



HAL
open science

“ Le défenseur des droits : un ombudsman à la française ”

Anaïs Lagelle

► **To cite this version:**

Anaïs Lagelle. “ Le défenseur des droits : un ombudsman à la française ”. Revue juridique de l’Ouest , 2010, 4, pp.443-457. hal-01908981

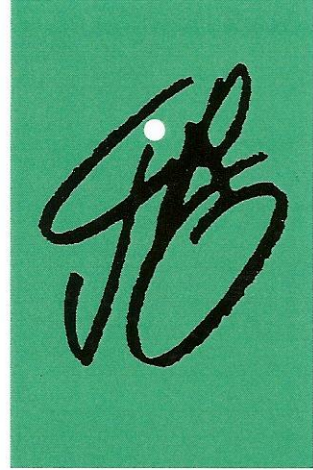
HAL Id: hal-01908981

<https://hal.science/hal-01908981>

Submitted on 30 Oct 2018

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.



REVUE
JURIDIQUE
DE L'OUEST

2009 / 4

SOMMAIRE

DOCTRINE

L'indemnisation du dommage corporel depuis la réforme du recours des tiers payeurs : jeux d'influence
par Cristina CORGAS-BERNARD 401

Le rôle de l'épouse du Président de la République en Droit français
par Jean-Joël GOVERNATORI 419

Le défenseur des droits : un ombudsman à la française
par Anaïs LAGELLE 443

Abandon et donation
Par Vincent COSSIC 459

JURISPRUDENCE

Sommaires de jurisprudence 471

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages 487

II – Articles, chroniques, commentaires 487

Distinctions

- Le défenseur des droits : un ombudsman à la française -

Anaïs Lagelle, doctorante, allocataire-moniteur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, présenté le 9 septembre 2009 en conseil des ministres par le garde des sceaux, s'inscrit dans le projet de modernisation des institutions de la Ve République. Ce texte apporte des précisions quant au statut, aux missions et aux pouvoirs de cette nouvelle institution créée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

En effet, « *la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République marque une étape importante dans le renforcement de la protection des droits et libertés dans notre pays, par la création d'un Défenseur des droits, auquel est consacré le titre XI bis de la Constitution du 4 octobre 1958* »¹.

Cette nouvelle institution, destinée à veiller « *au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences* »², doit remplacer le Médiateur de la République.

La création du Défenseur des droits fait suite à une proposition du Comité Balladur. Le Comité avait suggéré la création d'un « défenseur des droits fondamentaux », suggestion qui n'était pourtant pas un vœu formulé par le Président de la République dans sa lettre de mission du 18 juillet 2007³. La proposition n°76 du Comité Balladur pourrait donc être qualifiée de « *démiurgique* »⁴ puisqu'elle allait bien au-delà de la modernisation du Médiateur de la République. En effet, l'intention du Comité était la création d'une institution chargée de défendre les droits des citoyens s'estimant lésés aussi bien dans le cadre de leurs relations avec l'administration que dans le cadre de leurs relations avec des organismes publics ou privés. Cependant, la loi constitutionnelle n'a pas suivi intégralement la proposition du Comité Balladur puisque l'autorité ne sera pas dénommée « Défenseur des droits fondamentaux » mais « Défenseur des droits des citoyens » dans un premier temps. Cette dénomination s'inscrivait davantage dans la tradition française de 1789. Mais cette dénomination a dû encore évoluer puisqu'elle présentait l'inconvénient de sous-entendre que la protection du défenseur serait réservée aux seuls nationaux. Finalement, la Commission des

¹ Extrait de l'exposé des motifs du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, p.3.

² Article 71-1 alinéa 1 de la Constitution.

³ La lettre de mission du Président de la République est disponible sur le site Internet www.comite-constitutionnel.fr

⁴ MENARD J-C, « Le défenseur des droits : 'monstre bureaucratique', 'gadget constitutionnel' ou garantie effective des libertés ? », *LPA*, 24 octobre 2008, n°214, p.5.

lois du Sénat a préféré le nom de « Défenseur des droits » afin de permettre aux ressortissants étrangers d'y avoir recours au même titre que les nationaux⁵.

Toujours est-il que le Comité Balladur « a dressé le constat d'une dilution des responsabilités des autorités administratives indépendantes dans le domaine des libertés publiques, qui s'avère réellement préjudiciable aux droits des citoyens »⁶. Ainsi, l'objectif poursuivi par la création du Défenseur des droits est de permettre aux citoyens de disposer d'un seul organisme qu'ils pourraient saisir pour tous problèmes avec l'administration au sens large, au lieu de devoir s'orienter, comme c'est actuellement le cas, vers un nombre d'instances diverses.

