



ASSOCIATION DES OMBUDSMANS ET
MÉDIATEURS DE LA FRANCOPHONIE

CONTRIBUTION DE L’AOMF AU 3EME RAPPORT DE L’OIF

**SUR « L’ETAT DES PRATIQUES
DE LA DEMOCRATIE, DES DROITS ET DES LIBERTES
DANS L’ESPACE FRANCOPHONE »**

Rapport réalisé pour l’AOMF,
Par Serge PETIT, Avocat général à la Cour de cassation française, ancien directeur
des études du Médiateur de la République française,
assisté de Camille PORTO, Annabelle THISSE et Audrey NESPOUX.

7 mars 2008

INTRODUCTION 4

PREMIERE PARTIE : LE MEDiateUR ET LA QUALITE DE LA JUSTICE 5

1. Le Médiateur, un instrument pré-contentieux de liaison entre les administrés et l'administration.	6
a. La compétence des Ombudsmans dans le règlement des réclamations des particuliers	6
i. Orientation et Conseil du citoyen	6
ii. Recommandation	8
iii. L'action en justice	9
iv. Vers un développement des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges (MARL)	10
b.« De la réalité sociale à la loi » (Médiateur de la République française)	12
2. Le Médiateur, garant de la qualité de la justice	15
a. La sécurité juridique des administrés	16
i. L'exécution des décisions de justice	16
ii. Le dualisme juridictionnel	17
iii. L'harmonisation du droit	19
b. Responsabilité du service public de la justice	19
c. Les lieux d'enfermement	23
i. La délimitation de la compétence des Médiateurs en matière de contrôle des lieux d'enfermement dans le contexte international.	23
i.i. L'impact des conventions internationales	23
i.ii. Le positionnement des Médiateurs par rapport à ce nouveau mécanisme national de prévention : faire jouer la complémentarité.	28
ii. Les défis à relever pour assurer des meilleures conditions de vie aux personnes privées de liberté : constat et force de proposition des médiateurs.	29
ii.i. La surpopulation carcérale	29
ii.ii. La nécessaire création de quartiers spécialisés	31
ii.iii. La psychiatrie	32
ii.iv. Santé, hygiène et salubrité	34
ii.v. La réinsertion	35
iii. Les Médiateurs garants du respect de la primauté du droit dans les lieux d'enfermement	37
iii.i. La coopération avec tous les acteurs de la procédure	37
iii.ii. La transparence des normes et le respect de la légalité	37
iv. Les outils d'action des médiateurs dans les lieux d'enfermement	39
iv.i. Le traitement des réclamations individuelles des personnes détenues	39
iv.ii. Les visites des médiateurs dans les lieux d'enfermement	40

SECONDE PARTIE : LE MEDIATEUR AU CŒUR DE LA GOUVERNANCE DEMOCRATIQUE

43

1. Le statut du médiateur, gage de gouvernance démocratique

44

a. Indépendance du Médiateur

45

i. Insertion dans la Constitution 45

ii. Nomination 47

iii. Cumul des fonctions 49

b. le contrôle du médiateur

51

i. les rapports d'activité annuels 51

ii. la publicité 52

c. la structure de l'organisation de médiation

53

i. une présence régionale 53

ii. une répartition des compétences entre plusieurs institutions 54

d. le service de communication du médiateur

55

2. Le contrôle de l'administration, un gage de gouvernance démocratique

57

a. Les deux modes de protection des droits des citoyens

57

b. Les pouvoirs du médiateur

59

i. La réflexion et la concertation 60

i.i. avec les administrations de son Etat 60

i.ii. Sur le plan international 61

ii. Le pouvoir d'injonction 63

iii. L'obtention des informations 65

iv. Les enquêtes sur des problèmes systémiques 66

v. Le contrôle de l'utilisation des comptes publics 67

vi. Un élargissement possible, le contrôle du contentieux pré-électoral 69

ANNEXE 1 - LE POSITIONNEMENT CONSTITUTIONNEL

70

ANNEXE 2 - LES MODES DE NOMINATION

71

ANNEXE 3 - LE CUMUL DES FONCTIONS

72

Introduction

L'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) publie tous les deux ans un rapport intitulé « Etat des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone », qui sera soumis au Secrétaire général de la Francophonie puis aux Etats et gouvernements membres lors du prochain Sommet de la Francophonie qui se déroulera à Québec en octobre 2008.

Les thèmes de ce troisième rapport se distinguent par le choix des axes d'orientation de l'OIF. Cette année, le rapport auquel l'AOMF apporte sa contribution est centré sur **la justice et la gouvernance**.

La contribution de l'AOMF à ce rapport, sollicitée par la délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'homme de l'O.I.F., a pour objectif de mettre en lumière le rôle qu'ont ou peuvent avoir les Médiateurs et Ombudsmans dans la promotion d'une justice de qualité et d'une bonne gouvernance.

Concernant la qualité de la justice, l'OIF souhaite que soit notamment développé le contrôle des lieux d'enfermement.

Dans cette perspective, un état des lieux des bonnes pratiques des Etats membres de l'AOMF est de nature à fournir des indicateurs d'évaluation et à formuler des recommandations.

Dans le strict respect des contingences de temps relativement contraintes fixées au groupe de travail constitué par Jean Paul DELEVOYE, Médiateur de la République française, c'est naturellement sans prétendre à une quelconque exhaustivité que sont présentées ci après quelques pistes de réflexion aptes à alimenter une étude plus approfondie à parfaire.

Première Partie : Le Médiateur et la qualité de la justice

La Déclaration de Bamako souligne que la justice détient un rôle essentiel dans la consolidation de l'Etat de droit et la démocratie ainsi que dans la promotion et la protection des droits et libertés fondamentaux. Afin, de constituer « un des piliers de la cohésion sociale et de la confiance des justiciables dans leur système judiciaire »¹, les ministres francophones de la justice ont rappelé que celle-ci « doit être indépendante, impartiale, accessible et efficace »².

Les Etats membres de la francophonie se sont par ailleurs engagés « à généraliser et à accroître la portée du contrôle sur tous les organes et institutions »³, par des instances impartiales. Le service public de la justice ne fait pas exception à cet engagement et doit donc pouvoir faire l'objet d'un droit de regard exercé par une instance impartiale telle que celle du Médiateur.

Le Médiateur est une institution non juridictionnelle de protection des individus dans ses rapports avec l'administration, qui vient en complément de la protection qu'offrent les recours internes des administrations et les recours juridictionnels auprès des tribunaux des deux ordres à qui il appartient de résoudre les contentieux de nature administrative. Néanmoins, définir l'étendue des pouvoirs d'immixtion de l'institution d'un Médiateur au sein du service public de la justice et par suite déterminer son implication dans la garantie de la qualité de la justice, si tant est que ce soit son rôle, n'est pas simple. Dès lors que ses pouvoirs de contrôle se heurtent inévitablement aux principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire.

Grâce aux réclamations des citoyens qu'il est chargé de recevoir et de traiter, le Médiateur rétablit le dialogue entre l'administration et le justiciable en dehors de tout rapport de force et participe ainsi au développement des modes de règlement simplifiés et non contentieux des litiges. Le traitement des réclamations permet également à l'institution du Médiateur de créer un lien entre la réalité sociale et la

¹ Déclaration de Paris, 14 février 2008, IV^{ème} conférence des ministres francophones de la justice.

² Ibid.

³ Déclaration de Bamako, point 4. A. 5.

⁵ Rapport 2006 du Défenseur des droits de la République Tchèque

loi, de repérer et de signaler les dysfonctionnements afin de favoriser les améliorations de l'appareil judiciaire.

La nécessité d'offrir à l'individu une protection rapide, gratuite et facilement accessible contre toute violation de ses droits rend le contrôle du système judiciaire essentiel pour l'amélioration de la qualité de la justice ; l'examen des différents moyens et pouvoirs attribués à l'institution du Médiateur dans chaque Etat permet de dégager des pistes de réflexion en faveur d'une capacité de veille sur la qualité de la justice.

Par ailleurs, le rôle du Médiateur dans la protection des individus particulièrement fragiles et vulnérables, tels que les détenus, exige un examen spécifique eu égard aux relations distantes et contraintes, voire réduites qu'entretiennent ces derniers avec l'administration et au manque de respect général de la dignité humaine dont les systèmes pénitentiaires peuvent être tenus pour responsables.

1. Le Médiateur, un instrument pré-contentieux de liaison entre les administrés et l'administration.

Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges, conjugué à la recherche d'une justice accessible et efficace, contribue à l'amélioration de la justice dès lors que ces derniers permettent non seulement de faciliter les rapports des administrés avec l'administration, mais aussi qu'ils contribuent également au désengorgement des tribunaux dont les délais de jugement demeurent un problème récurrent.

L'institution du Médiateur joue tout d'abord un rôle clé d'orientation et de conseil de l'administré, le plus souvent suffisant pour satisfaire à une réclamation. Néanmoins, le Médiateur doit aussi pouvoir devenir un intermédiaire efficace entre l'administration et l'administré, corrigeant, si besoin est, le déséquilibre entre les deux acteurs en présence par la résolution équitable du différend.

a. La compétence des Ombudsmans dans le règlement des réclamations des particuliers

i. Orientation et Conseil du citoyen

Le Protecteur du citoyen du Québec ainsi que le Médiateur de la République française, reconnaissent volontiers que leur rôle

fondamental est celui d'orienter le citoyen vers les institutions, associations, procédures (...) qui lui sont offertes et de conseiller sur les droits et recours les mieux adaptés.

Néanmoins, la saisine du Médiateur de la République française n'est pas directe, la réclamation d'un particulier doit lui être transmise soit par un parlementaire, soit par l'un de ses délégués, même si dans la pratique la régularisation *a posteriori* n'empêche pas de traiter les requêtes.

Dans son rapport annuel, l'Ombudsman de la République de Macédoine distingue deux catégories : les saisines directes et les saisines régularisées par un parlementaire.

Dans ces deux pays, les saisines directes, pourtant dépourvues de caractère légal reçoivent en pratique le même traitement dès lors que chaque réclamation, qu'elle soit recevable ou non, reçoit une réponse individuelle et argumentée.

