, 2005.

VEL, Guy De. Les MARC/ADR au Sein du Conseil De L'Europe: État et Esprit du Règlement Amiable des Différends dans L'Europe des Droits de L'Homme. CADIET, Loïc. (Dir.) coll. **Médiation et arbitrage: alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives**. LexisNexis, Paris, 2005.

WALZER, Michael. Les sphères de la Justice. *Apud* ROUSSEAU, Dominique. L'ouverture du droit constitutionnel aux tiers pouvoirs, p. 159-164. *In*: HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane (Dir.) **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux**. Paris: Éditions Kimé, 2012.

THÈSES ET MÉMOIRES FRANÇAISES

GRAF, Kathrin. **La médiation : une approche constructive à la hauteur des conflits de notre temps**. Un pont possible entre la justice et la paix dans un monde pluraliste. Thèse pour le doctorat en science politique, le 27 novembre 2017. Paris : Panthéon-Assas Paris II.

ÉTUDES ET RAPPORTS OFFICIELS FRANÇAISES

FRANCE. Conseil d'État. La citoyenneté – Être (un) citoyen aujourd'hui. **Les rapports du Conseil d'État**. Paris, 27 set. 2018. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2018-la-citoyennete-etre-un-citoyen-aujourd-hui>. Accès le : 10 jul. 2021.

FRANCE. Conseil d'État. **Le contrat, mode d'action publique et de production de normes**. Dossier de presse. Rapport public 2008, Paris, 2008. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/rapports-publics/le-contrat-mode-d-action-publique-et-de-production-de-normes-rapport-public-2007>. Accès le : 13 jul. 2021.

FRANCE. **Conseil d'État**. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-conseil-d-etat-signe-une-convention-pour-promouvoir-la-mediation>. Accès le : 30 jul. 2021.

FRANCE. **Conseil d'État**. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-mediation-en-matiere-administrative-signature-d-une-convention-entre-le-conseil-d-etat-et-le-conseil-national-des-barreaux>. Accès le : 30 jul. 2021.

FRANCE. **Défenseur des droits**. Disponible sur : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/competences/services-publics>. Accès le : 30 jul. 2021.

FRANCE. INSEE. **Statistiques**. Disponible sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1405599?geo=FE-1>. Accès le : 30 jul. 2021

FRANCE. **Rapport 2020 du Médiateur national du Pôle Emploi**. 10 mai. 2021. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/279791.pdf>. Accès le : 15 jun. 2021.

FRANCE. CECMC. **Ministère de l'économie des finances et de la relance**. Disponible sur : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/mediateurs-references>. Accès le : 30 jul. 2021.

FRANCE. CNMA. **Conseil national des barreaux: Convention Cadre**. Disponible sur : <https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/dossier-de-presse-mediation.pdf>. Accès le : 30 jul. 2021.

FRANCE. **La justice est-elle trop lente?** Fiche thématique, 11 jun. 2019. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/fiches/38062-delai-raisonnable-et-lenteur-des-decisions-de-justice>. Accès le : 17 jul. 2021.

TEXTES NORMATIFS

FRANCE. **Constitution du 4 octobre 1958**. Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Accès le : 12 jul. 2021.

FRANCE. **Loi constitutionnelle n. 2008-224, du 23 juillet 2008** : de modernisation des institutions de la Cinquième République. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000019237256>. Accès le : 07 fév. 2021.

FRANCE. **Loi n. 2011-333, du 29 mars 2011**. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000021029382/>. Accès le : 07 fév. 2021.

FRANCE. **Loi n. 2011-334, du 29 mars 2011**. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000023781252/>. Accès le : 07 fév. 2021.

FRANCE. **Décret n. 2018-101 du 16 février 2018**: portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000036608557/2021-07-16/>. Accès le : 16 jul. 2021.

FRANCE. **Loi n. 2011-525 du 17 mai 2011**. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000024021430>. Accès le : 24 jan. 2021.

FRANCE. **Loi n. 2016-1547 du 18 novembre 2016**. Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933?tab_selection=all&searchField=ALL&query=code+de+justice+administrative&searchType=ALL&typePaging=n=DEFAULT&pageSize=10&page=1&tab_selection=all#all. Accès le : 10 mar. 2021.

FRANCE. **Loi n. 2018-727 du 10 août 2018**. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000037307624/2021-01-23>. Accès le : 23 jan. 2021.