Si la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a consacré cette nouvelle institution, les modalités de saisine et d'intervention du Défenseur devaient être définies par une loi organique ultérieure. C'est désormais chose faite et il est aujourd'hui possible d'appréhender cet organe de défense des droits sans écrire au conditionnel.

Ainsi, afin de comprendre ce nouveau Défenseur des droits, deux questions essentielles doivent être posées : pourquoi a-t-on voulu créer un nouvel organe de défense des citoyens ? Comment le Défenseur des droits va s'intégrer au paysage constitutionnel français ? Si la création du Défenseur des droits a reçu une influence internationale (I), il n'en demeure pas moins que sa conception reste nationale (II).

I- Le Défenseur des droits : une influence internationale

Dans son rapport pour 2007, le Médiateur de la République avait précisé « l'importance de mettre en place des structures relativement identiques d'un pays à l'autre, de façon à créer et entretenir une dynamique indispensable dans une société devenue transnationale et transculturelle »⁷. Dans la plupart des pays européens, le modèle choisi est celui de « l'ombudsman »⁸, c'est-à-dire la mise en place d'une « institution de contrôle de l'administration publique. Ce contrôle est exercé par une personne indépendante de l'administration, extérieure à celle-ci, qui n'exerce pas de ce fait de pouvoir de décision dans

⁵ Certains auteurs, à l'instar du professeur Teitgen-Colly, ont fait la remarque qu'étant donné « que la mission de ce défenseur porte sur la protection de tous les droits tant civils et politiques qu'économiques, sociaux et culturels, d'autres dénominations, comme celle de 'défenseur des droits de l'homme et du citoyen', auraient pu être préférées à celle, très vague, finalement retenue » in, *LPA*, 19 décembre 2008, n°254, p.126.

⁶ GELY D., « Le Défenseur du peuple espagnol en modèle », in *AJDA*, 28 juillet 2008, p. 1481.

⁷ Voir le rapport pour 2007 du Médiateur de la République, *Un acteur essentiel de la défense des libertés publiques*, p.76.

⁸ Le mot « ombudsman » est d'origine suédoise et signifie « porte-parole des griefs » ou « homme des doléances ». Etymologiquement, il est possible que le mot ombudsman soit d'origine celtique et qu'il ait pour origine « ambactos », serviteur, messenger, qui a également donné, en français, le mot « ambassade ».

les domaines administratifs, mais bénéficie néanmoins d'un privilège total d'information sur ce qui se passe à l'intérieur de l'administration »⁹.

Suite au rapport Balladur et au rapport du Médiateur de la République, la loi constitutionnelle de 2008 a véritablement mis en place « *un ombudsman à la française* »¹⁰ qui s'inspire, d'une part, des différents modèles étrangers en la matière (**A**) et, d'autre part, du droit européen en vigueur (**B**).

A- Les institutions comparables au Défenseur des droits à l'étranger

Il est utile de se référer aux solutions retenues à l'étranger afin de mieux comprendre le périmètre d'intervention du Défenseur des droits. Sans entrer dans une étude complète de droit comparé, on peut retenir le fait que, bien que l'institution de l'ombudsman soit issue des pays nordiques (**1**), le Défenseur des droits français s'apparente plus au modèle Espagnol (**2**).

1) L'origine : les modèles nordiques

La création de l'ombudsman remonte au *Justitie Ombudsman* suédois mis en place sous le règne de Gustave IV après la révolution de 1809. Le *Justitie Ombudsman*, alors bras droit du Parlement, « *deviendra peu à peu un instrument aux mains des citoyens qui peuvent se plaindre directement et gratuitement auprès de lui d'illégalités ou de négligences commises par l'administration au quotidien* »¹¹. Depuis la loi de 1986¹², il existe quatre ombudsmans élus par le Parlement pour quatre ans. Leur indépendance est totale vis-à-vis du Parlement qui ne peut leur donner aucune directive. Les pouvoirs qu'ils possèdent sont étendus notamment dans le domaine de l'investigation et du contrôle périodique. Ils peuvent engager des poursuites en qualité de procureurs spéciaux en cas de faute avérée. Les ombudsmans doivent rendre un rapport d'activités annuel et peuvent proposer des réformes législatives. Leur saisine peut se faire par les particuliers mais ils ont également la possibilité de s'auto-saisir.