Le Défenseur public des droits de la République Tchèque est saisi directement par téléphone ou Internet et il peut même recevoir des visites personnelles au siège. Dès le début de son mandat, un principe a été rigoureusement respecté : *« tous ceux qui s'adressent au Défenseur ou à ses collaborateurs sont bien accueillis et obtiennent l'assistance ou l'explication des raisons pour lesquelles ils ne peuvent bénéficier de l'appui du Défenseur »*.⁵

Dès lors que le Médiateur est un interlocuteur privilégié pour l'administré, ne serait-ce pas plus concevable de fixer comme critère de bonne pratique la saisine directe de l'institution du Médiateur?

Contrairement à ce que craignent souvent les députés, la saisine directe du Médiateur par l'administré ne fait de toute façon pas obstacle à la possibilité pour le parlementaire de mettre l'accent sur les problèmes de mal administration rencontrés au niveau local. Le filtre parlementaire vient ajouter un échelon inutile dans un secteur sensible aux préoccupations de simplification des formalités administratives.

La lisibilité de cette « complexité » susceptible de générer retards et découragements est clairement remise en cause par les usagers qui aspirent à un accès de proximité au Médiateur, dépouillé de tout formalisme.

N'y a-t-il pas d'ailleurs une contradiction entre la saisine du Médiateur par les députés et le fait que ces derniers possèdent eux-mêmes le pouvoir de proposition et de réécriture de la loi si les réclamations répétitives recueillies sont de nature à justifier une réécriture du dispositif en cause ?

ii. Recommandation

Qu'une décision administrative soit légale ou non, elle peut causer des désagréments inévitables à l'égard de l'administré qui saisit alors l'institution du Médiateur.

Selon les pays, le Médiateur détient plusieurs prérogatives lui permettant de se rapprocher de l'administration concernée afin de veiller à ce que les réclamants obtiennent réparation. L'Ombudsman de la République de Macédoine détient quatre pouvoirs différents d'interpellation de l'Administration selon l'importance du dossier qu'il a à traiter : recommandation, indication, opinion et suggestion.

Il faut également rappeler que l'accès au Médiateur est informel afin d'être facilité et qu'il peut proposer des réparations qu'un tribunal ne peut ordonner. Le Défenseur public des droits de la République Tchèque rappelle que de simples excuses de l'administration suffisent souvent à l'administré.

Néanmoins, le Médiateur doit agir en équité et rechercher une réparation appropriée, une réparation qui ne doit pas seulement satisfaire la personne lésée mais qui permettra à plus long terme de garder de bonnes relations avec l'administration et de faire en sorte que celle-ci rende davantage compte de ses actions et traite ses administrés avec une plus grande « convivialité » (Défenseur de la République Tchèque) et une plus grande équité.

Cependant, le Médiateur ne doit pas non plus sembler « frileux » face à l'administration, et ne doit pas accepter des propositions de réparation sans commune mesure avec le préjudice causé à l'administré.

Une amélioration progressive des formalités administratives et de leur traitement par l'administration en pré-contentieux est donc indispensable pour éviter les procédures judiciaires ou administratives (dans les cas des pays ayant un dualisme juridictionnel) et privilégier grâce à des procédures administratives fiables et équitables, un règlement amiable du litige.

Question : serait-il dès lors possible que chaque organisme administratif, chaque service public soit contraint de posséder individuellement son propre système interne de traitement des réclamations ?

Le rôle du Médiateur national, régional ou local serait alors de contrôler les conditions de traitement des litiges et les propositions de règlement issues de ces systèmes dont l'autonomie serait préservée mais dont l'indépendance serait garantie par une institution supérieure présentant toutes garanties d'impartialité.

En cas de non respect de ces recommandations non contraignantes ou d'absence de réponse de la part de l'administration aux propositions du Médiateur, la plupart des institutions de Médiateurs ont la possibilité de transmettre un rapport officiel au ministère concerné, ou directement au Parlement grâce à un rapport spécial.

Certaines institutions, tel que l'Ombudsman de la République de Macédoine⁶, choisissent de dénoncer les manquements de l'administration non seulement dans le rapport annuel de l'institution mais aussi en utilisant les médias.

Le Médiateur doit pouvoir réagir face au refus ou à la mauvaise volonté de l'administration. Les différents modes de pression prévus sont-ils suffisants ? Ne serait-il pas intéressant de suivre l'exemple fourni par le Médiateur irlandais, qui peut rédiger un rapport spécial concernant l'organisme concerné et l'adresser à une Commission parlementaire qui convoque cet organisme afin qu'il s'explique ?

iii. L'action en justice

Dans certains pays tel qu'en République de Macédoine ou encore en République Tchèque, les Médiateurs peuvent introduire des actions en justice. Le Défenseur public de la République Tchèque peut porter plainte et déclencher l'action publique (en 2006, plainte contre X dans le cadre de l'enquête portant sur les stérilisations opérées notamment sur les femmes Roms) et peut également, depuis le 1^{er} janvier 2006, proposer au Procureur général d'introduire une instance pour protéger l'intérêt public dans le cadre d'enquêtes de portée très générale. Cependant, la plupart des Ombudsmans ne détiennent pas ce pouvoir.

⁶ Articles 25, 34 de la Loi du 10 septembre 2003 relative à la création de l'Ombudsman de la République de Macédoine

Selon la Protectrice du citoyen du Québec, qui ne détient que des pouvoirs non contraignants de recommandation, ce pouvoir d'agir en justice contre les membres de l'administration entraînerait plus de méfiance de la part de l'Administration et donc un manque de transparence. De fait, les indicateurs des rapports annuels des deux pays démontrent que la Protectrice du citoyen obtient de meilleurs résultats dans ses demandes d'informations à l'administration que le Médiateur de la République de Macédoine, qui se heurte à plus de réticences.

On peut également rappeler que la HALDE (Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité) en France, peut se porter partie civile dans une action en justice et que le Commissaire aux Droits de l'homme du Conseil de l'Europe pourra bientôt, en vertu du Protocole 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, intervenir dans les affaires pendantes devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Ne peut-on imaginer dès lors que, si une réclamation ne parvenait pas à être réglée à l'amiable et que l'administré soit obligé de s'en remettre au juge, le Médiateur puisse, sans prendre part à l'instance en tant que partie, intervenir volontairement dans la cause, être entendu comme simple témoin ou remettre ses observations au Juge ?

iv. Vers un développement des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges (MARL)

La volonté de développement des MARL répond à la nécessité d'améliorer le service public de la justice qui souffre d'une disproportion entre ses capacités de traitement des dossiers et l'augmentation des demandes qui lui sont adressées.

Les procédures civiles ont garanti la possibilité de recourir, à divers moments du procès, à un système de conciliation, de transaction ou de médiation, suppléant à l'office du juge et permettant le désengorgement des tribunaux et l'accélération de la résolution des litiges. Ce préalable est négligé en raison de l'engorgement des tribunaux et du faible effectif des magistrats, qui renoncent à user de ces techniques procédurales.

L'action en équité du Médiateur ne dispose cependant que rarement d'une telle prérogative, ses textes fondateurs prévoyant l'impossibilité

pour lui de mener une enquête en parallèle à toute action en justice introduite entre les mêmes parties et portant sur le même objet.

La pratique montre que nombre de réclamations adressées au Médiateur sont en effet suspendues, du fait de l'existence d'un recours. Une modification législative portant extension des pouvoirs du Médiateur en ce domaine permettrait tout à la fois d'assurer une augmentation des affaires traitées par le Médiateur tout en favorisant la rapidité d'un traitement plus équitable des réclamations. Il faut préciser, comme le rappelle justement le Médiateur fédéral belge dans son rapport 2006, que l'introduction du recours juridictionnel représente souvent le seul moyen de préserver les droits du requérant, en cas d'échec de l'intervention du Médiateur.

Cette limitation des MARL administratifs a sans doute pour origine le doute premier que pouvait susciter ces toutes nouvelles institutions publiques de médiation lors de leur création. Compromettre les garanties qu'offrent les juridictions pour y substituer la résolution d'un organe n'ayant encore pas fait les preuves ni de son indépendance ni de son efficacité eut été prendre un risque inconsidéré.

La légitimité des Médiateurs et des Ombudsmans n'est cependant maintenant plus contestable et une évolution de leurs pouvoirs de règlement alternatif des litiges permettrait sans aucun doute l'amélioration de la rapidité et le désengorgement des secteurs publics.

C'est ainsi que les Médiateurs fédéraux belges étudient une proposition de réforme portant sur leurs relations avec la justice, qui suggère une modification de l'article 13 de la loi du 22 mars 1995 aboutissant à la suspension de l'examen du litige par le juge « lorsque les faits font l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours administratif organisé », c'est-à-dire jusqu'à ce que le Médiateur ait traité la réclamation dont il est saisi. Ce **sursis à statuer** aurait pour effet de combattre le pouvoir d'exécution d'office de ses décisions par l'administration nonobstant le recours juridictionnel, dépourvu, dans la plupart des pays, d'effet suspensif.

Une autre piste consisterait à l'autoriser à intervenir dans la cause d'un citoyen ayant préalablement fait appel à ses services. D'autres autorités administratives indépendantes protectrices des droits de l'Homme, comme la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité en France, possèdent ce pouvoir de faire état de leurs

observations devant les juridictions. Le caractère global du champ d'intervention du Médiateur donnerait une grande importance à cette prérogative, en faisant de lui un instrument puissant de justice au sein des juridictions, permettant ainsi au citoyen de disposer des services et de l'expertise du Médiateur dont les conclusions figureraient aux pièces de la procédure. L'assistance d'un avocat le représentant lui conférerait la légitimité procédurale et juridictionnelle dont il est aujourd'hui dépourvu.

Ne faut-il envisager de généraliser le caractère suspensif de la saisine de l'ombudsman à l'égard des procédures en cours, de façon à faire échec au privilège d'exécution d'office des décisions de l'administration? Ne peut-on concevoir un droit d'ingérence du Médiateur lui conférant un pouvoir d'intervention volontaire dans la cause en cours de jugement ?

b. « De la réalité sociale à la loi » (Médiateur de la République française)⁷

Le traitement de réclamations individuelles permet au Médiateur de détecter les situations d'iniquité dans l'examen des requêtes transmises par les citoyens puisque celles-ci sont la « *chambre d'écho des débats de fond de la société* » (Médiateur de la République française). Cette prérogative essentielle du Médiateur lui permet donc de se forger un point de vue sur les problèmes systémiques de la Société, et donc une expérience importante sur les implications pratiques et concrètes d'une réglementation.