FRANCE. **Code de justice administrative**. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070933/>. Accès le : 12 jul. 2021.

JURISPRUDENCE

FRANCE. **Conseil d'État**, 3918409, Sté Foncière Europe, décembre 2016, Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000033581177/>. Accès le : 28 jul. 2021.

FRANCE. **Conseil d'État**, 78829, Arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, le 20 octobre 1972. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007642995/>. Accès le : 28 jul. 2021.

FRANCE. **Conseil Constitutionnel**, Dec. n. 2019-778 DC, 21 mars 2019. Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm>. Accès le : 17 jul. 2021.

FRANCE. **TA Poitiers**, n° 1701757, 12 juillet 2018. Disponible sur : <http://poitiers.tribunal-administratif.fr/content/download/139098/1408234/version/1/file/TA86%20-%201701757%20ano.pdf>. Accès le : 17 jul. 2021.

AUTRES SOURCES

CLUB DES MÉDIATEURS DE SERVICES AU PUBLIC. Site officiel. Disponible sur : <https://clubdesmediateurs.fr/>. Accès le : 20 jun. 2021.

EUROSTAT. **Government expenditure on public order and safety**. Disponible sur : https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Government_expenditure_on_public_order_and_safety#Expenditure_on_public_order_and_safety_by_type_of_transaction et https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/2/2e/Total_general_government_expenditure_on_public_order_and_safety%2C_2016_%28%25_of_GDP_%25_of_total_expenditure%29.png. Accès le : 30 jul. 2021.

PRÉSENTATIONS

BOURGES, Fernanda Schuhli. **Médiation avec l'administration publique** – une voie possible pour la mise en œuvre du gouvernement ouvert. Academic days on open government and digital issues – IMODEV, Paris, 03 nov. 2020.

SOURCES D'AUTRES PAYS

REVUES

ALEXY, Robert. Rights, legal reasoning and rational discourse. **Ratio Juris**. Vol. 5, n. 2, July 1992. p. 143-152.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e Direito Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p.247-254, jul./dic. 2014.

BOURGÉS, Fernanda Schuhli. Administração Pública dialógica: em busca da concretização isonômica de direitos fundamentais sociais. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 5, n. 1, p. 29-53, ene./jun., 2018.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: A manifesto. **I CON**. Oxford, v. 10, p. 603-613, 2012. Disponible sur : <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/10/3/603/673508> 29. Accès le : 29 jul. 2020.

LEGRAND, Pierre. The impossibility of legal transplants. **Maastricht J. Eur. & Comp. L.**, Holanda, v. 4, 2, p. 111-124, 1997.

LEGRAND, Pierre. On the singularity of law. **Harvard International Law Journal**, 47, p. 517-530, 2006.

LOURENÇO, Nelson. Globalização e glocalização. O difícil diálogo entre o global e o local. **Mulemba – Revista Angolana de Ciências Sociais**, 4 (8), 2014. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/mulemba/203>. Accès le : 28 jul. 2021.

RIVERO, Antole; CAMARATTA, Martín. Nuevos paradigmas desde la Administración Pública para la tutela efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 2, p. 123-142, jul./dic. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social) **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 2, p. 7-30, jul./dic. 2015.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the Multi-Door Courthouse. **University of St. Thomas Law Journal**, v. 5, p. 665-674, 2008. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221. Accès le : 03 jun. 2021.

OUVRAGES

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPITANT, David. L'influence du droit communautaire sur le contentieux administratif français : l'exemple des marchés publics, p. 29-47. In: PARISIO, Vera (Dir.) **Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali**. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

HÉON, François *et al.* Mary Parker Follett: Change in the Paradigm of Integration. In: SZABLA D.; PASMORE B.; BARNES M.; GIPSON A. **The palgrave handbook of organizational change thinkers**. London: Palgrave MacMillan, 2017. Disponible sur : https://www.researchgate.net/publication/318578862_Mary_Parker_Follett_Change_in_the_Paradigm_of_Integration. Accès le : 28 jun. 2021.

NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DICTIONNAIRES

BÖSCH, Richard. Conflict Escalation. **Oxford Research Encyclopedia of International Studies**. 20 Nov. 2017. Disponible sur : <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore/9780190846626-e-82>. Accès le : 16 mai. 2021.

