

## Du Médiateur de la République au Défenseur des droits

Hélène Simonian-Gineste  
Maître de conférences HDR  
Université Toulouse I Capitole  
Institut Maurice Hauriou

### Résumé

Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, présidé par Edouard Balladur, proposa en 2008 au gouvernement la création d'un Défenseur des droits fondamentaux en lieu et place du Médiateur de la République, créé en 1973. Pouvant saisir le Conseil constitutionnel, absorbant les autorités administratives indépendantes oeuvrant déjà dans la défense des droits, directement accessible aux victimes de violations de leurs droits, la nouvelle institution devait marquer une vraie rupture. Or, de cette proposition ambitieuse à son aboutissement final en 2011 que de reculs, de critiques, de modifications ! Et que de lenteur pour un résultat accueilli avec scepticisme par la doctrine regrettant une réforme en demi-teinte.

Mots-clés : médiation, défense des droits, autorités administratives indépendantes

An advisory Committee, presided by Edouard Balladur, in charge of proposing the modernization and readjusting of the French institutions, suggested in 2008 that the French government created the position of the Defender of Fundamental Rights *in lieu of* the Mediator of the French Republic set up in 1973. This new institution was to concentrate all the powers of the former independent government agencies concerning the protection of rights ; it was directly accessible to the victims of violations of such rights, and it could directly refer cases to the Constitutional Council ; thus it was meant to embody a real change in that area. However, from its planning phase to its official setting up in 2011, it underwent many criticisms, many setbacks, many changes and the slowness of the whole process was eventually met with scepticism and mixed feelings by the legal experts.

Keywords: mediation, rights, former independent government agencies.

En France, le « médiateur »<sup>1</sup>, transposition de l'ombudsman scandinave<sup>2</sup>, fut créé par la loi du 3 janvier 1973<sup>3</sup>. Il était chargé de faire des recommandations en vue « régler les difficultés »<sup>4</sup> rencontrées par les administrés en raison d'un dysfonctionnement<sup>5</sup> de l'Administration<sup>6</sup>. Il ne pouvait être saisi par les administrés dont les réclamations devaient être adressées à un parlementaire qui les transmettait<sup>7</sup>. Il agissait par voie de recommandations dénuées de force juridique contraignante. Il

---

<sup>1</sup> La loi parlait de la création d' « un médiateur » sans majuscule. La majuscule apparaîtra avec le changement de dénomination en Médiateur de la République. Pour notre part, nous l'écrivons toujours avec la majuscule.

<sup>2</sup> Au XVIII<sup>e</sup> siècle, la médiation judiciaire est apparue dans le domaine des institutions publiques sous la figure de l'*ombudsman*, d'abord en Suède, puis dans les pays scandinaves, et enfin un peu partout en Europe et même au-delà. Pour un aperçu général, voir *La médiation : quel avenir ?* Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, Paris, 1998, ed.. Le Médiateur de la République : ROBERT Jacques « L'origine et le développement de la médiation dans les institutions publiques », p. 33-47 ; OOSTING Marten, « Le médiateur dans une perspective mondiale », p. 48-55. JACOBY Daniel, « Le développement de l'Ombudsman à l'échelle du monde », p. 58-72.

<sup>3</sup> Loi 73-6 1973, JORF du 4 janvier 1973, rectificatif JORF du 6 janvier 1973, p.164 ; modifiée par la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976, JORF du 28 décembre 1976, p. 7493, par la loi n°89-18 du 13 janvier 1989, JORF du 14 janvier 1989, p. 542, par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, JORF du 13 avril 2000, p. 5646.

<sup>4</sup> C'est l'expression employée par l'article 8 de la loi du 3 janvier 1973.

<sup>5</sup> L'article 6 de la loi du 3 janvier 1973 parle d'un organisme qui n'a pas fonctionné conformément à sa mission de service public .

<sup>6</sup> Plus précisément des administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et de tout organisme investi d'une mission de service public. Art. 1<sup>er</sup> , al. 1, loi du 3 janvier 1973.

<sup>7</sup> Art. 6 al. 1, loi du 3 janvier 1973. Le parlementaire transmettait s'il estimait que la réclamation entraînait dans la compétence du Médiateur et méritait son intervention.

rendait compte de son action au Président de la République et au Parlement au travers d'un rapport annuel<sup>8</sup>.

Comme en Espagne le Défenseur du peuple<sup>9</sup>, le Médiateur fut mal accueilli<sup>10</sup>. Cependant, l'institution parvint peu à peu s'affirmer. D'abord, sous l'impulsion d'Antoine Pinay (1971-1974) et surtout d'Aimé Paquet (1974-1980), un important travail d'institutionnalisation fut accompli<sup>11</sup> et un décret du 18 février 1986<sup>12</sup> officialisa la création de correspondants départementaux, les « délégués départementaux »<sup>13</sup>. Ensuite, diverses actions de communication pour une plus grande notoriété furent menées<sup>14</sup> et Paul Legatte (1986-1992) apporta une dimension théorique et doctrinale à l'institution par sa réflexion sur l'équité<sup>15</sup>. C'est durant cette période que le Médiateur prit le nom de « Médiateur de la République »<sup>16</sup>. Parallèlement, son domaine d'intervention s'étendit<sup>17</sup>, ses pouvoirs et son autorité à l'égard de l'Administration s'accrurent et sa saisine (toujours indirecte) s'élargit<sup>18</sup>. Ainsi, l'institution finit-elle par trouver sa place et n'apparut plus comme « un gadget institutionnel » mais comme « une véritable autorité dont le rôle est indispensable »<sup>19</sup>.