Indépendamment de son pouvoir de proposition de réforme et de sa participation aux débats législatifs⁸, pouvoirs partagés par la plupart des institutions au sein de la Francophonie, le Médiateur peut se voir également confier un rôle dans le contrôle de conformité de la législation aux normes supérieures auprès des Cours constitutionnelles notamment.

i. Les prérogatives du Médiateur à l'égard de la Cour constitutionnelle

Les mécanismes de protection des libertés et des droits fondamentaux dans les systèmes juridiques des Etats ont incité le

⁷ Rapport 2006 du Médiateur de la République française

⁸ Voir infra Partie 2 : Le Médiateur et la gouvernance démocratique

législateur de certains pays⁹ à étendre la compétence du Médiateur à la saisine de la Cour Constitutionnelle.

L'article 64 de la loi sur la Cour constitutionnelle de la République Tchèque, par exemple, prévoit pour le Défenseur des droits de la République Tchèque le privilège de proposer à la Cour constitutionnelle l'annulation ou l'amendement des normes juridiques infra légales et d'être invité à participer à certaines procédures engagées devant la Cour constitutionnelle en tant que partie intervenante.

En vertu d'une disposition constitutionnelle¹⁰, l'Ombudsman de la République Bulgare peut introduire lui-même une demande de contrôle grâce à un avis à la Cour constitutionnelle et la Cour constitutionnelle peut également le constituer comme partie ; il communiquera alors ses « positions » sur la conformité ou non de la disposition contestée. Ce dernier exerce donc un pouvoir de saisine -par voie d'action et par voie d'exception- de la Cour constitutionnelle. Alors que le Défenseur des droits de la République Tchèque n'a pas encore exercé ces mêmes pouvoirs, l'Ombudsman de la République de Bulgarie a déjà exercé huit « contrôles »¹¹ en 2006, dont les avis et positions sont publiés dans son rapport annuel.

Le comité Balladur¹² emprunte cette voie en prévoyant d'accorder un pouvoir de saisine du Conseil constitutionnel au Défenseur des droits fondamentaux français, qui pourrait ainsi déférer devant cette juridiction tout texte voté par le Parlement mais non encore promulgué qui lui semble contraire à la constitution.

La plus grande partie de la mission du Médiateur est un travail de correction *a posteriori* des conséquences d'une loi ou d'un travail administratif. Le contrôle *a priori*, tel que l'envisage le comité Balladur, ne représente néanmoins que le corollaire indispensable à une action véritablement efficace du Médiateur puisqu'il permet de prévenir toute violation des droits fondamentaux par l'application administrative d'une loi injuste.

⁹ Roumanie, article 13 de la loi de 1997 sur le fonctionnement de l'institution de l'Avocat du Peuple, Albanie article 23 de la loi sur l'Avocat du Peuple du 4 février 1999

¹⁰ Article 150 §3 Constitution de la Bulgarie

¹¹ « checks »

¹² (octobre 2007) Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et sur le rééquilibrage des institutions de la Vème République.

La généralisation de cette procédure de saisine de la juridiction constitutionnelle par le Médiateur par voie d'action ou d'exception tendrait à enrichir les procédures déjà existantes de contrôle des lois.

Recommandation : Généraliser le pouvoir de l'institution du Médiateur de saisir par voie d'action et/ou par voie d'exception la Cour constitutionnelle pour le contrôle des normes juridiques légales et/ou infra légales, dans les limites de l'ordonnancement institutionnel prévu par les différents systèmes juridiques de chaque Etat.

Déclaration de Bamako, 17ème Engagement pour une vie politique apaisée : *Reconnaître la place et faciliter l'implication constante de la société civile, y compris les ONG, les médias, les autorités morales traditionnelles, pour leur permettre d'exercer, dans l'intérêt collectif, leur rôle d'acteur d'une vie politique équilibrée.*

C'est pourquoi la coopération entre l'institution du Médiateur et les juridictions, la société civile, etc. d'une part, et les Médiateurs internationaux (Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Médiateur Européen), la société civile internationale (OIF, AOMF...) et même les juridictions internationales (CEDH, CJCE...) d'autre part, semble opportune et même souhaitable.

Dans l'hypothèse d'une extension de la coopération entre l'institution du Médiateur et les juridictions, ne serait-il pas possible de prévoir la capacité pour les institutions de Médiateur, en cas de nécessité, de requérir des avis auprès des Cours suprêmes des deux ordres de juridiction et de permettre également aux Cours suprêmes de demander l'avis de l'institution de Médiateur, comme le font déjà les Cours constitutionnelles des Etats précités ?

ii. L'éventualité de l'initiative du contrôle de conventionalité

Les normes constitutionnelles ne sont pas les seules normes supérieures auxquelles les normes juridiques légales et infra légales doivent se conformer ; les normes conventionnelles, que les Etats se sont engagés à respecter, constituent également des normes juridiques supérieures.

En France, la contestation de la conventionalité ne peut se faire que par voie d'exception devant les juridictions compétentes.

Dans ses avis concernant les projets de loi, la Défenseure des enfants rappelle régulièrement à la France ses obligations à l'égard de la Convention Internationale des Droits de l'enfant.¹³

L'initiative du contrôle de constitutionnalité étant ouverte à l'institution du Médiateur dans certains systèmes juridiques, ne pourrait-on pas étendre l'initiative de ce contrôle à d'autres normes supérieures, et donc permettre à l'institution du Médiateur de soulever l'exception de non-conformité, en intervenant devant le juge supranational ?

2. Le Médiateur, garant de la qualité de la justice

Le rôle que les institutions de Médiateur peuvent jouer dans la garantie de la qualité de la justice est très différent selon les pays et fait toujours l'objet d'un débat autour des besoins et des principes ; l'équilibre demeure en effet difficile à trouver entre l'indépendance tant des tribunaux que de l'institution du Médiateur, et le contrôle nécessaire des dysfonctionnements de la justice.

Ces dysfonctionnements, qu'ils soient administratifs ou juridictionnels, font cependant l'objet de réclamations nombreuses auprès des institutions de Médiateur, et représentent même parfois la majorité des réclamations.

Dès lors que le service public de la justice perd de sa qualité, de son efficacité, de sa rapidité, de son impartialité et de son indépendance, il perd également de sa crédibilité et de sa légitimité ; le Médiateur s'impose alors souvent comme l'ultime protection contre ces divers dysfonctionnements.

La sécurité juridique des administrés, le contrôle de la responsabilité des magistrats, des auxiliaires de justice et du service public et enfin le contrôle des lieux d'enfermement sont les quatre domaines dans lesquels l'examen des pouvoirs du Médiateur permet de dégager des pistes de réflexion quant à son rôle de garant de la qualité de la justice.

¹³ Avis des 17 juin 2007, concernant le projet de loi relatif à la prévention de la récidive des majeurs et des mineurs et 27 septembre 2007 concernant la maîtrise de l'immigration, entre autres.

a. La sécurité juridique des administrés

i. L'exécution des décisions de justice

Le pouvoir d'injonction du Médiateur, qui contraint l'administration à exécuter une décision judiciaire qui la condamne et a force de chose jugée, se décline en une obligation de faire ou une obligation d'indemnisation. Il permet de rééquilibrer les relations entre les administrés et l'administration réticente. Le Médiateur de la République du Mali avoue néanmoins que ce pouvoir est extrêmement difficile à mettre en œuvre notamment en raison « *de l'importance du montant à payer et de son impact sur les autres postes de dépenses de l'Etat, de la non budgétisation des ressources nécessaires à la prise en charge du montant à payer ainsi que la longueur de la procédure à suivre à cet effet et enfin de la divergence d'interprétation de la décision à appliquer* ». ¹⁴ Toujours est-il que l'administration fait valoir en permanence le manque de ressources financières suffisantes.

Serait-il possible d'imaginer, dès lors, la création d'un fonds réservé aux victimes de l'administration, qui permettrait tout d'abord de budgétiser ces indemnisations et surtout de conserver des fonds disponibles en cas de besoin?

En cas de non respect par l'administration de ce pouvoir d'injonction, reste pour la plupart des Médiateurs la menace de rendre public le manquement de l'administration.

Question : les Médiateurs sont-ils dotés d'un pouvoir de sanction suffisant envers l'Administration en cas de non-exécution d'une injonction ? La menace de publicité de la recommandation est-elle assez contraignante ? Peut-on envisager un pouvoir d'amende, d'astreinte ?

L'une des caractéristiques de l'Ombudsman est le caractère consultatif et non obligatoire de ses décisions ; si ses décisions étaient contraignantes il ne serait plus un Médiateur, et si elles étaient impératives, les principes du droit administratif exigeraient qu'elles puissent être contestées : le Médiateur ne serait alors plus le dernier

¹⁴ Rapport 2006 du Médiateur de la République du Mali

recours pré-juridictionnel, ce qui est une autre de ses caractéristiques fondamentales.

ii. Le dualisme juridictionnel

Le système du double ordre de juridiction (judiciaire et administratif) est partagé par une majorité d'Etats de la francophonie. Néanmoins, on ne peut que constater que le dualisme juridictionnel crée parfois des conflits de juridiction et donc des incertitudes et des hésitations pour l'administré. Cela peut entraîner une limitation de l'accès du justiciable à la justice, et une insécurité juridique générée par sa méconnaissance du juge compétent pour son litige. L'administré peut en effet être renvoyé d'une juridiction à l'autre alors même qu'il aura engagé des frais de procédure.

Le ralentissement du procès est un indicateur de dysfonctionnement ; l'absence de jugement dans un délai raisonnable expose la plupart des Etats à des actions en responsabilité.

La séparation des juridictions et les compétences éclatées entre plusieurs juridictions sont-elles un gage d'efficience ? Ne sont-elles pas plutôt constitutives d'une insécurité juridique pour l'administré, dès lors qu'elles accroissent non seulement l'incertitude de l'administré quant à la juridiction à saisir mais aussi le risque d'un allongement excessif du délai du jugement en cas de conflit de juridictions ?