⁹ LEGRAND A., « Médiateur et ombudsman : un problème mal posé », in *RDP*, 1973, n°840, p.5. Pour une définition plus précise de l'ombudsman, voir LE CLAINCHE M. « L'ombudsman, cet inconnu », in *Revue française d'administration publique*, n°64, 1992, pp.563 à 566. Voir également BOUSTA R., « Contribution à une définition de l'ombudsman », in *Revue française d'administration publique*, 2007, pp.387 à 397.

¹⁰ Rapport pour 2007 du Médiateur de la République, *Un acteur essentiel de la défense des libertés publiques*, p.76.

¹¹ BOUSTA R., « Contribution à une définition de l'ombudsman », in *Revue française d'administration publique*, 2007, p. 387.

¹² Loi de 1986 dispose ainsi « med instruktion för Riksdagens ombudsmän ».

Près d'un siècle plus tard, cette institution est adoptée par la Finlande. En effet, lors de l'approbation de sa nouvelle constitution du 17 juillet 1919, la Finlande, qui fit partie du Royaume de Suède jusqu'en 1809, adopte le modèle de son homologue suédois¹³. Ainsi créé, cet ombudsman veille au respect des lois par les autorités et par les fonctionnaires et s'assure que les unes et les autres satisfont à leurs obligations. Il exerce également son contrôle sur toutes les autres instances et personnes qui exercent des tâches et des fonctions publiques¹⁴.

Aux Pays-Bas, c'est la loi du 4 février 1981 qui institue l'ombudsman¹⁵. Cet ombudsman jouit du statut de « Haut Collège de l'Etat » et est formellement indépendant du pouvoir exécutif. Il est, en effet, nommé par la Deuxième Chambre du Parlement sur la base de l'avis d'un comité composé du vice-président du Conseil d'Etat, du président de la Cour Suprême et du président de la Cour des Comptes. Son mandat est de six ans renouvelables. Il connaît de tout conflit ou contentieux entre les citoyens et les organes dépendant du gouvernement et toutes les autorités administratives¹⁶. Cet ombudsman a de très nombreux moyens d'action et peut notamment réaliser des enquêtes sur place et procéder à des auditions. Son rapport est rendu public et peut être soumis à l'attention des médias. De plus, son contrôle ne se limite pas à la seule légalité des décisions : il peut conclure au caractère inapproprié ou inadéquat d'une action parfaitement légale. A l'instar de son homologue suédois, sa saisine peut se faire par les particuliers mais il a également la possibilité de s'auto-saisir.

L'institution de l'ombudsman a été très suivie dans les pays nordiques¹⁷, mais a également été instituée dans d'autres pays¹⁸, notamment d'origine latine telle que le Portugal¹⁹. Le Défenseur des droits français, s'il s'inspire des modèles nordiques, est nettement influencé par le modèle Espagnol.

¹³ Voir les articles 38 et 109 de la Constitution finlandaise.

¹⁴ Pour un approfondissement de l'ombudsman finlandais, voir l'étude d'impact jointe au projet de loi organique, p.58 à 60.

¹⁵ Loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1982. Voir l'article 78 a) de la Constitution.

¹⁶ Cela comprend les organes et entités de droit public, les organes investis d'une autorité publique mais également les organes chargés de l'autorité publique qui ne prennent pas nécessairement la forme de décisions administratives.

¹⁷ Seule l'Allemagne n'a pas d'institution comparable à celle d'un défenseur des droits bien qu'il existe, au sein des Länder et au niveau de l'Etat fédéral, des commissaires chargés de la protection des données nominatives ou encore des commissaires chargés de la lutte contre les discriminations.

¹⁸ Pour un panorama assez complet de l'institution de l'ombudsman dans le monde, voir l'étude d'impact jointe au projet de loi organique, pp. 48 à 56.

¹⁹ Pour un approfondissement de l'ombudsman portugais, voir l'étude d'impact jointe au projet de loi organique, p.62 à 63.

2) L'inspiration : le modèle Espagnol

En Espagne, l'ombudsman est nommé le Défenseur du peuple. Son existence est reconnue constitutionnellement puisqu'il est prévu par l'article 54 de la constitution espagnole du 27 décembre 1978, complétée par une loi organique du 6 avril 1981 qui organise son régime juridique²⁰. Ainsi, tout en l'aménageant à sa réalité politique et administrative, l'Espagne a adopté la conception de l'ombudsman assurant par-là « *la preuve de la culture constitutionnelle des rédacteurs du projet et du texte définitif qui ont tenu compte des expériences étrangères* »²¹.