Et qu'en était-il en matière de défense des droits et libertés ? La loi du 3 janvier 1973 n'en soufflait mot, ni ses modifications successives. Or, dès 2004, l'action du Médiateur allait s'orienter vers la défense des droits, sous l'impulsion de Jean-Paul Delevoye (2004-2011) : liens entre avec le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, participation à une mission de suivi de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, participation à des rencontres internationales organisées par des regroupements d'ombudsmans<sup>20</sup>. L'ajout d'une activité de défense

---

<sup>8</sup> Art. 14, loi du 3 janvier 1973.

<sup>9</sup> GIL-ROBLÈS Alvaro, « Le Défenseur du peuple espagnol et garanties constitutionnelles », RFAP 2001/3 n° 139, p. 478.

<sup>10</sup> Voir ROBERT Jacques, « L'origine et le développement de la médiation dans les institutions publiques », précité, p. 35.

<sup>11</sup> REVILLARD Anne (coordinatrice), BAUDOT Pierre-Yves, CHAPPE Vincent-Arnaud, RIBEMONT Thomas, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République*, rapport final d'une recherche menée dans le cadre d'une convention de recherches avec la Mission de recherche droit et justice, Paris XII, CERAL, p. 34.

<sup>12</sup> Décret n°86-237 du 18 février 1986, JORF du 25 février 1986, p. 2965. En 1991, ils constituent le pilier essentiel de l'institution. Voir REVILLARD Anne et *alii*, rapport précité, p. 46.

<sup>13</sup> Ils sont nommés par le Médiateur de la République. Le décret leur permet de recevoir des plaintes déposées par les parlementaires, mais ils ne peuvent décider de façon autonome d'instruire un dossier. Ils ne procèdent à l'examen des réclamations qu'à la demande du Médiateur qu'ils tiennent informé des affaires en cours. Voir REVILLARD Anne et *alii*, rapport précité, p. 178-301. En 2005, la loi élargit leur rôle à l'information et l'assistance à la présentation des réclamations et à la participation au règlement des difficultés dans leur ressort géographique (loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 82, JORF n°0179 du 3 août 2005, p. 12639).

<sup>14</sup> Mandat de Pierre FABRE (1980-1986).

<sup>15</sup> LEGATTE Paul, BARBE Anne, *Le principe d'équité : défendre le citoyen face à l'administration*, Paris, 1992, Presse de la Renaissance. La notion, absente de la loi du 3 janvier 1973, est introduite par la loi précitée du 26 décembre 1976. Désormais, le Médiateur peut recommander à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation de l'auteur de la réclamation. Il peut aussi suggérer des réformes visant à remédier à des solutions inéquitables selon l'art. 9 al. 2. L'alinéa 3 ajoute le pouvoir de suggérer des modifications opportunes aux dispositions législatives et réglementaires dont l'application aboutit à des situations inéquitables.

<sup>16</sup> *Brevitatis causa*, désigné par « le Médiateur » dans le reste du texte. Dès 1980, Pierre FABRE usa le premier de l'appellation. Sous le mandat de Paul LEGATTE, elle fut imprimée sur les rapports annuels du Médiateur et finalement reprise par la loi du 13 janvier 1989 précitée.

<sup>17</sup> Il est chargé de la médiation postale et en matière de sécurité des soins. Voir BAUDOT Pierre-Yves, REVILLARD Anne, « Le médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », RFAP 2001/3 n° 139, p. 343.

<sup>18</sup> Voir infra II. B.

<sup>19</sup> PELLETIER Jacques dans le cadre du « Dialogue sur l'avenir de l'institution », Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, précité, p. 113.

<sup>20</sup> Association des ombudsmans et médiateurs de la francophonie, réseau des médiateurs européens, Association des ombudsmans de la Méditerranée. Voir BAUDOT Pierre-Yves, REVILLARD Anne, « Le médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », précité, p. 346, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République*, précité, p. 164-176.

des droits à celle de médiation de celle d'une s'était donc progressivement mis en place de telle sorte que, finalement, le remplacement du Médiateur par un Défenseur des droits apparaissait comme la suite logique ou tout au moins dans la continuité de l'évolution de l'institution. Or, justement, supprimer le Médiateur et le remplacer par un « Défenseur des droits fondamentaux » fut la proposition que fit le comité Balladur<sup>21</sup>. À l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette proposition trouva son aboutissement dans l'insertion d'un nouveau titre XI *bis* intitulé<sup>22</sup> « Le Défenseur des droits », constitué d'un seul article 71-1<sup>23</sup>, très concis, laissant à la loi (organique<sup>24</sup> et ordinaire<sup>25</sup>) le soin de le compléter largement. Mais, en réalité, l'ambition du comité de créer une institution inédite fut partiellement déjouée par le Gouvernement et le Parlement (I). Le résultat final fut une réforme « normalisée » (II).

### I Une ambition partiellement déjouée

La proposition n° 76 que fit dans son rapport<sup>26</sup> le comité Balladur surprit car elle ne correspondait à aucune demande du Président de la République. Pour la justifier, le comité partait d'un double constat : 1/la dégradation persistante des relations entre l'Administration et les citoyens<sup>27</sup> et l'insuffisance des moyens du Médiateur pour assumer sa tâche immense ; 2/ l'existence d'un nombre important d'autorités administratives indépendantes (AAI) intervenant dans le domaine de la protection des droits et libertés, facteur de dilution des responsabilités et de complications pour les citoyens (le comité citait en particulier : le Défenseur des enfants, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), le Contrôleur général des lieux de privation de liberté et la Commission nationale de l'informatique et liberté (CNIL). Le comité proposait donc, d'une part, la suppression du Médiateur et son remplacement par un « Défenseur des droits fondamentaux », autorité constitutionnelle, indépendante et au profil de tiers pouvoir ; d'autre part, l'absorption de certaines AAI par la nouvelle institution. Sur son premier volet, l'ambition du comité se heurta à une résistance insurmontable du Gouvernement comme du Parlement (A). Sur le second, elle fut davantage satisfaite (B).