De plus, les différences de règles de procédure applicables devant les deux ordres de juridiction entraînent souvent un déséquilibre entre le justiciable judiciaire et le justiciable administratif.

Ainsi, en France, les décisions de l'administration sont exécutoires d'office. L'administration peut en effet rendre un titre exécutoire sans décision de justice, elle peut donc pratiquer des saisies ou bloquer des comptes bancaires sans décision de justice. Le seul recours possible pour le citoyen est celui de la contestation devant le Juge administratif des voies d'exécution forcée. Cependant ce recours n'est pas suspensif!

Le recours devant le juge administratif n'est d'ailleurs jamais suspensif, ce qui nuit à la garantie des droits des administrés qui ont saisi l'administration, voire le Médiateur lui-même (supra) d'un recours.

En République de Macédoine, si l'Ombudsman conclut à la violation des droits du citoyen par une décision administrative, et s'il considère que l'exécution de cette décision administrative risque de causer des dommages irréparables ou a des conséquences irréversibles pour l'intéressé, il peut exiger que l'application soit différée jusqu'à la décision de la hiérarchie ou jusqu'à la décision de la juridiction compétente.¹⁵

Ne pourrait-on alors, afin d'améliorer le système au bénéfice de l'administré, permettre que la saisine du Médiateur rende le recours devant le Juge Administratif suspensif ou bien que le Médiateur, après étude de la réclamation, ait le pouvoir de rendre le recours devant le Juge administratif suspensif ?

On pourrait se persuader que l'intervention du Médiateur est facilitée par le double ordre de juridiction, dès lors que les décisions concernant l'administration sont toutes prises par une juridiction spécifique et spécialisée dont le contrôle peut paraître plus légitime.

Cependant, le Médiateur est également gêné par le dualisme. En effet, sa compétence est différente selon que la réclamation relève du domaine de compétence de la juridiction judiciaire ou administrative.

Prenons l'exemple de la rétention administrative en France. La décision de rétention est de la compétence de la juridiction administrative donc il y a une possibilité d'intervention du Médiateur, mais dès lors que la phase d'exécution judiciaire de la rétention, par prolongation de la mesure ordonnée par le juge judiciaire, est enclenchée, la compétence échappe au champ d'intervention du Médiateur.

Dès lors que le Médiateur joue déjà un rôle fondamental d'orientation et de conseil en pré-contentieux dans ce domaine, ne peut-on proposer qu'il prenne une part active dans le règlement des conflits de juridiction, soit en faisant tout simplement partie de l'organe juridictionnel chargé d'arbitrer les conflits de juridiction ou en lui permettant d'intervenir par observations dans la cause jugée par les tribunaux judiciaires ? (pour la France : Membre du Tribunal des Conflits)

¹⁵ Article 33 de la Loi du 10 septembre 2003 relative à la création de l'Ombudsman de la République de Macédoine

iii. L'harmonisation du droit

Lors de leur 5^{ème} Conférence, les ministres francophones de la justice ont rappelé que « la connaissance du droit et la compréhension des droits par le justiciable sont des conditions élémentaires d'une justice de qualité ».

Le Médiateur de la République française appelle en 2006 à une simplification de la législation, dénonçant l'empilement des textes et des dispositifs qui se contredisent parfois sans toujours se compléter. Il rappelle également que l'accès au droit est d'abord l'accès à l'information sur l'activité administrative, y compris pour les plus démunis. C'est aussi la compréhension des mécanismes d'accès au droit par une démarche pédagogique systématique. C'est pourquoi l'harmonisation du droit et donc la facilitation de l'accès au droit demeure un objectif essentiel de l'amélioration de la justice.

Le Médiateur peut alors jouer un rôle d'expertise essentiel dans la simplification et l'harmonisation du droit, par sa participation -comme nous l'avons suggéré- soit lors des débats parlementaires, soit lors de la remise des rapports annuels, ou bien directement devant les commissions parlementaires ou le Parlement lui-même lors de la discussion des textes - rien n'interdit même d'imaginer qu'il soit doté du pouvoir d'initiative législative.

b. Responsabilité du service public de la justice

Le contrôle de l'administration judiciaire se heurte aux prérogatives de cette dernière. Les décisions du juge, dont l'indépendance est garantie (constitutionnellement pour le juge judiciaire), possèdent une caractéristique particulière qui met en question la légitimité du Médiateur à contrôler ces institutions ; elles sont porteuses de l'autorité de la chose jugée qui impose de tenir pour acquis le jugement sauf à exercer les voies de recours prévues par la loi. Cette fiction est nécessaire pour mettre fin au litige opposant les deux parties. L'existence d'un contrôle est cependant important pour l'amélioration de la qualité de la justice ; il faut donc déterminer quel rôle exact les Médiateurs peuvent jouer.

Il convient pour cela de garder en mémoire deux principes à concilier. D'une part, l'indépendance de la justice et celle du Médiateur, qui

pourrait être remise en question par l'existence de voies de recours, s'il était doté d'un véritable pouvoir de décision ; d'autre part, la nécessité de donner l'assurance au justiciable que les réclamations seront effectivement prises en considération.

L'urgence est de rendre l'institution judiciaire plus transparente et plus humaine et de rétablir ainsi entre la justice et les justiciables une confiance indispensable, qui constitue un pilier de la démocratie.

Trois situations peuvent être distinguées :

- Premièrement, le rôle des Médiateurs dans les procédures disciplinaires à l'encontre des magistrats

Comme le souligne le rapport « Justice et Etat de droit dans les pays francophones, bilan et perspectives après la 3^{ème} Conférence des Ministres de la Justice des pays ayant le français en partage », ce sont d'autres institutions que le Médiateur, généralement un Conseil supérieur de la magistrature, qui ont en charge la sauvegarde de l'indépendance et le contrôle de la discipline de ce corps. De même, la protection des droits de l'Homme est assurée par la collaboration avec d'autres organisations et organes administratifs. Cependant il semble que tous les Médiateurs puissent développer dans ce domaine un rôle plus actif et participer à des concertations avec les organes judiciaires comme certains le font déjà¹⁶.

Le Médiateur demeure en outre compétent pour intervenir dans les échanges personnels entre magistrats et citoyens. Ainsi l'Ombudsman de l'Ontario est intervenu pour une plainte visant le vice-président d'une Commission d'appel pour le Collège des Vétérinaires de l'Ontario (tribunal administratif). Celui-ci aurait accablé les justiciables de « mauvaises paroles » et n'aurait apparemment pas pris connaissance de leur cas. Cette plainte avait été traitée comme étant dénuée de fondement par le groupe qui avait entendu l'affaire (et dont le vice-président faisait partie). Après avoir signalé les faits à la nouvelle présidente de la Commission d'appel, l'Ombudsman a reçu une lettre l'informant que la présidente avait présenté ses excuses aux justiciables. Celle-ci en effet avait décidé d'adopter des principes de responsabilisation dans toutes les activités de la Commission. Cette affaire, potentiellement ignorée par les conseils de la magistrature, n'en

¹⁶ L'Avocat du Peuple roumain est cité dans le rapport susnommé pour sa collaboration avec le système judiciaire dans ce domaine

demeure pas moins importante pour le justiciable qui attend de l'appareil judiciaire la reconnaissance et le respect de ses droits, reconnaissance qui ne saurait exister sans le respect et l'intérêt que doit s'efforcer de porter tout magistrat aux justiciables qui se présentent devant lui.

En France (après la douloureuse affaire dite d'Outreau), un projet de loi organique prévoyait l'extension du pouvoir de saisine, par les justiciables, du Médiateur de la République par l'envoi de réclamations ou plaintes dirigées à l'encontre d'un magistrat dont le comportement était susceptible de constituer une faute disciplinaire. Finalement censuré par le Conseil constitutionnel, ce texte ouvrait une possibilité intéressante. La loi organique adoptée laisse en friche ce chantier utile au débat national sur la réelle responsabilité du juge. L'action du Médiateur ne remettrait nullement en cause l'autorité de la chose jugée de la décision prononcée, mais compléterait le contrôle exercé par le Conseil supérieur de magistrature.

Question : faut-il étendre les compétences du Médiateur au contrôle de l'activité des magistrats ? Dans quelle mesure et avec quelles garanties ?

- Deuxièmement, le rôle du Médiateur dans le contrôle des auxiliaires de justice

La qualité de la justice ne se limite pas à l'éventuel contrôle des magistrats ; en effet, tous les auxiliaires de justice participent à l'élaboration et à l'exécution de la décision. Le Médiateur a-t-il vocation à s'intéresser aux éventuels dysfonctionnements de ces professions judiciaires ?

Certains Etats ont envisagé la participation du Médiateur dans le traitement des plaintes relatives aux irrégularités commises par les auxiliaires de justice telles qu'une prolongation excessive des délais de réponse ou la délivrance d'informations inadéquates. Ainsi, le Médiateur de la République du Sénégal a participé à des séances de travail avec le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats afin de trouver des solutions communes aux réclamations relatives aux avocats.

Le Médiateur de la République du Congo est intervenu auprès du Président de la Chambre des Notaires pour faire accélérer la réclamation d'un requérant restée jusqu'alors sans suite.

Enfin le Médiateur du Luxembourg souligne un nombre important de plaintes concernant les liquidateurs et les curateurs (Tribunaux de commerce) et met en avant la bonne collaboration qu'il entretient avec les juges commissaires, généralement saisis par le Médiateur pour ce type de réclamations.

Il semble donc qu'à tout le moins pour les professions juridiques (avocats, greffiers, huissiers, etc.) les Médiateurs puissent développer leurs relations avec les organes de contrôle de ces professions ou les ordres professionnels. Une intervention directe des Médiateurs se justifie dans la mesure où l'intervention de l'auxiliaire de justice est obligatoire, que sa participation au service public de la justice est incontestable, que la profession est réglementée et qu'une sous-direction (ou un service ou bureau) des professions judiciaires intervient généralement à ce titre au sein des Ministères de la justice.

- Troisièmement, le rôle du Médiateur en cas de dysfonctionnement du service public de la justice dans le domaine des mesures d'administration judiciaire à caractère non juridictionnel.