Le « Defensor del pueblo » est élu pour une durée de cinq ans renouvelables par le Congrès et le Sénat à la majorité des trois cinquièmes des membres de chaque assemblée. Son indépendance est garantie car il jouit du statut de Haut commissaire parlementaire à la défense des droits reconnus au Titre premier de la Constitution.

Ses fonctions sont, tout d'abord, de contrôler le respect, par l'administration²² des droits fondamentaux et des libertés publiques des citoyens. Ce contrôle s'exerce également au sein de l'administration militaire. Ensuite, le Défenseur a pour fonction de surveiller l'administration pénitentiaire : il peut recevoir les plaintes des détenus, de leurs familles ou de leurs avocats ainsi que des fonctionnaires de l'administration pénitentiaire. A ce titre, il peut procéder à des visites sur place. Enfin, il peut adresser les plaintes relatives au fonctionnement de l'administration de la justice au ministère public ou au conseil général du pouvoir judiciaire²³.

Ses moyens d'actions sont multiples. Il peut ainsi engager des enquêtes, les pouvoirs publics étant tenus de l'aider dans sa tâche. Il peut également suggérer des modifications d'actes administratifs ou formuler des recommandations. De plus, il peut introduire des recours en inconstitutionnalité et entamer la procédure d'*amparo*²⁴. Enfin, il publie chaque année un rapport d'activité qu'il présente à la Chambre des Députés.

²⁰ Ce décalage de 3 ans s'explique par le doute initial sur l'utilité réelle de cette institution. En effet, le milieu juridique restait très sceptique à l'égard de cette institution et a rejoint la réticence également manifestée par leurs homologues français dans les années 1970.

²¹ LAVROFF D-G., « La constitution espagnole de 1978 dans l'évolution du constitutionnalisme », in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, colloque de Bordeaux des 29 et 30 mars 1990, p.31.

²² Cela comprend les organes et autorités de l'administration générale de l'Etat, des administrations des Communautés autonomes et des administrations locales.

²³ Equivalant au CSM français.

²⁴ A ce sujet, voir l'étude d'Ana Ruth Herrera, *Quelques considérations sur l'introduction éventuelle de la procédure d'amparo en France*, www.droitconstitutionnel.org : « Le mot *amparo* désigne l'action de «amparar», verbe qui signifie protéger ou défendre. L'institution de l'*amparo* est associée à la tutelle des droits de l'homme et c'est dans ce but qu'elle a été consolidée. Ainsi, au sens juridique, « *amparo* » implique la défense, la protection des droits de l'homme ou l'assistance en la matière », p. 4.

La saisine du Défenseur peut être d'office ou à la demande d'un requérant invoquant un intérêt légitime, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence. La saisine peut également se faire par les députés, les sénateurs et certaines commissions parlementaires.

L'institution du « Defensor del pueblo » a servi de modèle pour la création du Défenseur des droits français, d'autant que de nombreux auteurs reconnaissent, à l'instar de M.Gély, que le Défenseur espagnol « *constitue indéniablement une réussite pouvant servir de modèle* »²⁵.

Cependant, la création du Défenseur des droits, loin d'être une simple philosophie politique, s'inscrit dans un contexte européen qui invite instamment l'Etat français à s'aligner sur le droit européen en vigueur.

B- Le droit européen en vigueur

Le Défenseur des droits entre dans la réforme de modernisation des institutions de la République et, à ce titre, doit respecter les prescriptions du droit européen. Cette nouvelle institution se conforme donc tant au droit communautaire (1) qu'au droit conventionnel découlant de l'activité du Conseil de l'Europe (2).

1) Dans la sphère du droit communautaire

Dans le cadre du droit communautaire, une institution analogue au Médiateur de la république et au Défenseur des droits existe : il s'agit du médiateur européen. Il est prévu à l'article 195 du Traité CE. Il est élu par le Parlement européen après chaque élection de celui-ci, pour la durée de la législature, soit cinq ans. Son mandat est renouvelable une fois. Aux termes de l'article 195, il « *exerce ses fonctions en toute indépendance. Dans l'accomplissement de ses devoirs, il ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucun organisme* ». Il est « *habilité à recevoir les plaintes émanant de tout citoyen de l'Union et de toute personne physique ou morale [...] relatives à des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires* ».