#### A. Le refus d'une autorité profilée comme un tiers pouvoir.

##### 1. Une institution au profil inédit

La proposition du comité prévoyait que le Défenseur des droits fondamentaux aurait une double mission : 1/veiller au respect des droits fondamentaux et 2/s'assurer du bon fonctionnement des organismes investis d'une mission de service public. Formulant des recommandations et des mises en demeure, la loi organique pourrait lui donner des pouvoirs de décision, de médiation et de transaction. Sur tous ces points, elle restait dans la logique d'un renforcement des pouvoirs du Médiateur. Mais sur d'autres, elle était franchement novatrice.

La nouvelle institution devait être inscrite dans la Constitution. Certes, la question de la constitutionnalisation du Médiateur avait déjà été envisagée et débattue avant même 2007. Dès 1993, le comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par Georges Vedel repoussant une constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes (AAI), avait réservé le cas du Médiateur<sup>28</sup>. Cependant, le comité n'envisageait qu'une constitutionnalisation *a minima*, au travers de la mention du Médiateur à l'article 13 au titre des postes auxquels il est pourvu en Conseil des ministres. Lors du colloque initié par Jacques Pelletier en 1998, à l'occasion du vingt-cinquième

<sup>21</sup> Décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007, JORF n°165 du 19 juillet 2007, p. 12158.

<sup>22</sup> Article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, JORF n°0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

<sup>23</sup> L'article de la Constitution sera écrit dans le reste du texte : art. 71 C.

<sup>24</sup> Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n°0075 du 30 mars 2011, p. 5497. Ses articles seront écrits : art X LO.

<sup>25</sup> Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, JORF n°0075, 30 mars 2011 p. 5504.

<sup>26</sup> Rapport *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697/0000.pdf>

<sup>27</sup> Le comité ne tombe-t-il pas dans la « rhétorique classique de la « maladministration » qui dénonce les absences de réponse, les retards, les erreurs et les négligences de l'administration ? Olivier RENAUDIE, « La genèse complexe du Défenseur des droits », RFAP, 2011/3, n° 139, p. 400.

<sup>28</sup> Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République, février 1993, La Documentation française, point 10. Il proposait aussi de constitutionnaliser le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

anniversaire du Médiateur, la constitutionnalisation de l'institution avait également fait l'objet d'échanges entre les participants et Jacques Pelletier augurait que la constitutionnalisation interviendrait « un jour » et que cela apporterait « plus de force à l'institution »<sup>29</sup>. Et, effectivement, la constitutionnalisation était un des points forts de la proposition du comité Balladur. Elle devait apporter au Défenseur des droits fondamentaux une autorité accrue pour remplir sa mission<sup>30</sup> et une garantie de stabilité en le mettant à l'abri de modifications, voire d'une suppression, trop aisées<sup>31</sup>. La nouvelle institution devait se voir reconnaître un droit de saisine du Conseil constitutionnel en vue d'un contrôle de constitutionnalité de la loi non promulguée, et ce « comme les parlementaires ». Le Défenseur des droits fondamentaux était ainsi érigé en instrument de l'État de droit et en tierce autorité placée entre le Parlement et le Gouvernement, aux côtés du Conseil constitutionnel<sup>32</sup>. Sa nomination échappait au Président de la République afin de garantir son indépendance vis-à-vis de l'Exécutif et de la majorité au pouvoir. Le Défenseur des droits fondamentaux devait, sur proposition d'une commission *ad hoc* de l'Assemblée nationale chargée de sélectionner les candidats, être élu par cette même assemblée à la majorité des trois cinquièmes des suffrages, soit à une très large majorité<sup>33</sup>. Son indépendance devait être confirmée par un mandat long de six ans non renouvelable. Enfin, il devait pouvoir être saisi directement par les administrés et s'autosaisir.

## 2. Un refus des points les plus originaux

La constitutionnalisation de l'institution et la saisine directe furent admises. Mais, sur tout le reste, la proposition du comité fut modifiée. Le projet du Gouvernement proposa le nom de « Défenseur des citoyens ». Le Parlement adopta celui de « Défenseur des droits »<sup>34</sup>. Absent du projet gouvernemental, le pouvoir d'autosaisine fut rétabli par le Parlement. Et surtout, le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel, absent du projet gouvernemental, ne fut pas rétabli par le Parlement. C'en était fini d'un tiers pouvoir et d'une institution inédite. Dès lors, la nomination par l'Assemblée nationale pouvait, elle aussi, disparaître au profit d'une nomination par le Président de la République selon la nouvelle procédure de l'article 13<sup>35</sup>. La nouvelle institution se trouvait ainsi rattachée à l'Exécutif par sa nomination présidentielle, s'éloignant du modèle espagnol et se situant dans la droite ligne de la nomination par décret en Conseil des ministres du Médiateur<sup>36</sup>. Par la même, la neutralité politique du choix du Défenseur des droits devenait sujette à caution malgré le nouveau mécanisme de l'article 13<sup>37</sup>.

Sur le premier volet, l'ambition de comité avait donc volé en éclats. Mais, sur le second, elle devait quand même davantage réussir.

### B. Une institution de rationalisation

#### 1. Un renvoi prudent à la loi organique

Après le vote de la révision constitutionnelle, rien n'était dit dans l'article 71-1 C sur les attributions, les modalités d'intervention du Défenseur des droits et surtout sur les AAI qu'il devait absorber. Tous ces points étaient renvoyés à la loi organique, alors que l'on aurait pu souhaiter que la Constitution précisât les domaines d'intervention et les pouvoirs conférés. Le Défenseur des droits était encore

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>30</sup> DUMAS Charlotte, « Le défenseur des droits » LPA, 23 octobre 2009, n° 212, p. 4 ; VERPEAUX Michel, LPA, 14 mai 2008, n° 97 p. 87 qui parle d'une « pâle réplique de son modèle ibérique ».