Les difficultés relatives au fonctionnement du bureau de l'aide juridictionnelle et du greffe des juridictions, par exemple, relève à l'évidence de la compétence du Médiateur.

Ce domaine de l'administration judiciaire est propice à l'utilisation du pouvoir de réforme du Médiateur, qui peut ainsi attirer l'attention du Ministère de la Justice sur les dysfonctionnements systémiques de son administration.

Le Médiateur de la République française s'est ainsi penché sur la réforme de l'expertise judiciaire et notamment sur les processus d'établissement des listes d'experts, la formation initiale ainsi que le contrôle et l'évaluation des expertises¹⁷. Les expertises tiennent aujourd'hui une place grandissante au sein des procès puisqu'elles permettent autant d'apporter au juge les compétences techniques qui lui font défaut, et d'établir un moyen de preuve.

Le Médiateur de la République française est également intervenu en faveur des interprètes dont le statut était précaire. Il a par ailleurs été associé à une réforme d'ampleur du régime des tutelles,

¹⁷ Médiateur Actualités, février 2008

consécutivement aux dysfonctionnements portés à sa connaissance, ainsi qu'à une modification de la procédure de représentation des parties.

Le rapport de septembre 2006 de la Commission de gestion concernant les relations entre l'Etat et le citoyen suggère également au Bureau de Médiation en matière d'administration judiciaire du Canton de Vaud (établi à titre expérimental) de développer ses propositions d'amélioration. Les demandes de 2004 à 2005 ont augmenté dans ce secteur.

L'accroissement du nombre de demandes dans ce domaine est un fait certain, ce qui nécessite d'y déterminer dès maintenant le champ d'action du Médiateur.

Le Médiateur est à même d'examiner les litiges opposant une personne au service public de la justice, sans intervenir dans l'activité judiciaire proprement dite, et a aussi compétence pour tout ce qui relève des tâches administratives exercées par les juridictions. Il lui est également recommandé d'exercer son pouvoir de proposition de réforme dans ce secteur.

Question : peut-on envisager une extension de ses pouvoirs, et notamment la poursuite de la médiation alors même qu'une procédure judiciaire est engagée ?

c. Les lieux d'enfermement

En préalable, il convient de relever que l'exécution de la peine de prison en tant qu'exécution d'une décision de justice relève naturellement de la compétence du Médiateur, dans les aspects « administratifs » liés aux conditions matérielles de déroulement de la détention et au contentieux des actes accomplis par les agents pénitentiaires.

i. La délimitation de la compétence des Médiateurs en matière de contrôle des lieux d'enfermement dans le contexte international

i.i. L'impact des conventions internationales

Seul le juge judiciaire peut condamner une personne reconnue coupable d'une infraction pénale à une peine privative de liberté.

Les Médiateurs, dont la compétence est centrée sur le règlement en équité des litiges entre les administrés et l'administration, ont un droit de regard sur les conditions de détention, s'ils sont saisis d'une réclamation concernant l'administration pénitentiaire.

A cette compétence initiale de traitements des réclamations, certains Médiateurs ont jugé nécessaire d'affirmer leur présence dans les lieux de détention, afin de participer à une mission de prévention des dysfonctionnements de l'administration pénitentiaire, voire de mauvais traitements prohibés par diverses conventions internationales relatives au respect des droits fondamentaux de la personne humaine¹⁸.

Ainsi, de nombreux Médiateurs ont institué un système de visite de ces lieux. D'autres comme le Médiateur de la République française ou le Médiateur de la République de Bulgarie ont opté pour une présence permanente dans les lieux de détention, ce qui facilite l'accès des détenus à l'institution de médiation et favorise un contrôle préventif des conditions de détention.

Tous les Médiateurs membres de l'AOMF s'accordent sur un point essentiel : il ne faut pas ajouter une peine à la peine. Par cette formule, ils expriment l'idée qu'une personne détenue ne doit pas être privée de ses droits fondamentaux, à l'exception des restrictions inhérentes au déroulement de la peine.

En effet, les détenus ne jouissent plus, par définition, de leur liberté d'aller et venir. Le respect de leur vie privée et familiale est nécessairement limité par une certaine surveillance au parloir, le secret de leur correspondance parfois violé pour des impératifs de sécurité...

Néanmoins, ces restrictions doivent être **strictement proportionnelles aux objectifs légitimes** pour lesquels elles ont été imposées.

Ajoutons qu'il existe en outre un droit absolu, qui ne tolère aucune dérogation : le droit à ne pas être soumis à la torture ni à aucune peine ou traitement inhumain ou dégradant - l'objectif étant de préserver la dignité de la personne humaine.

¹⁸ Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 ; Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants du 26 juin 1987.

Droit international : la nécessité d'un contrôle a priori

La torture et les mauvais traitements sont interdits notamment par l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En conséquence, le Comité des droits de l'Homme, par des recommandations, et la Cour européenne des droits de l'Homme, par des décisions juridictionnelles, sanctionnent les violations.

Le point commun est que ces deux organes interviennent lorsque la violation est déjà caractérisée.

Il s'est donc avéré nécessaire d'instituer des **mécanismes de prévention** de tels traitements.

A cet égard, des mécanismes de protection nationaux et internationaux existent et les Etats se doivent d'en assurer leur mise en œuvre.

Ainsi, au niveau international, les Etats membres de l'AOMF qui sont également membres du Conseil de l'Europe¹⁹ sont soumis aux visites du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT). Ce comité effectue des visites périodiques complétées le cas échéant par des visites *ad hoc*.

De plus, de nombreux Etat membres de l'AOMF ont ratifié la Convention onusienne contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. La grande avancée récente de ce système international réside dans le protocole additionnel à cette convention, qui prévoit pour les Etats qui l'ont ratifié une obligation positive de mettre en place un mécanisme national de prévention²⁰ (MNP).

Concrètement, les Etats doivent créer une institution indépendante, investie du mandat spécifique de veiller à ce que des mauvais traitements ne soient pas perpétrés dans les lieux d'enfermement.

Ce protocole a donné lieu à un débat dans les Etats membres de l'AOMF: cette mission doit-elle être confiée aux Médiateurs ?

¹⁹ Albanie, Andorre, Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Grèce, Luxembourg, Macédoine, Moldavie, république tchèque, Roumanie, Suisse.

²⁰ Protocole facultatif adopté par la Résolution 57/199 du 18 décembre 2002, dit protocole « OPCAT ».

La question de l'articulation des mécanismes internationaux et nationaux de prévention des mauvais traitements et du rôle des Médiateurs a été largement débattue lors d'un colloque organisé à Paris par le Médiateur de la République française et le Conseil de l'Europe²¹.

Cet événement a réuni des Médiateurs d'Etats européens autour d'experts tels que Robert Badinter, Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe ou encore Mauro de Palma, président du CPT, et a ouvert un dialogue constructif avec les associations de défense des droits de l'Homme, comme l'Association pour la Prévention de la Torture (APT) ou Amnesty International.

Actuellement, huit Etats membres de l'AOMF ont signé le protocole onusien (Belgique, Burkina-Faso, France, Gabon, Macédoine, Madagascar, Roumanie, Suisse) et neuf l'ont ratifié (Albanie, Andorre, Bénin, Espagne, Luxembourg, Mali, Maurice, République tchèque, Sénégal).

Parmi ces Etats, deux ont fait le choix de confier cette mission aux Médiateurs : il s'agit du Grand-duché de Luxembourg et de la République tchèque.

Si au Luxembourg, le projet de loi a été déposé en février 2008, la loi instituant le Défenseur public des droits de la République tchèque a d'ores et déjà été amendée pour intégrer cette nouvelle fonction²².

Ce mécanisme national de prévention se matérialise par un nouveau service, « l'équipe détention » au sein de l'Institution tchèque de médiation.

Cette équipe est composée de juristes ayant suivi une formation spéciale encadrée par des inspecteurs des affaires sociales spécialisés dans les conditions de détention.

En 2006, le Défenseur public des droits de la République tchèque a visité cinq centres de soins sociaux pour handicapés moteurs, huit commissariats de police, cinq centres de soins de longue durée, quatre centres de rétention pour étrangers et sept prisons.

²¹ *Privation de liberté et droits de l'homme*, colloque tenu à Paris le 18 janvier 2008.

²² Loi n° 349/1999 du 8 décembre 1999, instituant un Défenseur public des droits.

De manière générale, le Défenseur public des droits a observé une grande promiscuité et un manque de personnel dans ces lieux d'enfermement. Mais il dénonce surtout un manque d'accès à l'information et au droit.

La France a quant à elle choisi de créer une nouvelle institution, dénommée « Contrôleur général des lieux de privation de liberté ». Le Mali a suivi la France dans cette voie, en créant par décret présidentiel une Commission nationale des droits de l'Homme qui assurera cette fonction.

L'insertion du mécanisme national de prévention dans le système français : un empilement justifié des modes de contrôles ?

- **Etats des lieux** : un empilement des systèmes d'inspection et de contrôle :

- Les inspections du ministère de la justice

- L'inspection des services pénitentiaires : missions d'enquête, de contrôle général, de conseil technique et d'observation.
- L'inspection générale des services judiciaires.

- Les contrôles

- Les contrôles administratifs (article D 231 du Code de procédure pénale).
- La commission de surveillance (article 727 alinéa 2 du Code de procédure pénale).
- Les visites et les rapports des magistrats (article 727 Code de procédure pénale).
- Le droit de visites des parlementaires (article 719 du Code de procédure pénale, introduit par la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence).
- La Commission nationale de déontologie et de sécurité.
- Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Le Contrôleur général des lieux privés de liberté a vocation à s'insérer dans ce complexe système de surveillance. Se posent dès lors les questions de son positionnement par rapport aux autres acteurs de contrôle et de sa perception par l'administration pénitentiaire.

- **Recommandation** : une rationalisation des contrôles

Il pourrait être judicieux de réduire le nombre d'entités de contrôle et de leur attribuer des compétences plus précises et plus spécifiques, de façon à ce chacune d'elles disposent de l'expertise et des moyens financiers suffisants pour mener à bien sa mission.

i.ii. Le positionnement des Médiateurs par rapport à ce nouveau mécanisme national de prévention : faire jouer la complémentarité.