SOURCES EUROPÉENES

CONSEIL EUROPÉEN. **A new strategic agenda 2019-2024**. Disponible sur : <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf>. Accès le : 17 jul. 2021.

CONSEIL DE L'EUROPE. **CEPEJ**. Disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/cepej/home>. Accès le : 15 jul. 2021.

CONSEIL DE L'EUROPE. **CEPEJ-GT-MED**. Disponible sur : <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/mediation>. Accès le : 15 jul. 2021.

CONSEIL DE L'EUROPE. **CEPEJ(2007)15**. Disponible sur : <https://rm.coe.int/1680747c2e>. Accès le : 15 jul. 2021.

CONSEIL DE L'EUROPE. CEPEJ. **Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States**. Strasbourg, 12 mar. 2021, p. 585-586. Disponible sur : https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/part_2_-_eu_scoreboard_-_country_fiches_-_deliverable.pdf. Accès le : 15 jul. 2021.

CONSEIL DE L'EUROPE. **Recommandation Rec(2001)9**. Disponible sur : https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805e2a35. Accès le : 17 jul. 2021.

UNION EUROPÉENNE. **Tratado sobre o projeto de Constituição para a União Europeia.** Disponible sur : https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf. Acceso: 11 de jun. de 2021.

UNION EUROPÉENNE. **Directive 2008/52/CE.** Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32008L0052>. Accès le : 20 jul. 2021.

UNION EUROPÉENNE. **CEDH**, 1re sect., 26 mars 2015, Momčilović c. Croatie, n° 11239/11: Procédures 2015, comm. 159, N. Fricero. Disponible sur : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-10566>. Acces le : 15 juillet 2021.

AUTRES SOURCES INTERNATIONALES

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). IDH 2019. **Human Development Report.** 2020. Disponible sur : <http://hdr.undp.org/>. Accès le : 21 jul. 2021.

OEA. Organisation des États américains. **Convention américaine des droits de l'homme** Disponible sur : <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Accès le : 01 jun. 2021.

OEA. Organisation des États américains. **Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme.** Disponible sur : <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Accès le : 01 jun. 2021.

ONU BRASIL. **Brasil assina a Convenção de Singapura sobre Mediação das Nações Unidas.** Publicado em: 08/06/2021. Disponible sur : <https://brasil.un.org/pt-br/130591-brasil-assina-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-das-nacoes-unidas>. Accès le : 30 jul. 2021.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponible sur : <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202009150200/128081/diploma/indice>. Accès le : 08 nov. 2020.

THE WHITE HOUSE. **The Obama administration's commitment to open government:** Status Report, 2011, p. 4-5. Disponible sur : https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/opengov_report.pdf. Accès le : 10 ago. 2020.

TABLE DE MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	4
RÉSUMÉ.....	8
ABSTRACT	9
RESUMO.....	10
LISTE D'ABREVIATIONS	11
SOMMAIRE	12
1 INTRODUCTION.....	14
2 L'ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE : DE NOUVEAUX HORIZONS AUX RELATIONS ENTRE LES PEUPLES ET L'ÉTAT	22
2.1 FONCTION ADMINISTRATIVE DÉMOCRATIQUE.....	31
2.1.1 Le droit à une bonne administration : participation dans un espace administratif de dialogue.....	40
2.1.2 Vers l'horizontalisation des relations entre le public et l'Administration en France	46
2.2 LA CONSTRUCTION D'UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE DIALOGIQUE.....	54
2.2.1 Perspectives dialogiques-démocratiques pour l'intérêt général.....	59
2.2.2 La contractualisation en tant qu'instrument de l'administration publique dialogique-démocratique.....	74
3 LA COMPOSITION ADMINISTRATIVE AMIABLE COMME MODE PRIORITAIRE ET PRÉVENTIF DE RÉOLUTION DES LITIGES ENTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES PARTICULIERS.....	86
3.1 L'ABSENCE DE COMPOSITION ADMINISTRATIVE, LA JUDICIARISATION EXCESSIVE CONTRE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES PREJUDICES POSSIBLES A L'INTERET GENERAL	92
<i>a) Distorsion des fonctions de l'État, omission dans l'action administrative et l'administration judiciaire.....</i>	<i>96</i>
<i>b) Des demandes complexes, uniquement des solutions juridiques, sans la participation des personnes concernées, un manque de connaissances et de conditions pour établir des mesures prospectives, des évaluations, des ajustements et une planification.</i>	<i>99</i>
<i>c) Retard des procédures judiciaires, perte de droits ou réalisation tardive.....</i>	<i>101</i>
<i>d) Dépenses inutiles de ressources financières et humaines par l'État, soit par le Pouvoir judiciaire, soit par l'exécutif.</i>	<i>103</i>
<i>e) Résolution du cas concret, individualisation, violation éventuelle de l'isonomie.</i>	<i>105</i>
<i>f) Contribution à des relations conflictuelles et polarisées entre les particuliers et la puissance publique, division et diminution de la réalisation des intérêts publics dans lesquelles tout le monde est perdant.</i>	<i>107</i>
3.2 LE SYSTEME JURIDIQUE BRESILIEN ET LA PRIORITE A LA SOLUTION CONSENSUELLE DES CONFLITS ADMINISTRATIFS AVEC LES PARTICULIERS .	113