<sup>31</sup> Cet aspect protecteur de la constitutionnalisation est mis en avant par la doctrine. LEGRAND André, « Ombudsman nordiques et Défenseur des droits », *RDAP* 2001/3, n° 139, p. 502.

<sup>32</sup> TEITGEN-COLLY Catherine, « Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », LPA, 19 décembre 2008, n° 254, p. 126.

<sup>33</sup> Solution inspirée du modèle du Défenseur du peuple espagnol qui est « Haut commissaire parlementaire à la défense des droits reconnus par le Titre premier de la Constitution », désigné par les Cortes générales (art. 54, Constitution du 27 décembre 1978).

<sup>34</sup> La référence à la citoyenneté pouvait laisser croire que seuls les droits des Français majeurs seraient protégés.

<sup>35</sup> Art. 71 al. 4 C.

<sup>36</sup> Art. 2 de la loi du 3 janvier 1973 précitée.

<sup>37</sup> Procédure qui impose que nomination présidentielle soit soumise à l'avis préalable d'une commission parlementaire dans chaque chambre du Parlement et prévoit un blocage de la nomination quand « l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ».

entouré d'un « flou général »<sup>38</sup> ; il apparaissait, aux yeux de la doctrine, comme une sorte d'« OVNI constitutionnel »<sup>39</sup>. La loi organique était donc attendue avec impatience... et l'attente fut longue<sup>40</sup>, jusqu'au 29 mars 2011, preuve de l'étendue et de la délicatesse des questions restant à régler. Parmi celles-ci, la plus politiquement délicate était bien celle des AAI à fusionner. En effet, la proposition du comité avait déclenché une vague de critiques et de protestations.

Tout d'abord, la doctrine avait relevé le caractère assez arbitraire de la liste dressée<sup>41</sup> par le comité car bien d'autres AAI que celles citées par le comité intervenaient dans la défense des droits et libertés, notamment la Commission nationale de déontologie et de la sécurité (CNDS) et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Ensuite, l'affirmation du comité selon laquelle la prolifération d'AAI nuisait à la protection des droits en déroutant les citoyens, n'était-elle pas hâtivement posée ? Ne pouvait-on en effet estimer que la pluralité des AAI était au contraire « une spécificité française propre à répondre au mieux aux besoins des administrés »<sup>42</sup>. Enfin, on pouvait objecter que les fonctions et les pouvoirs de certaines de ces AAI, telles la CNIL et la HALDE, présentaient une spécificité trop grande pour pouvoir s'intégrer dans la nouvelle institution<sup>43</sup>. Ensuite, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), dès le 20 mai 2008, insistait sur le particularisme du système français tenant à la pluralité et à la spécialisation des institutions intervenant dans la protection de droits. Ses deux avis du 4 février et du 30 septembre 2010 exprimaient de vives critiques<sup>44</sup> : absence d'association et de consultation des AAI concernées, « grande improvisation »<sup>45</sup> et volonté cachée de « mise sous tutelle » de certaines AAI qui s'étaient montrées particulièrement critiques à l'égard de la politique gouvernementale<sup>46</sup>. Plus généralement, la fusion était présentée par le CNCDH comme un facteur de régression de la protection des droits, d'une part, par une dilution des mandats spécifiques à chaque autorité fusionnée et, d'autre part, par une perte globale de garanties d'expertise et par une généralisation inadéquate d'outils réservés à chacune des AAI intégrées. Ainsi, selon elle, il en résulterait par une conjugaison en son sein de missions de médiation, de contrôle et de sanction, une incohérence fonctionnelle du Défenseur des droits, voire une incohérence organique<sup>47</sup>.

## 2. Une absorption décidée et aménagée

Malgré les critiques et après bien des hésitations<sup>48</sup>, la décision d'intégrer au Défenseur des droits certaines AAI fut prise. Le choix des AAI englobées se porta sur Défenseur des enfants<sup>49</sup>, la HALDE<sup>50</sup>

---

<sup>38</sup> DUMAS Charlotte, article précité.

<sup>39</sup> TEITGEN-COLLY Catherine, « Le Défenseur des droits, un OVNI dans le ciel constitutionnel ? » LPA, n° 254 spécial « Une nouvelle Constitution », 19 décembre 2008, p. 389-407.

<sup>40</sup> Le projet de loi organique accompagné d'un projet de loi ordinaire ne fut déposé que le 9 septembre 2009, un an après la réforme constitutionnelle. Le Sénat n'en commença la lecture que le 3 juin 2010 et l'Assemblée nationale ne se prononça que le 18 janvier 2011.

<sup>41</sup> RENAUDIE Olivier, article précité, p. 401.

<sup>42</sup> DUMAS Charlotte, article précité, p. 5. Ce point de vue n'est pas partagé par Jean-Claude ZARKA qui abonde dans le sens du comité et estime que l'existence d'un seul organisme « pourrait donner davantage de cohérence à la protection des droits fondamentaux qui franchirait ainsi une nouvelle étape ». « Le nouveau “défenseur des droits” est arrivé » Gaz. Pal., 28 août 2008, p. 2.

<sup>43</sup> Ainsi, par exemple, pour le rôle juridictionnel conféré à la CNIL (pouvoir de la formation restreinte de la CNIL d'infliger des sanctions financières, de les rendre publiques et d'ordonner leur insertion dans la presse en cas de mauvaise foi du contrevenant).

<sup>44</sup> TEITGEN-COLLY Catherine, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », RFAP, 2011/3, p. 413, 415.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 411.