Ces nouvelles institutions de prévention des mauvais traitements peuvent collaborer avec les Médiateurs. Ainsi, en France, la loi instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté prévoit à son article 6 que le Médiateur de la République peut saisir cette institution et inversement à son article 7 que le Contrôleur peut saisir le Médiateur de la République²³.

A l'heure actuelle, le nombre peu élevé d'Etats ayant désigné leurs Médiateurs comme mécanisme national de prévention ne doit pas occulter d'autres facteurs essentiels dans la préservation des droits des détenus. D'une part, ce protocole est relativement récent, et nombres d'autres ratifications restent en cours de processus²⁴.

D'autre part, une autre garantie -et non des moindres- est le développement spontané du renforcement du rôle des Médiateurs dans le contrôle de la mesure de privation de liberté.

En effet, les Médiateurs s'estiment investis d'une mission de protection des droits de l'Homme, au-delà de toute obligation de droit positif. En outre, ils jouissent d'une certaine **autorité morale**, leur donnant légitimité pour impulser de leur propre chef des politiques de protection des droits de l'Homme.

Dans cette perspective, les Médiateurs travaillent en étroite coopération avec les **Institutions Nationales de promotion et de protection des droits de l'Homme**. Ces institutions assurent, auprès des autorités publiques, un rôle de conseil et de proposition en matière de droits de l'Homme et de respect de l'exercice des libertés publiques. Dans certains Etats membres de l'AOMF, cette institution se

²³ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007

²⁴ Protocole ouvert à la signature, la ratification et l'adhésion par les Etats à compter du 1^{er} janvier 2003.

confond avec l'institution de médiation. Dans d'autres, ces institutions sont séparées. En France, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) assure cette mission de réflexion et de proposition.

Recommandations de la CNCDH relatives au contrôle des lieux privés de liberté.

La CNCDH recommande que « compte tenu de la diversité des lieux privés de liberté et de la spécificité de chacun d'eux, il est nécessaire de prévoir des organes spécialisés pour certains d'entre eux²⁵ ». Ces organes devront être coordonnés par une instance facilement identifiable capable « d'envoyer un message fort à l'opinion publique et aux administrations concernées et d'assurer en outre un interlocuteur unique au sous-comité international ²⁶».

Cette idée de «soft law», de force non contraignante des Médiateurs constitue à la fois leur originalité et une forme innovante et efficace de protection des droits fondamentaux.

Lors du congrès de l'AOMF qui s'est tenu à Bamako au Mali les 11, 12 et 13 décembre 2007, les Médiateurs et Ombudsmans de l'espace francophone ont souhaité partager leur expérience relative au contrôle des lieux d'enfermement afin de cerner les enjeux et les défis à relever. Les développements suivants exposent pour une large part les problématiques soulevées à cette occasion.

ii. Les défis à relever pour assurer des meilleures conditions de vie aux personnes privées de liberté : constats et propositions des Médiateurs

ii.i. La surpopulation carcérale

Diminuer la surpopulation carcérale est un des enjeux majeurs pour assurer des conditions de vie humaines et dignes aux personnes placées dans des lieux de détention.

²⁵ Avis sur la mise en place d'un mécanisme national de prévention de la torture, adopté le 14 juin 2007, CNCDH.

²⁶ *ibid*

En effet, le surpeuplement, de par ses conséquences sur la perte d'intimité et la hausse de la violence, constitue en lui-même un traitement inhumain ou dégradant. En outre, les services et activités proposés seront nécessairement altérés si un établissement pénitentiaire prend en charge plus de détenus que le nombre pour lequel il a été aménagé.

Le phénomène de surpopulation carcérale touche tous les Etats membres de l'AOMF et prend parfois des dimensions préoccupantes.

En France, si le surpeuplement est un problème rencontré par tous les établissements pénitentiaires, il est plus prononcé dans les maisons d'arrêts²⁷ où le nombre de détenus n'est pas limité par un *numerus clausus* applicable aux établissements pour peine. Le taux d'occupation moyen dans les établissements français est en effet de 113 %²⁸ (par rapport à une moyenne européenne de 102%), mais il atteint un niveau alarmant dans les maisons d'arrêts : celles de Toulon et de Loos dans le Nord présentent respectivement des taux d'occupation de 240% et de 239%²⁹.

Divers facteurs peuvent expliquer ce phénomène mais la raison principale réside dans le nombre important de prévenus dans les établissements pénitentiaires. En effet, le nombre de personnes en attente de jugement représente 27,5% de la population carcérale française³⁰. Ce taux atteint 95% en Haïti, selon l'Office haïtien de protection du citoyen.

L'enjeu majeur est donc de réduire les délais de jugement, tout en préservant une justice de qualité (respect du principe du procès équitable) et de privilégier les modes alternatifs de surveillance.

Si les Médiateurs ne peuvent s'immiscer dans le cours de la justice, certains Médiateurs se positionnent de manière innovante vis-à-vis du système judiciaire.

²⁷ Une maison d'arrêt reçoit les prévenus (détenus en attente de jugement) ainsi que les condamnés dont le reliquat de peine n'excède pas, en principe, un an lors de leur condamnation définitive.

²⁸ Chiffre de la documentation française

²⁹ Source : visite du CPT du 11 au 17 juin 2003.

³⁰ Source : ministère français de la justice, statistiques au 1^{er} janvier 2008.

Ainsi le Syndic de Catalogne dit pouvoir « aider à l'obtention de peines d'intérêt général en lieu et place des peines d'emprisonnement afin de permettre de **désempirer les lieux de détention**³¹ ».

En France, le **Comité d'orientation restreint**, mis en place par la ministre de la Justice le 11 juillet 2007 pour contribuer aux travaux d'élaboration du projet d'une grande loi pénitentiaire, préconise de créer une nouvelle peine alternative à l'emprisonnement, à savoir l'assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique.

En outre, ce comité recommande de recourir davantage aux peines de travaux d'intérêt général. Cela éviterait de prononcer des peines d'emprisonnement avec sursis, toujours susceptible d'être révoqué, et favoriserait l'insertion dans une formation, de nature à prévenir la récidive.

ii.ii. La nécessaire création de quartiers spécialisés

La façon dont un Etat prend en charge la délinquance des mineurs est un indice de développement significatif de son système judiciaire.

Il est nécessaire, dans un Etat démocratique, de trouver un équilibre entre éducation et répression des mineurs.

La prise en charge des mineurs en détention répond à une problématique différente de celle des adultes. Pour cette raison, **les Médiateurs de l'AOMF recommandent** la séparation des adultes et des enfants et la mise en place de quartiers spécialisés pour ces derniers. Or ce principe de spécialisation n'est pas toujours évident à appliquer.

Ainsi, en Haïti, le Protecteur du citoyen fait part de son inquiétude par rapport à la pratique des magistrats haïtiens, qui est de juger et d'emprisonner les majeurs avec les mineurs. Le Protecteur préconise au contraire la création d'établissements spécialisés, car « l'enfermement des mineurs avec des adultes crée des générations de délinquants³² ».

³¹ Intervention du Médiateur de Catalogne, Rafael Ribo lors du congrès de Bamako, précité.

³² Intervention du Protecteur du citoyen de Haïti, M. Necker Dessables, lors du congrès de Bamako, précité.

De plus, le Protecteur du citoyen de Haïti a mis en place un programme de proximité citoyenne (PPC) qui forme des unités spécialisées chargées du respect de la liberté individuelle en milieu carcéral.

Au Niger, le Médiateur a travaillé avec le ministère de la Justice à la mise en place dans les maisons d'arrêts de quartiers spécifiques.

Claire Brisset, ancienne Défenseuse des enfants en France, a insisté lors du congrès de Bamako sur l'importance de l'éducation et de la scolarisation des mineurs incarcérés. En sa qualité actuelle d'inspectrice de l'éducation nationale, elle a mis en place un travail d'inspection des conditions de scolarisation en prison, en collaboration avec l'inspection générale des services judiciaires. Elle met ainsi en lumière le lien de complémentarité entre la médiation et l'inspection.

Au Québec, l'un des dossiers prioritaires de la Protectrice du Citoyen concerne la question de l'éloignement des femmes détenues de leurs enfants.

Ces initiatives montrent bien la nécessité de personnaliser la prise en charge des détenus pour assurer de manière plus effective le respect de leurs droits fondamentaux.

ii.iii. La psychiatrie

La prise en charge de la maladie mentale dans les lieux d'enfermement s'avère délicate. En France, les personnes présentant des troubles psychotiques représentent 23% de la population pénitentiaire. Ce taux atteint plus de 30% pour les condamnés à de longues peines³³. Au Québec, un taux équivalent de 30% a été constaté³⁴.

Ce constat témoigne d'un certain nombre de difficultés. En amont, se pose la question de la responsabilité pénale des personnes souffrant de troubles psychiatriques ; en aval, celle de leur prise en charge.

Le Médiateur de la République française, ayant visité l'infirmierie psychiatrique de la Préfecture de police de Paris, a considéré à cette occasion que le problème consistait à « définir la frontière entre la dimension citoyenne de la personne et son éventuelle maladie

³³ Chiffres issus des conclusions de la Commission des lois du sénat, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et la prise en charge médicale*.

³⁴ Rapport annuel du Protecteur du citoyen 2006-2007, *Compassion, équité, impartialité, respect*.

psychiatrique ³⁵». Le Médiateur propose que cette frontière puisse être définie par les Ombudsmans, en raison de leur indépendance.

Cela impliquerait une collaboration des psychiatres et du Médiateur, sous réserve de la compétence spécialement dévolue au Contrôleur général, là où il existe.

Deux points sont à distinguer lorsqu'on aborde la question de la psychiatrie en détention : la prise en charge des troubles mentaux et de la souffrance psychique de la personne et son éventuelle dangerosité.

Concernant le premier point, il est essentiel d'améliorer le traitement médical des détenus et de les considérer également comme des patients. Il faut augmenter le nombre de psychiatres dans les lieux de détention et créer des unités de soins spécifiques.

Concernant la prise en charge des personnes estimées dangereuses en fin de peine, une certaine prudence d'impose afin de concilier la sécurité publique et le respect de la liberté individuelle. S'il est indispensable de limiter au maximum le risque de récidive, le « risque zéro » n'existe pas.