Si l'article 195 traite du médiateur européen, il n'impose pas aux Etats membres de disposer d'une autorité analogue. On peut cependant y voir une incitation à aller en ce sens, notamment par l'affirmation du réseau des médiateurs et ombudsmans européens qu'il anime.

Néanmoins, plusieurs directives imposent la création d'autorités indépendantes chargées de la protection de certains droits fondamentaux. Par exemple, la directive européenne n°95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dispose, dans son article 28, que les Etats membres doivent mettre en place une ou plusieurs autorités publiques chargées de surveiller, en toute indépendance, les dispositions prises par les Etats en application de la directive. Dans ce cadre, les autorités de contrôle doivent pouvoir être saisies par toute personne, ou par une association la représentant, d'une demande relative à la protection de ses droits.

A ce titre, le Défenseur des droits répond à l'exigence communautaire puisqu'il pourra intervenir dans la surveillance des traitements automatisés de données à caractère personnel en devenant membre de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL).

Si le droit communautaire incite à la création d'une institution telle que le Défenseur des droits, le Conseil de l'Europe, de part son activité, encourage également ce genre d'initiative.

2) Dans la sphère du conseil de l'Europe

L'institution de l'ombudsman s'inscrit naturellement dans le cadre du droit conventionnel qui découle du Conseil de l'Europe puisque la défense des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est au cœur de ses activités.

Ainsi, le 6 février 2008, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une déclaration ayant pour but d'améliorer la protection des « *défenseurs des droits de l'Homme* »²⁶ et promouvoir leurs activités. Cette déclaration encourage les Etats membres à reconnaître ou renforcer la compétence et la capacité des commissions indépendantes, médiateurs ou institutions nationales des droits de l'Homme afin de recevoir des plaintes concernant la violation des droits, de les examiner et de faire des recommandations pour leur résolution.

A cet égard, la création du Défenseur des droits, dont le but clairement affiché est de « *donner plus de cohérence et plus de lisibilité à l'ensemble institutionnel chargé de la*

²⁵ GELY D., « Le Défenseur du peuple espagnol en modèle », op.cit., 28 juillet 2008, p.1482.

²⁶ Cela recouvre l'ensemble des personnes ou organisations, publiques ou privées (ex les ONG) qui œuvrent à la promotion et à la défense des droits de l'Homme.

protection des droits et libertés, et à doter la nouvelle institution de pouvoirs et de moyens d'actions renforcés »²⁷, répond directement aux souhaits du Conseil de l'Europe.

Il est indéniable que la création du Défenseur des droits s'inscrit dans une tendance internationale puisqu'il existe une réelle « *popularité du concept d'ombudsman* »²⁸. Cependant, « *chaque pays, à un instant donné, a l'ombudsman qu'il mérite* »²⁹, si bien que le Défenseur des droits répond à une conception nationale de l'institution avec ses particularités propres.

II- Le Défenseur des droits : une conception nationale

Avant la création du Défenseur des droits en 2008, la France ne connaissait pas pour autant un vide en la matière. En effet, la loi du 3 janvier 1973 avait institué le Médiateur de la République qui constituait, à l'époque, un progrès notable pour protéger les droits des citoyens. Cependant, le Médiateur de la République, de part ses fonctions et ses moyens d'action, était loin de pouvoir s'ériger en ombudsman, si bien que certains auteurs l'ont qualifié « *d'ombudsmanqué* »³⁰.

Avec la création du Défenseur des droits, la France connaît une importante évolution dans la protection des droits des citoyens (A) qui n'est pas sans impact sur le système dans sa globalité (B).

A- Du Médiateur de la République au Défenseur des droits

L'absence de saisine directe du Médiateur de la République, l'interdiction qui lui était faite d'intervenir en justice, la création ultérieure d'autorités administratives indépendantes dont les champs de compétence respectifs paraissaient empiéter en tout ou partie sur celui du Médiateur, en ont limité la portée. Cela a pu donc conduire à « *une dilution des responsabilités qui est par elle-même préjudiciable aux droits des personnes* »³¹.

Désormais, tant le champ d'action du Défenseur des droits (1) que l'étendue de ses pouvoirs (2) ou encore les modalités de sa saisine (3) ont été élargis et renforcés.

²⁷ Extrait de l'exposé des motifs du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, p.3.