<sup>46</sup> Le Défenseur des enfants avait pris des positions peu appréciées sur la situation des mineurs étrangers ; la HALDE s'était opposée aux tests ADN pour les étrangers ; le Contrôleur général des lieux de privation de liberté avait dénoncé certaines méthodes employés dans les secteurs relevant de son contrôle et l'état de lieux de privation de liberté. V. TEITGEN-COLLY Catherine, *ibidem*, p. 414.

<sup>47</sup> RENAUDIE Olivier, article précité, p. 406-407.

<sup>48</sup> En première lecture devant le Sénat, le Défenseur des enfants avait été retiré de la liste des AAI à fusionner pour y être rétabli le lendemain même ; en première lecture devant l'Assemblée nationale, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté y avait été intégré puis finalement retiré.

<sup>49</sup> Créé par la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, JORF n°56 du 7 mars 2000, p. 3536. Le projet de son absorption par le Défenseur des droits avait provoqué de vives réactions de la part de

et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)<sup>51</sup> Ainsi, le Défenseur des droits se trouva chargé, comme l'était le Défenseur des enfants, « de défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France »<sup>52</sup>; comme l'était la HALDE de « lutter contre toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie » ; comme l'était la CNDD de « veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République »<sup>53</sup>. Si l'on ajoutait la compétence du Médiateur de la République, on mesurait immédiatement le poids de la tâche de l'institution et l'on comprenait les craintes émises de voir le Défenseur des droits n'être qu'une « administration lourde et bureaucratique »<sup>54</sup>, « une institution polyvalente et tentaculaire »<sup>55</sup>.

Pour permettre la mise en œuvre d'une aussi large compétence, la loi organique prévoyait, comme l'y invitait l'article 71-1 C, des collèges pour chacun des trois domaines correspondant aux AAI absorbées, en dehors du Médiateur. Leur composition fut conçue sur un modèle général identique, répartissant les sièges entre des membres désignés par le président du Sénat et de l'Assemblée nationale<sup>56</sup> et des membres désignés par les deux juridictions suprêmes, Conseil d'État et Cour de cassation<sup>57</sup>. Seul le collège en matière des droits de l'enfant disposa d'une personnalité qualifiée, désignée par le président du Conseil économique, social et environnemental. La loi organique prévoit également des adjoints au Défenseur des droits. Leur rôle fut d'assister ce dernier dans l'exercice de ses attributions<sup>58</sup>. Placés aux côtés et sous l'autorité du Défenseur des droits, ils pouvaient recevoir de lui certaines délégations de compétence, le représenter à l'international et le suppléer dans la présidence du collège dont ils étaient chacun dans leur domaine vice-président.

Ainsi, le comité Balladur obtenait-il partiellement ce qu'il avait souhaité. Mais l'ensemble de la réforme laissait une impression de déception.

## II Une réforme « normalisée »

Une fois la réforme achevée, elle peut être considérée comme une occasion en partie manquée (A). Cependant, elle met en place une autorité bien plus puissante que ne l'était le Médiateur, réalisant ainsi un progrès indéniable (B).

### A. Une occasion manquée

#### 1. Une nature administrative maintenue

Sa création réalisée, le Défenseur des droits se trouve dans la même position que le Médiateur : sa nature n'est pas textuellement précisée<sup>59</sup>. Le titre I<sup>er</sup> du projet de loi organique s'était gardé d'aborder le sujet. C'est la commission des lois du Sénat qui introduit à l'article 2 l'incise « autorité indépendante ». Votée par le Sénat le 3 juin 2010, c'est lors du passage devant la commission des lois de l'Assemblée nationale que la qualification devient (elle ne sera plus modifiée) « autorité constitutionnelle indépendante ». Mais que faut-il entendre par là ? La rupture d'avec la nature

---

l'Unicef (communiqué du 29 septembre 2009, en ligne <http://www.unicef.fr/contenu/actualite-humanitaire-unicef/pour-le-maintien-du-defenseur-des-enfants-2009-09-22>) et de la Ligue des droits de l'homme (communiqué du 16 septembre 2009, en ligne <http://www.ldh-france.org/Des-enfants-sans-Defenseur/>).

<sup>50</sup> Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, JORF n° 0304 du 31 décembre 2004, p. 22567.

<sup>51</sup> Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, JORF n°131 du 7 juin 2000, p. 8562.

<sup>52</sup> Art. 4, 2°, LO.

<sup>53</sup> Art. 4, 4°, LO.

<sup>54</sup> TEITGEN-COLLY Catherine, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits » précité, p. 420.

<sup>55</sup> *Ibidem* p. 416.

<sup>56</sup> Leur nombre varie entre deux (droits de l'enfant) et trois (déontologie de la sécurité, lutte contre les discriminations). Il s'agit de personnalités qualifiées.

<sup>57</sup> Désignation par le vice-président du Conseil d'État, le premier président et le procureur général de la Cour de cassation. Il s'agit, soit de la désignation de membres ou d'anciens membres de ces juridictions (déontologie de la sécurité, droits de l'enfant), soit de personnalités qualifiées (lutte contre les discriminations).

<sup>58</sup> Art. 11 al. 1, LO.