Inspirée des systèmes allemands et néerlandais, la récente loi française relative à la **rétenion de sûreté** et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental du 25 février 2008³⁶ pose le principe du placement en « rétenion » d'une personne ayant accompli une peine d'emprisonnement en raison du risque qu'elle représente pour la société.

Cette loi prévoit en substance qu'à l'issue d'une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans prononcée pour des crimes commis sur une victime mineure, des faits d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration, une personne présentant une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive peut être placée dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure.

³⁵ Intervention du Médiateur de la République française, Jean-paul Delevoye lors du congrès de Bamako, précité

³⁶ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 parue au JO n° 0048 du 26 février 2008.

Les limites posées par le Conseil constitutionnel³⁷

Cette loi a été validée par le Conseil constitutionnel avec les réserves suivantes :

-Contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure : la juridiction régionale de la rétention de sûreté doit vérifier que la mesure de rétention est absolument nécessaire, c'est à dire qu'elle n'a pas pu être évitée par la prise en charge thérapeutique pendant l'exécution de la peine.

-Principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère : la rétention de sûreté ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement.

Par conséquent, les premières mesures de rétention de sûreté, ne pourraient être prises, en France, qu'à l'horizon 2023.

Il est néanmoins essentiel que les Ombudsmans se positionnent par rapport ce nouveau mode d'enfermement que constitue la rétention de sûreté post-peine.

ii.iv. Santé, hygiène et salubrité

- Préserver la santé des détenus

Le traitement des maladies somatiques fait également l'objet de nombreuses réclamations des personnes détenues. La préservation de l'hygiène et de la salubrité est de ce fait une préoccupation constante des médiateurs.

Dans son rapport d'activité 2006, le Médiateur du Grand-duché de Luxembourg relève le fait que la plupart des réclamations sont relatives à l'accès à des médecins spécialistes hors du centre de détention, une permanence de médecine générale étant assurée à l'intérieur du centre.

- Prendre en charge le handicap

En France, le Comité d'orientation restreint précité préconise une meilleure prise en compte du handicap par l'administration

³⁷ Décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 du 21 février 2008.

pénitentiaire, en procédant à l'aménagement des cellules et du régime de détention.

- Promouvoir l'hygiène et la salubrité

Le Protecteur du citoyen haïtien exprimait lors du congrès de Bamako son inquiétude face au risque de contamination, les détenus porteurs d'une maladie contagieuse comme la tuberculose n'étant pas séparés du reste de la population carcérale.

Au Québec, où 25% des réclamations des détenus concernent la santé³⁸, la Protectrice du citoyen a recommandé au ministère de la Sécurité publique de s'associer au ministère de la Santé et des services sociaux pour la mise en œuvre sans délai d'un plan d'amélioration de la salubrité des centres de détention, qui aurait pour objectif de prévenir les maladies ainsi que les risques de contamination.

En Catalogne, le Syndic a recommandé la fermeture de l'établissement pénitentiaire de Barcelone en raison de son insalubrité.

ii.v. La réinsertion

Les Médiateurs de l'AOMF estiment qu'au-delà de l'aspect punitif de la détention, une des missions principales des lieux d'enfermement est de préparer à la liberté. En effet, le risque de récidive est d'autant moins élevé si un travail de réinsertion est mené dans les lieux de détention.

La Protectrice du citoyen du Québec a largement insisté lors du congrès de Bamako sur la double importance d'un travail efficace de réinsertion. Il en va en effet de l'intérêt de la personne détenue ainsi que de l'intérêt de la société toute entière. Elle déplore cependant le fait que la réinsertion est souvent négligée pour des raisons budgétaires.

Il existe également au Québec des « maisons de transition » dont la mission est de faciliter un retour progressif vers la sortie d'une personne en fin de peine. Mais les crédits alloués à ces centres ne sont pas suffisants, réduisant par la même l'efficacité de leur action.

Néanmoins, le texte législatif sur le système correctionnel au Québec, entré en vigueur le 5 février 2007, est porteur d'espoir dans la mesure où la réinsertion sociale des détenus est l'un des objectifs majeurs de

³⁸ Premier poste des réclamations des détenus, source : rapport d'activité du protecteur du citoyen du Québec 2006-2007.

ce texte. La Protectrice du citoyen affirme donc son intention de surveiller la mise en œuvre effective de cette loi.

En Andorre, le Médiateur de la principauté a recommandé l'adoption d'une loi sur la réinsertion.

La réinsertion passe essentiellement par la possibilité donnée aux détenus de travailler en prison ou de suivre une formation professionnelle. En Catalogne, le Syndic a pu observer que 52% de la population carcérale disponible pour travailler n'avait pas d'activité.

Lors du Congrès de Bamako, le Médiateur de la République centrafricaine demandait à ses homologues des informations sur le droit au travail dans les prisons ainsi que sur le droit à retrouver un emploi à la sortie, notamment pour les fonctionnaires.

Ce dernier point illustre également la pratique de la coopération et de l'échange d'expertises entre les institutions de médiation, dont l'impact positif se doit d'être souligné.

En France, le Comité d'orientation restreint de la loi pénitentiaire recommande de valoriser le travail en détention, en instaurant un contrat de travail aménagé qui serait signé par le détenu et l'administration pénitentiaire et contresigné par l'entreprise concessionnaire.

De plus, ce comité préconise la mise en place d'une allocation d'insertion pour les détenus ne percevant pas le Revenu Minimum d'Insertion (RMI), en contrepartie du suivi d'un enseignement ou d'une formation professionnelle.

La mise en œuvre de programmes de réinsertion est un enjeu crucial pour favoriser de bonnes conditions de détention et concourir à la tranquillité publique. Les Médiateurs, convaincus de l'importance de cette mission, souhaitent poursuivre dans cette voie.

Les Médiateurs, conscients des nombreuses difficultés afférentes à la détention ont mis en place des moyens d'intervention, en gardant à l'esprit un facteur essentiel : faire primer l'Etat de droit y compris à l'intérieur des murs des lieux d'enfermement.

iii. Les Médiateurs garants du respect de la primauté du droit dans les lieux d'enfermement

iii.i. La coopération avec tous les acteurs de la procédure

Il est essentiel que les Médiateurs travaillent en étroite collaboration avec toutes les personnes chargées d'appliquer directement la procédure pénale et de veiller au respect des droits des détenus : les acteurs participant à la procédure de placement en détention et le personnel présent dans les lieux d'enfermement.

En Haïti, le Protecteur du citoyen effectue des visites dans des centres de détention où il rencontre non seulement les détenus mais également les acteurs de la procédure judiciaire comme les juges ou le directeur général de la police.

Le Médiateur de la République du Sénégal a annoncé lors du congrès de Bamako que son Etat avait ratifié le protocole OPCAT et qu'il s'engageait de ce fait à mettre en place un mécanisme national de visites adapté, de façon à garantir aux détenus « le droit à la santé, à un environnement sain, à la dignité humaine, à l'information, à la vie familiale, au culte et à la propriété ».

De nombreux acteurs seront associés à ce mécanisme de contrôle : le juge d'application des peines, le comité d'aménagement des peines, la commission pénitentiaire consultative de l'aménagement des peines ainsi qu'une commission de surveillance auprès de chaque établissement pénitentiaire.

iii.ii. La transparence des normes et le respect de la légalité

Le premier texte contenant les droits applicables aux détenus est généralement constitué par le règlement intérieur propre à chaque centre pénitentiaire. Cette pratique est susceptible de constituer un problème, tant pour l'égalité des droits des détenus sur le territoire d'un Etat que pour le respect des droits fondamentaux inscrits dans les conventions internationales.

Le Médiateur de la principauté d'Andorre a dénoncé le manque de transparence du règlement interne de la prison et a recommandé l'édiction de normes officielles communiquées aux détenus.

En France, le droit régissant les lieux de détention se caractérise par une hiérarchie des normes inversée : en effet, la France n'a pas encore adopté de loi pénitentiaire, les textes applicables aux détenus étant de ce fait essentiellement de nature réglementaire.

Si le juge administratif français a, dans un premier temps, estimé irrecevables les recours contre des mesures d'ordre intérieur, il accepte depuis 1995 de contrôler la légalité des sanctions disciplinaires contre des détenus, notamment lorsque ces décisions administratives portent atteinte à leurs droits individuels et à leurs situations juridiques³⁹.

Cependant, une proposition de réforme visant à inscrire dans une loi en vertu de l'article 34 de la Constitution **le droit pénitentiaire**, inspiré des règles pénitentiaires européennes, permettrait une meilleure transparence en la matière et optimiserait la garantie du respect des droits fondamentaux des détenus.

Ce processus est désormais engagé, les travaux du Comité d'Orientation restreint de la loi pénitentiaire⁴⁰ devant servir de fondement à la rédaction du futur projet de loi.

Point sur *les règles pénitentiaires européennes*

Il s'agit d'un corpus de normes adopté pour la première fois en 1973 par le Conseil de l'Europe et régulièrement complété depuis.

On compte aujourd'hui 108 règles très précises concernant :

- Les droits fondamentaux des personnes détenues
- Les conditions de détentions
- La santé
- L'ordre et la sécurité des établissements pénitentiaires
- Le personnel de l'administration pénitentiaire
- L'inspection et le contrôle des prisons

Ces normes n'ont pas de valeur contraignante mais elles jouent le rôle de standard juridique, de guide de référence pour les Etats membres du Conseil de l'Europe.

Elles pourraient être utilisées par les Médiateurs de l'AOMF dans le cadre de leur pouvoir de surveillance des lieux d'enfermement.

³⁹ Conseil d'Etat, Assemblée, 17 février 1995, Marie et Hardouin (2 arrêts).

⁴⁰ Cf infra

Le Protecteur du citoyen du Québec a, en matière de transparence de la légalité, pris une initiative remarquable qui doit être soulignée : il intervient en amont auprès des députés pour déterminer les directives données aux surveillants pénitentiaires.