²⁸ ROWAT D-C, « Pourquoi un ombudsman parlementaire ? », in *Revue française d'administration publique*, n°64, 1992, p. 567.

²⁹ LE CLAINCHE M. « L'ombudsman, cet inconnu », op.cit., n°64, 1992, p.565.

³⁰ LEGRAND A., « Médiateur et ombudsman : un problème mal posé », op.cit., 1973, n°840, p.12.

1) Le champ d'action du Défenseur des droits

Les attributions du Défenseur des droits s'étendront non seulement à celles aujourd'hui exercées par le Médiateur de la République, mais seront élargies à celles du Défenseur des enfants et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Pour que son action soit efficace en la matière, le Défenseur sera assisté de deux collègues de trois personnalités qualifiées en ce domaine et qui seront obligatoirement consultés sur le traitement des réclamations dans ces deux secteurs³².

L'articulation avec les autres autorités administratives indépendantes chargées de la protection des droits et libertés sera renforcée. Ainsi, le Défenseur des droits pourra être associé, à sa demande, aux travaux de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE) ainsi qu'aux travaux de la CNIL. Il pourra alors participer en personne, ou en désignant un représentant, aux collèges de ces deux autorités, avec voix consultative. Le Défenseur, à l'instar de son prédécesseur le Médiateur, sera également membre de droit de la Commission Nationale consultative des Droits de l'Homme.

La détermination de ce champ de compétence a sans doute été une question délicate à trancher. Le choix aurait pu se porter sur deux autres possibilités. Tout d'abord, on aurait pu voir une reprise à l'identique de la compétence du Médiateur. Cependant, cette option n'entraînait pas dans le but affiché par le pouvoir constituant « *qui a entendu, non seulement doter le Défenseur des droits d'une forte autorité morale, mais également clarifier le paysage institutionnel en matière de protection des droits et libertés* »³³. L'autre option aurait été de regrouper l'ensemble des autorités administratives indépendantes chargées de la protection des droits et libertés. La création du Défenseur aurait pu être l'occasion de fusionner l'ensemble de ces autorités. Mais le Défenseur, agissant dans des domaines particulièrement variés, aurait vu son efficacité amoindrie puisque certains domaines d'intervention auraient été marqués par une technicité particulière à laquelle il aurait eu des difficultés à faire face. Finalement, c'est une « *voie médiane* »³⁴ que le constituant a choisi avec une intégration progressive des autorités considérées. Ainsi, s'agissant de la protection des droits des mineurs, elle est déjà partagée entre le Médiateur et le Défenseur des enfants. S'agissant de la déontologie des activités de sécurité, elle ne donne lieu qu'à un petit nombre de saisines (147

³¹ Extrait de l'exposé des motifs du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, p.3.

³² C'est le Chapitre 1^{er} (« Dispositions relatives aux collègues ») du Titre III (« Dispositions relatives à l'intervention du Défenseur des droits ») du Projet de loi organique qui crée et organise la composition de ces deux collègues.

³³ Voir l'étude d'impact jointe au projet de loi organique, p.32-33.

en 2008 selon l'étude d'impact) ce qui permet au Défenseur des droits d'en connaître sans surcharge de travail.

Si le champ d'action du Défenseur des droits se trouve élargie par rapport à celui du Médiateur de la République, il en va de même concernant l'étendue de ses pouvoirs.

2) L'étendue des pouvoirs du Défenseur des droits

Le statut du Défenseur des droits va se voir renforcer par rapport à celui du Médiateur. En effet, son mode de nomination, par décret en conseil des ministres, les immunités dont il bénéficiera et les incompatibilités auxquelles il sera soumis participent à ce renforcement³⁵.

Par ailleurs, pour être efficace dans le champ d'action qui lui est imparti, le Défenseur des droits verra ses pouvoirs accrus³⁶. Ainsi, quatre innovations importantes vont être mises en place pour assurer l'efficacité de son action.

Tout d'abord, il pourra enjoindre à l'administration ou à l'organisme en cause, si ses recommandations n'ont pas été suivies d'effet, de prendre les mesures nécessaires, y compris en réformation d'une décision, et le cas échéant publier un rapport spécial si aucune suite n'est donnée.

Ensuite, il aura la possibilité de proposer aux parties au litige de conclure une transaction. Ce nouveau pouvoir pourra lui permettre d'apporter une réponse à une situation non pas illégale, mais inéquitable. Ce pouvoir rapproche le Défenseur des droits de l'ombudsman néerlandais.