<sup>59</sup> La proposition n° 76 du projet du comité Balladur ne définit pas ce qu'est le Défenseur des droits fondamentaux mais sa fonction. L'article 31 du projet de révision constitutionnelle relatif au Défenseur des droits des citoyens persiste dans cette approche fonctionnelle.

administrative du Médiateur ? Le Conseil d'État, dans son arrêt RETAIL du 10 juillet 1981<sup>60</sup>, avait en effet qualifié le Médiateur d'autorité administrative « en raison notamment de son mode de désignation » (décret en Conseil des ministres). Or, on sentait bien que ce rattachement n'était pas satisfaisant<sup>61</sup> et qu'en réalité, le pouvoir judiciaire n'étant qu'une autorité judiciaire dans notre tradition et dans notre droit positif, c'était face aux pouvoirs législatif et exécutif, en tiers pouvoir, que devait se situer le Médiateur. La question a donc forcément rebondi avec le Défenseur des droits. Or, la nouvelle qualification de l'article 71-1 C d' « autorité constitutionnelle indépendante » qui ajoute l'adjectif « constitutionnelle » à l'adjectif déjà acquis d'« indépendante », n'a en réalité aucune incidence sur la nature de l'institution. Le Conseil constitutionnel l'a clairement précisé<sup>62</sup> : l'expression « autorité constitutionnelle indépendante » signifie que l'indépendance de l'institution trouve son fondement dans la Constitution et elle ne signifie pas que le Défenseur des droits est un « pouvoir public constitutionnel »<sup>63</sup>. C'est l'absence d'autonomie financière, protection constitutionnelle au titre de la séparation des pouvoirs, qui justifie ce refus et explique au contraire son application à la présidence de la République, à l'Assemblée nationale, au Sénat, au Conseil Constitutionnel, à la Haute Cour et à la Cour de justice de la République<sup>64</sup>. Mais c'est là une conception fort « originale »<sup>65</sup> de la notion de « pouvoir public constitutionnel » qui aboutit à une lecture « déconstructive » de la loi organique<sup>66</sup> et au refus de classer le Défenseur des droits dans une catégorie où « il aurait été parfaitement concevable »<sup>67</sup> de le ranger<sup>68</sup>. Ainsi, la constitutionnalisation n'a qu'une valeur purement symbolique<sup>69</sup>, « qui rejaillit bien plus sur la fonction (la défense des libertés) que sur l'institution elle-même »<sup>70</sup>.

## 2. Une indépendance sans originalité

La question de la nomination du Défenseur des droits était au centre de la problématique de l'indépendance de l'institution. Les éléments statutaires garantissant l'indépendance du Défenseur des droits étaient d'autant plus importants que la nomination présidentielle choisie suscitait des inquiétudes. Ces éléments furent « pour l'essentiel de facture on ne peut plus classique »<sup>71</sup>. La durée du mandat de six ans est alignée sur celle du Médiateur. Elle est suffisamment longue pour permettre au titulaire de la fonction d'inscrire son action dans le temps et pour le prémunir contre des pressions de son autorité de nomination dont le mandat est plus court. Elle est constitutionnellement prévue<sup>72</sup>, ce qui lui donne plus de stabilité que celle du Médiateur qui relevait de la loi. Le non renouvellement du mandat<sup>73</sup>, qui figurait déjà à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1973, constitue également une garantie d'indépendance constitutionnellement prévue. En revanche, l'impossibilité de mettre fin au mandat avant son terme est prévue par la loi organique du 29 mars 2011 et non par la Constitution. Elle reprend à peu de chose près l'article 2 précité de la loi du 3 janvier 1973<sup>74</sup>. Un soin particulier est mis

<sup>60</sup> CE, Ass. 10 juillet 1981, Lebon, p. 303.

<sup>61</sup> Cette nature administrative n'est peut-être pas plus bienvenue pour les AAI en général. V. AUTIN Jean-Louis, JCP adm., fasc. 75, 1997, p. 15.

<sup>62</sup> Décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, précitée, cons. 5.

<sup>63</sup> Décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, loi organique relative aux lois de finances, JORF n°0168 du 23 juillet 2010, p. 13583 cons. 26. Elle l'est aussi au Conseil supérieur de la Magistrature, au Conseil d'État, à la Cour des comptes et au Conseil économique, social et environnemental.

<sup>64</sup> Commentaire aux Cahiers de la décision n°2010-626, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011626DCccc\\_626dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011626DCccc_626dc.pdf)

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> VERPEAUX Michel, « Il est né le Défenseur des droits, Semaine juridique, Ed. gen., n°17, 25 avril 2011, doct. 502.

<sup>67</sup> AUTIN Jean-Louis, « Le statut du Défenseur des droits », art. précité, p. 428.

<sup>68</sup> Selon Jean-Louis AUTIN, l'explication de ce refus est en réalité d'ordre conjoncturel (la méfiance à l'égard des AAI) et d'ordre structurel (la défaveur traditionnelle à l'égard des dispositifs constitutionnels de protection des droits. *Ibidem*.

<sup>69</sup> MATUTANO Edwin, « Une autorité constitutionnelle indépendante » *DA*, n°8, Août 2011, étude 16.

<sup>70</sup> AUMOND Florian, « le Défenseur des droits, une peinture en clair obscur », *RFDA* 2011, p. 913.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Art. 71-4 C.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> La différence tient au fait que la loi organique de 2011 envisage la fin du mandat à la demande du Défenseur des droits, hypothèse non prévue en 1973.

à prémunir le Défenseur des droits contre toute pression d'autorités publiques, toute collusion et tout conflit d'intérêts, selon la logique qui prévaut pour les membres du Parlement grâce à un régime très strict d'incompatibilités (étendu aux adjoints)<sup>75</sup>. Il faut souligner que ces dispositions tranchent avec la faiblesse de celles qui régissaient le Médiateur. La loi du 3 janvier 1973 se limitait en effet à une inéligibilité au mandat de conseiller général et municipal, et qui ne s'appliquait pas si un même mandat était exercé antérieurement à la nomination<sup>76</sup>. Sous l'angle de la protection contre les poursuites judiciaires, l'article 3 de la loi du 3 janvier 1973 prévoyait une immunité contre toute poursuite, recherche, arrestation ou jugement à l'occasion des opinions et actes de la fonction. La loi organique du 29 mars 2001 reproduit le même régime, étendu aux adjoints.