3.3 LA MÉDIATION COMME MÉCANISME RÉGLEMENTANT À L'AMIABLE LA
RÉSOLUTION ET LA PRÉVENTION DES CONFLITS ENTRE L'ADMINISTRATION
PUBLIQUE ET LES PARTIES PRIVÉES 129

3.4 CARACTÉRISTIQUES DU PROCESSUS DE MÉDIATION ET POSSIBILITÉ DE
RENOUVELLEMENT DES RELATIONS JURIDIQUES ENTRE LES PARTIES PRIVÉES
ET L'ADMINISTRATION 141

4 LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE COMME MOYEN APPROPRIÉ DE RÉSOLVRE ET DE PRÉVENIR LES CONFLITS DANS UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE DÉMOCRATIQUE - POSSIBILITÉS DE MISE EN ŒUVRE.....158

4.1 MÉDIATION ET ADMINISTRATION PUBLIQUE – OBSTACLES POSSIBLES ET
COMPATIBILITÉ..... 159

a) l'inégalité entre les parties – administration et particuliers;..... 160

*b) changement du rôle joué par les personnes impliquées dans la solution du conflit – de la
passivité à la participation active de chaque acteur ; 163*

c) espace de médiation et compatibilité avec la légalité administrative;..... 164

d) la confidentialité de la médiation et de la publicité administrative. 170

4.2 LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE COMME MÉCANISME D'AMÉLIORATION
DE LA RÉALISATION DES INTÉRÊTS GÉNÉRAUX..... 174

4.3 LES DÉFIS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE - UN
NOUVEL OUTIL POUR LA FONCTION ADMINISTRATIVE 199

*a) Perception du changement de paradigme et de culture – du contradictoire et du judiciaire
au dialogue et à la résolution amiable. 201*

*b) Réflexions sur le contenu et les limites de la médiation – en lien avec le régime
administratif..... 205*

c) La motivation solide et conséquentialiste et la procéduralisation adéquate. 216

5 PERSPECTIVES COMPARÉES DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE EN FRANCE – PROPOSITIONS DE MISE EN ŒUVRE AU BRÉSIL226

5.1 ASPECTS DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE EN FRANCE 229

5.2 ASPECTS DE LA MÉDIATION ADMINISTRATIVE AU BRÉSIL - PERSPECTIVES
COMPARATIVES AVEC LA FRANCE 247

5.3 PROPOSITIONS POUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA MÉDIATION
ADMINISTRATIVE AU BRÉSIL 267

*a) La prise de conscience de la pertinence et des avantages des méthodes de règlements
amicales; 268*

b) Sensibilisation et intégration de la communauté juridique ; 268

c) Information et des expériences avec la collectivité ; 269

d) Procéder à une cartographie des conflits ; 269

e) Élaboration des projets expérimentaux ; 269

f) La réglementation administrative ; 270

g) Réglementation du fonctionnement intérieur de l'Administration vers le dialogue ; 270

*h) Systématisation des modèles propres de résolution administrative des conflits par un
Design of Disputes System – DSD ; 270*

<i>i) La médiation préalable obligatoire : un devoir pour l'Administration, un droit pour le particulier</i>	273
5.3.1 Structures de médiation et médiateurs	276
6 DERNIÈRES CONSIDÉRATIONS	284
BIBLIOGRAPHIE	297
TABLE DE MATIÈRES	324