Ensuite, le Défenseur aura le droit, soit spontanément, soit sur invitation de la juridiction ou d'une partie au litige, de présenter des observations dans une affaire en cours, qu'elle soit civile, administrative ou pénale.

Enfin, il sera en mesure de saisir le Conseil d'Etat d'une demande d'avis sur l'interprétation ou la portée d'un texte législatif ou réglementaire. Ce pouvoir permet de couper court à toute difficulté qui proviendrait d'interprétations divergentes des textes applicables. Il s'agit, en quelque sorte d'une question préjudicielle qui tend à s'apparenter à la procédure d'*amparo* que le Défenseur Espagnol peut soulever.

³⁴ Voir l'étude d'impact jointe au projet de loi organique, p.33.

³⁵ Ceci est prévu au Titre 1° (« Dispositions générales »), article 1, 2 et 3 du Projet de loi organique.

³⁶ Les pouvoirs du Défenseur sont prévus au Chapitre III (« Dispositions relatives aux pouvoirs du Défenseur des droits »), articles 20 à 27 du Titre 3 (« Dispositions relatives à l'intervention du Défenseur des droits ») du Projet de loi organique.

L'importance de ses pouvoirs est renforcée par des moyens d'investigations élargis³⁷ : non seulement les personnes ou les organismes mis en cause devront communiquer au Défenseur toutes informations et pièces utiles et autoriser les agents placés sous leur autorité à répondre à ses questions, mais il bénéficiera également d'un droit d'accès (et même d'un droit d'accès inopiné en cas de nécessité impérieuse) aux locaux administratifs ou professionnels. Ces obligations pourront faire l'objet de sanctions en cas de méconnaissance.

Le renforcement de l'étendue des pouvoirs du Défenseur des droits s'accompagne de nouvelles modalités de saisine.

3) Les modalités de saisine du Défenseur des droits

Le Médiateur de la République ne pouvait être saisi que par l'intermédiaire d'un parlementaire. Il s'agissait de protéger « *le Médiateur d'éventuelles pressions des administrés* »³⁸ puisqu'ils devaient adresser leur réclamation au député ou au sénateur de leur choix.

Désormais, la saisine du Défenseur des droits sera facilitée³⁹. Il pourra être saisi directement par toute personne s'estimant lésée dans ses droits et libertés par le fonctionnement d'une administration. Cette saisine sera gratuite, caractéristique qui confirme le rapprochement du Défenseur des droits de l'institution de l'ombudsman.

Dans le cas où les droits d'un enfant seraient mis en cause, le Défenseur pourra être saisi par le mineur lui-même ou par son représentant légal, par des membres de sa famille, par une association reconnue d'utilité publique ou par les services médicaux et sociaux.

Dans tous les autres domaines, le Défenseur pourra se saisir d'office de faits relevant de sa compétence. La seule condition à cette auto saisine sera que l'intéressé soit averti et ne s'oppose pas à l'intervention du Défenseur.

Enfin, les parlementaires pourront toujours le saisir des réclamations dont ils auraient été les destinataires.

³⁷ Chapitre II (« Dispositions relatives aux moyens d'information du Défenseur des droits »), articles 15 à 18 du Titre 3 (« Dispositions relatives à l'intervention du Défenseur des droits ») du Projet de loi organique.

³⁸ RENOUX T-S, « Le médiateur de la République française », in *LPA*, n°19, 12 février 1990, p.6.

³⁹ Titre 2 (« Dispositions relatives à la saisine du Défenseur des droits »), articles 4 à 10 du Projet de loi organique.

Si « *l'institution de l'ombudsman est indiscutablement liée à la démocratie* »⁴⁰, la création du Défenseur des droits est une avancée importante dans le système de protection des droits et libertés fondamentaux.

B- L'impact de la création du Défenseur des droits

En inscrivant le Défenseur des droits dans la Constitution⁴¹, norme suprême, « *la France manifeste l'autorité qu'elle entend lui reconnaître, rejoignant ainsi les Etats membres de l'Union européenne qui ont donné un rang constitutionnel à leurs ombudsmen* »⁴².

L'impact de cette consécration est importante et se manifeste à deux égards : la création du Défenseur des droits aura des impacts tant juridiques (1) que sociaux (2).