Et à ces aspects d'indépendance organique, s'ajoute une indépendance fonctionnelle : dans l'exercice de ses attributions, le Défenseur des droits ne reçoit d'instruction d'aucune autorité<sup>77</sup>, disposition déjà présente dans la loi du 3 janvier 1973<sup>78</sup>.

## *B. Un renforcement incontestable*

### *1. Une saisine repensée*

Le Médiateur devait être saisi par un parlementaire. Cependant, la loi du 24 décembre 1976<sup>79</sup> avait permis à tout parlementaire de saisir de son propre chef le Médiateur et, sur demande d'une des six commissions parlementaires, au Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, de transmettre « une pétition dont son assemblée a été saisie ». Et la loi du 13 janvier 1989 avait ajouté les saisines du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, du Médiateur européen ou d'un de ses homologues étrangers, saisi d'une réclamation relevant de sa compétence<sup>80</sup>. Ces hypothèses ont été reprises par l'article 7 de la loi organique au profit du Défenseur des droits mais elles constituent une voie très secondaire de saisine. En effet, la réforme apporte une nouveauté décisive : la saisine directe du Défenseur des droits par toute victime<sup>81</sup>, selon des modalités spécifiques, correspondant aux quatre AAI fusionnées : le Médiateur, le Défenseur des enfants, la HALDE et la CNDS<sup>82</sup>. Ainsi, le Défenseur des droits bénéficie-t-il désormais de la saisine directe qui appliquait déjà à la HALDE et au Défenseur des enfants<sup>83</sup> et que connaissaient déjà la plupart de ses homologues étrangers, notamment le Défenseur du peuple espagnol. Il peut aussi être saisi des réclamations adressées à ses adjoints<sup>84</sup>. La seconde innovation est le droit conféré au Défenseur de s'autosaisir, prévu par l'article 71-1 C (seule modalité de saisine constitutionnellement prévue). Déjà détenu par la HALDE et le Défenseur des enfants, il était normal que le Défenseur des droits bénéficiât de ce droit, également prévu par la proposition du comité Ballardur. Ce droit est cependant conditionné par la loi organique<sup>85</sup> : en règle générale (sauf deux cas d'exception<sup>86</sup>), le Défenseur doit avertir la personne concernée (ou ses ayants droits), et il ne peut agir si elle s'y oppose. Cependant, la réforme n'a pas supprimé toutes les règles qui s'appliquaient aux saisines du Médiateur. Sont maintenus, le pouvoir de l'institution d'apprécier discrétionnairement si son intervention est justifiée<sup>87</sup>; l'obligation d'accomplir,

---

<sup>75</sup> Sont incompatibles : tout mandat électif, toute fonction ministérielle, au Conseil constitutionnel, au Conseil supérieur de la magistrature et au Conseil économique, social et environnemental, toute fonction et emploi publics, toute activité professionnelle, et notamment au sein des conseils d'administration, direction ou surveillance de société, entreprise ou établissement. En cas d'emploi dans la fonction publique, le fonctionnaire est placé en position de détachement de plein droit et ne peut plus obtenir de promotion au choix.

<sup>76</sup> Loi du 3 janvier 1973, précitée, art. 5.

<sup>77</sup> Art 2 al. 1, LO.

<sup>78</sup> Art. 1<sup>er</sup> al. 2, LO.

<sup>79</sup> Loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976, précitée.

<sup>80</sup> Article 5, LO.

<sup>81</sup> On notera que la saisine d'une association ayant plus de cinq ans et dont les statuts ont un objet lié à l'incrimination est admise dans les domaines des droits de l'enfant et de la lutte contre les discriminations. Mais, dans ce dernier cas, l'association doit agir conjointement avec la victime de discrimination ou avec son accord.

<sup>82</sup> Art. 5, LO. La saisine en devient complexe.

<sup>83</sup> La CNDS qui ne connaissait pas la saisine directe mais l'intercession parlementaire, en bénéficie ainsi au travers de son intégration au Défenseur des droits.

<sup>84</sup> Art. 5 dern.al., LO.

<sup>85</sup> Article 5, LO et décret n° 2001-904 du 29 juillet 2011, JORF n°0175 du 30 juillet 2011, p. 13020.

<sup>86</sup> Quand l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu et dans le cas de personnes non identifiées ou dont il est impossible de recueillir l'accord (art. 8).

<sup>87</sup> Art. 24, LO ; art. 8, loi du 3 janvier 1973.

préalablement à la saisine, des démarches auprès des personnes publiques ou des organismes mis en cause<sup>88</sup>, l'absence d'effet suspensif de la saisine sur les délais de recours administratifs et juridictionnels<sup>89</sup>; l'exclusion de la saisine pour les différends entre les administrations et organismes et leurs agents<sup>90</sup>.

## 2. Un pouvoir d'action démultiplié

Pour remplir sa tâche, le Défenseur des droits est d'abord doté de moyens d'information. Il peut demander des explications à toute personne mise en cause, celle-ci étant tenue de les lui donner<sup>91</sup>; au vice-président du Conseil d'Etat ou au premier président de la Cour des comptes de procéder à toute étude<sup>92</sup>; la communication de toute information et pièces utiles dans la limite du respect de certains secrets<sup>93</sup>. Le Médiateur disposait déjà de ces trois moyens d'information et les deux derniers sont similaires à ceux autrefois octroyés au Défenseur des droits<sup>94</sup>. En revanche, pour le premier, la réforme apporte une avancée notable : lorsque les demandes d'explication ou de communication d'information ou de pièces du Défenseur des droits sont restées vaines, ce dernier peut mettre en demeure la personne intéressée et, si cette mise en demeure reste sans effet, il a la possibilité de saisir le juge des référés d'une demande motivée afin que ce dernier ordonne toute mesure utile<sup>95</sup>. De tels moyens à l'égard de l'administration, le Médiateur n'en disposait pas. La réforme apporte également un nouveau moyen totalement inconnu précédemment, celui de la vérification sur place, dans des locaux administratifs comme privés<sup>96</sup>. Du point de vue du pouvoir de décision, la loi organique attribue au Défenseur des droits un pouvoir de recommandation en vue d'un règlement « des difficultés »<sup>97</sup> et de règlement en équité<sup>98</sup>, déjà attribués au Médiateur<sup>99</sup>. Mais il faut souligner que le Défenseur des droits obtient le pouvoir d'enjoindre l'autorité mise en cause de prendre « les mesures nécessaires » et, en cas d'inertie persistante, de rédiger et publier un rapport spécial<sup>100</sup>. La procédure était différente précédemment : confronté à la même situation, le Médiateur « pouvait » rendre ses recommandations publiques<sup>101</sup>. En outre, le Défenseur des droits obtient un pouvoir de médiation<sup>102</sup>, de transaction<sup>103</sup> et de consultation du Conseil d'Etat sur l'interprétation ou la portée d'une disposition législative ou réglementaire relative à une réclamation et celui de publier ou non l'avis<sup>104</sup>, sans compter des pouvoirs spécifiques dans la défense des droits de l'enfant<sup>105</sup> ou la lutte contre la discrimination<sup>106</sup>. Il n'y a qu'un point sur lequel le Défenseur des droits perd un pouvoir que détenait le Médiateur : ce dernier pouvait, à défaut de l'autorité compétente, engager lui-même une procédure disciplinaire à l'encontre d'un agent ou saisir la juridiction répressive<sup>107</sup>. Le Défenseur des droits ne le peut plus. Désormais, sa seule réplique à l'inertie de l'autorité saisie, devient un rapport spécial qu'il peut rendre public<sup>108</sup>. Enfin, le Défenseur des droits contribue, comme le Médiateur, à l'amélioration

---

<sup>88</sup> Art. 6, LO ; art. 7 de la loi de 1973.

<sup>89</sup> Art. 6, LO, art. 7, loi du 3 janvier 1973 tel que modifié par la loi du 13 janvier 1989.

<sup>90</sup> Sauf en matière de discrimination. Art. 10, LO ; article 6, loi du 3 janvier 1973.

<sup>91</sup> Art. 18 al. 1, LO

<sup>92</sup> Art. 19, LO.

<sup>93</sup> Art. 20, LO.

<sup>94</sup> Art. 12 et art.13 (tel que modifié par la loi du 13 janvier 1989), loi du 3 janvier 1973.

<sup>95</sup> Art. 21, LO.

<sup>96</sup> Art. 22, LO.

<sup>97</sup> Art. 25, LO.

<sup>98</sup> Art. 9, tel que modifié par la loi du 12 avril 2000.

<sup>99</sup> Art. 9, LO.

<sup>100</sup> L'article 25, LO permet en effet de bien distinguer le pouvoir discrétionnaire d'injonction (il « peut » enjoindre) et la compétence liée d'établissement et de publication du rapport (« il « établit », il « rend » public).

<sup>101</sup> Art. 9 al. 2, loi du 3 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 12 avril 2000.

<sup>102</sup> Art. 26, LO.

<sup>103</sup> Art. 28, LO.

<sup>104</sup> Art. 31, LO.

<sup>105</sup> Art. 27, LO. Pouvoir d'assistance dans la constitution du dossier et d'aide à l'identification des procédures adaptées à son cas, y compris sur le plan international.

<sup>106</sup> Art. 30, LO. Pouvoir de recommandation d'une mesure de suspension ou de sanction à l'autorité publique compétente.

<sup>107</sup> Art. 10, loi du 3 janvier 1973, pouvoir que le Médiateur n'avait jamais utilisé.

<sup>108</sup> Art. 29. LO. À noter qu'en matière de discrimination, l'article 30 prévoit des dispositions spécifiques.

des lois et règlements par ses suggestions de réforme<sup>109</sup> et il remet un rapport annuel au Président de la République et au Parlement (au président de l'Assemblée nationale et du Sénat) qui est publié et à l'occasion de la remise duquel il peut faire une communication devant chaque assemblée, comme c'était le cas pour le Médiateur<sup>110</sup>. Mais, désormais, il assume en outre un rôle de conseil auprès du Gouvernement et du Parlement<sup>111</sup> et, dans ses domaines de compétence, à la demande du Premier ministre, il peut contribuer à la préparation et la définition de la position française dans les négociations internationales. Il est enfin en charge d'une importante fonction de promotion des droits et libertés, inconnue du Médiateur<sup>112</sup>.

Ainsi, malgré les critiques qui lui furent adressées, peut-on dire que la réforme a réalisé une vraie avancée positive.

---

<sup>109</sup> Art. 32 al. 1, LO ; art. 9 al. 3, loi du 3 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 12 avril 2000.

<sup>110</sup> Art. 14, loi du 3 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 13 janvier 1989. À noter cependant que le Défenseur des droits remet un rapport consacré aux droits de l'enfant.

<sup>111</sup> Art. 32 al. 2 LO. Il peut être consulté par le Premier ministre et le président de l'une des deux chambres du Parlement sur une question relevant de sa compétence.

<sup>112</sup> Art. 34, LO : action de communication, d'information ; mise en œuvre de programmes de formation ; conduite et coordination de travaux d'études et de recherche ; soutien de toute initiative d'élaboration et d'adoption en vue de la promotion des droits et de l'égalité/ identification et promotion des bonnes pratiques.