1) Les impacts juridiques

La création du Défenseur des droits revient à fusionner au sein d'une même institution trois autorités administratives indépendantes. Cette réforme entraîne donc une modification de la loi en vigueur, et plus particulièrement cela entraîne l'abrogation de trois lois existantes : la loi instituant le Médiateur de la République⁴³, la loi instituant le Défenseur des enfants⁴⁴ et enfin la loi portant création de la Commission nationale de déontologie de la sécurité⁴⁵.

Par ailleurs, de nombreux codes et textes de lois devront être modifiés tels le code de l'action sociale et des familles ou encore le code de la justice administrative⁴⁶.

L'instauration de la nouvelle institution aura également pour effet de modifier le contentieux. Premièrement, il y aura un impact sur le contentieux à l'égard des décisions ou des recommandations du Défenseur des droits. Le gouvernement estime que « *cet impact devrait être négligeable* »⁴⁷ puisque ni les recommandations ou les injonctions, ni le rejet des réclamations adressées au Défenseur ne seront susceptibles de recours. Le constituant entend donc respecter la décision d'Assemblée Retail du 10 juillet 1981 par laquelle le Conseil d'Etat

⁴⁰ LE CLAINCHE M. « L'ombudsman, cet inconnu », op.cit., n°64, 1992, p.565.

⁴¹ Le titre XI bis de la Constitution du 4 octobre 1958 est consacré au Défenseur des droits.

⁴² Extrait de l'exposé des motifs du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, p.3.

⁴³ Loi n°73-6 du 3 janvier 1973.

⁴⁴ Loi n°2000-196 du 6 mars 2000.

⁴⁵ Loi n°2000-494 du 6 juin 2000.

⁴⁶ Pour une liste exhaustive des codes et textes de lois à modifier, voir l'étude d'impact jointe au Projet de loi organique, p.37.

⁴⁷ Voir l'étude d'impact jointe au Projet de loi organique, p.38.

a jugé que les réponses adressées par le Médiateur aux parlementaires n'ont pas le caractère de décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux.

Les seules actions juridictionnelles engendrées par l'activité du Défenseur seraient donc seulement celles résultant de la mise en œuvre de ses pouvoirs d'investigation. Deux cas de figure sont possibles : soit le juge administratif des référés ou le juge des libertés ou de la détention sont saisis d'une difficulté en cas de contrôle sur place, soit une attitude d'obstruction rend nécessaire une action pénale.

Deuxièmement, il y aura un impact sur le contentieux administratif ou judiciaire mettant en cause un service public. Il s'agit en fait d'un impact indirect favorable aux juridictions. En effet, de part ses interventions, le Défenseur des droits pourra jouer un rôle déterminant dans la prévention du contentieux. De plus, l'accessibilité directe du Défenseur par les citoyens, notamment grâce à ses délégués de proximité, pourra conduire à ce qu'un certain nombre de plaignants ne se manifesteront qu'après les conseils avisés et l'assistance du Défenseur, réduisant ainsi l'encombrement des juridictions.

Si les impacts juridiques sont nombreux étant donné la nature de la réforme constitutionnelle, les impacts sociaux n'en sont pas moins importants.

2) **Les impacts sociaux**

Le but affiché de la réforme est de mieux garantir les droits des administrés. En cela, l'impact social est très fort car désormais les citoyens pourront compter sur une institution dont les moyens d'action sont renforcés permettant ainsi une amélioration du taux des médiations réussies. Les citoyens peuvent espérer ainsi recevoir une réponse adaptée à chaque cas individuel.

Cet espoir repose également sur le fait que les recommandations du Défenseur seront effectivement prises en considération puisque la possibilité de publier un rapport spécial au Journal officiel, en cas de recommandations puis d'injonctions restées sans effet, permettra au Défenseur d'exercer une pression plus forte sur l'organisme mis en cause.

De plus, les règlements amiables étant facilités par la possibilité donnée au Défenseur des droits de proposer les termes d'une transaction, cela permettra d'apporter une solution à certains litiges en équité. L'instauration d'une intervention *ex aequo et bono* est une avancée majeure.

De manière plus générale, le fait que le Défenseur des droits puisse saisir le Conseil d'Etat d'une demande d'avis permettra de donner une réponse efficace à une réclamation collective et unanime de la part des citoyens, en ce sens que les demandes identiques et répétitives pourront alors être résolues d'une seule action de la part des services du Défenseur.

Enfin, les services du Défenseur et les délégués locaux auront un grand rôle à jouer dans le rétablissement du dialogue entre l'administration et les personnes en situation de précarité ou d'exclusion.