Lors de ce travail, le Protecteur du citoyen vérifie la conformité de ces directives aux conventions internationales et aux chartes canadiennes et québécoises en matière de droits et de libertés. Ce système permet de limiter le contentieux subséquent et donc de remplir un rôle préventif.

iv. Les outils d'action des médiateurs dans les lieux d'enfermement

iv.i. Le traitement des réclamations individuelles des personnes détenues

Le Médiateur de la République française est compétent pour traiter les réclamations des détenus vis-à-vis de l'administration pénitentiaire.

La plupart des réclamations ont trait aux demandes des transferts de détenus qui souhaitent se rapprocher de leur famille et de leurs proches. Dans ce type d'affaires, le Médiateur se rapproche de l'Inspection générale des services judiciaires pour recueillir ses observations et déterminer s'il est possible de donner satisfaction au réclamant sur le fondement de son droit au respect de sa vie privée et familiale.

En outre, le Médiateur de la République française a mis en place un réseau de délégués qui assurent des permanences directement dans les centres pénitentiaires.

Ce nouveau mode d'action a vu le jour en vertu d'une convention signée le 16 mars 2005 par le ministre de la Justice et le Médiateur de la République et qui prévoyait l'expérimentation, pendant dix-huit mois, de l'intervention des délégués dans dix établissements pénitentiaires.

Les délégués disposent de la plénitude des prérogatives de l'institution du Médiateur et reçoivent les détenus dans un local permettant un

entretien confidentiel. Ils accomplissent alors un travail d'écoute, d'explication et de traitement du dossier, de la même façon qu'à l'extérieur.

Au 1^{er} janvier 2008, des délégués sont présents dans 38 centres pénitentiaires sur un total de 190. 25 000 détenus ont ainsi un accès facilité au droit. Ce système, de par son succès⁴¹, a vocation à se développer. Le Médiateur de la République a en effet annoncé, lors du colloque de Paris du 18 janvier 2008, que ce protocole touchera l'ensemble de la population carcérale en 2010.

L'importance du rôle des Médiateurs dans les lieux de privation de liberté prend toute sa dimension avec l'exemple québécois. En effet, au Québec, il n'existe ni tribunal spécialisé ni recours administratif indépendant autre que le système de plaintes interne à l'établissement pénitentiaire.

Dans ce contexte, le recours au Protecteur du citoyen est **la seule alternative indépendante** et impartiale, permettant de limiter ainsi les risques d'arbitraire.

Le Protecteur du citoyen québécois a reçu 1438 plaintes de détenus pour l'année 2006-2007. Il constate que le fait de rendre public des exemples de traitement de plaintes au sein de son rapport annuel est un gage de transparence et donc d'efficacité. Ainsi, dans son rapport 2005-2006, le Protecteur du citoyen faisait état d'une fouille illégale sur deux personnes incarcérées. En août 2006, les autorités concernées ont confirmé le dédommagement des victimes à hauteur de 5000 \$.

iv.ii. Les visites des Médiateurs dans les lieux d'enfermement

Outre le traitement des réclamations, de nombreux Médiateurs de l'espace francophone effectuent des visites des lieux d'enfermement.

L'exemple du Médiateur bulgare témoigne en la matière d'une forte volonté d'intervention et de réussite.

Le Médiateur de la république de Bulgarie a en effet signé un protocole de collaboration avec le ministère de la Justice. En vertu de ce texte,

⁴¹ Taux de médiation réussies : de 60 à 70% selon les établissements (source : Médiateur actualités, février 2008).

des pouvoirs exclusifs sont dévolus au Médiateur - notamment l'organisation d'inspections dans les établissements pénitentiaires.

A ce titre, cinq inspections en 2007 lui ont permis de constater des violations du droit national et international surtout en matière de surpopulation et de santé.

Par conséquent, le Médiateur bulgare a formulé deux recommandations au ministère de la Justice, par lesquelles il demande d'une part d'augmenter le nombre de places dans les lieux de détention, et d'autre part d'introduire un amendement législatif relatif au service médical pour les détenus.

Les lieux visés par le protocole OPCAT devant faire l'objet de visites par une institution indépendante

Ce sont les lieux dans lesquels le placement de personne est ordonné par « ***une autorité judiciaire ou administrative ou tout autre autorité publique*** ».

Principaux lieux concernés :

- Les établissements pénitentiaires
- Les cellules de garde à vue
- Les arrêts des tribunaux
- Les établissements fermés pour mineurs
- Les centres de rétention administrative
- Les zones de transit des aéroports
- Les hôpitaux psychiatriques

Conclusion : recommandations générales des Médiateurs sur le contrôle des lieux d'enfermement :

Concernant les visites, tous les Médiateurs s'accordent sur la vertu des visites inopinées et régulières.

Concernant la relation des Médiateurs avec les détenus, les Médiateurs insistent sur la nécessité d'entretenir une correspondance confidentielle avec les détenus.

En pratique, il apparaît nécessaire que la correspondance adressée aux institutions de médiations par les détenus ne soit pas ouverte par l'administration pénitentiaire. Le Syndic de Catalogne préconise

l'utilisation de boîtes aux lettres dans les centres de détention accessibles uniquement au Médiateur et au détenu.

Le contrôle par les Médiateurs des lieux d'enfermement doit avoir une visée préventive. Dans cette perspective, les recommandations adressées aux autorités publiques ont un rôle fondamental.

L'intérêt de confier la mission de contrôler les lieux d'enfermement aux Médiateurs réside dans un caractère essentiel de cette institution : son indépendance. En effet, promouvoir les droits des détenus est encore une position impopulaire dans nos sociétés.

L'expérience française a démontré que les délégués présents dans les centres pénitentiaires répondent à une demande très importante des détenus car ils sont vus comme étant réellement indépendant. D'autre part, leur présence est perçue par l'administration pénitentiaire comme une possibilité d'apaisement.

Le Médiateur du Grand-duché de Luxembourg a précisé lors du colloque de Paris du 18 janvier 2008 que si la compétence de contrôle des lieux d'enfermement pouvait être confiée aux Ombudsmans, cette compétence devrait être distincte de celle de traitement des réclamations individuelles des personnes détenues.

Ainsi, si les Ombudsmans doivent s'engager, au-delà de la médiation, dans un véritable contrôle de l'administration pénitentiaire, ils doivent veiller à assurer cette fonction dans un esprit de coopération, afin de ne provoquer ni réticences ni oppositions, susceptibles de nuire à un véritable travail de prévention.

Les critères d'une prévention efficace des mauvais traitements

- Visites inopinées et régulières.
- Formulation de recommandations à l'établissement concerné.
- Suivi de la mise en œuvre de ces recommandations.
- Publication de rapports.
- Confidentialité des entretiens avec les détenus.
- Mise à disposition de moyens suffisants.
- Impartialité.
- Rôle d'alerte de l'opinion publique.
- Influence sur les réformes.

Seconde Partie : Le Médiateur au cœur de la gouvernance démocratique

La démocratie est indissociable de la Francophonie, qui s'engage dans la Déclaration de Bamako à approfondir son action en la faisant progresser de manière constante. La démocratie n'est envisageable qu'à travers l'instauration et le renforcement d'un Etat de droit qui implique la soumission de l'ensemble des institutions à la loi, au principe de séparation des pouvoirs, au libre exercice des droits de l'Homme et des libertés fondamentales par les citoyens, ainsi qu'au respect de l'égalité des citoyens devant la loi⁴².

La **gouvernance démocratique** tend à l'établissement d'un ensemble de pratiques administratives et politiques permettant l'avènement concret de l'Etat de droit. C'est une méthode de gestion de l'action publique qui replace le citoyen au centre de cette dernière, en dégageant pour ce faire des critères de direction et de contrôle, au nombre desquels différents travaux de recherche⁴³ font figurer :

- l'obligation des administrations publiques de rendre compte de leurs actions,
- la transparence de leur fonctionnement,
- l'efficience et la prospective de leur activité,
- leur réactivité aux demandes qui leur sont adressées,
- la primauté du droit,
- leur « indépendance, nécessaire à l'exercice impartial de leur mission », leur contrôle par des instances impartiales,
- et « le soutien de leur action dans la cadre de l'intégration et de la coopération régionales, de manière à faire émerger, à ce niveau, une conscience citoyenne ».

L'institution du Médiateur a pour finalité le renforcement de l'Etat de droit et la protection des droits fondamentaux des citoyens. Administration indépendante ayant pour « mandat de recevoir les réclamations des personnes qui s'estiment lésées par l'administration publique et d'enquêter pour en déterminer le bien-fondé »⁴⁵, elle

⁴² Déclaration de Bamako, 2000

⁴³ Déclaration de Bamako et travaux de Gérard Fellous pour l'AOMF, 2007

⁴⁵ Statuts de l'AOMF, modifiés le 13 décembre 2007

participe au respect et à l'élaboration des critères de gouvernance démocratique tant par le traitement de réclamations individuelles que par des critiques plus globales du fonctionnement administratif. Son action en équité replace les droits fondamentaux des citoyens au centre de l'administration, qu'elle contrôle à l'aune des critères de gouvernance démocratique tels que la transparence, l'obligation de rendre compte et la primauté du droit au cours de la prise de décision administrative.

Avant tout, le Médiateur est lui-même une des institutions de l'Etat de droit. A ce titre, son action doit également être évaluée au regard des critères de gouvernance démocratique dégagés précédemment. Les principales caractéristiques des institutions de Médiateur sont révélatrices de la volonté de leurs créateurs d'en faire des instruments à vocation démocratique, offrant toutes les garanties d'une action à la fois impartiale et efficace. L'examen des dispositifs internes de chacun des Etats membres de l'AOMF en faveur de la gouvernance démocratique et de l'impact de l'intervention du Médiateur dans ce domaine permet de dégager des pistes de réflexion propres à améliorer ses modes d'intervention.

La protection des droits fondamentaux commande quant à elle une réflexion constante sur l'action des Médiateurs, tant en ce qui concerne les pouvoirs mis à leur disposition que l'adaptation de leurs techniques d'action aux mutations de la société.

1. Le statut du Médiateur, gage de gouvernance démocratique

C'est en vue d'atteindre les objectifs d'une bonne gouvernance démocratique qu'ont été créés les Ombudsmans et Médiateurs. De ce fait, l'institution elle-même est le reflet des exigences d'une gestion démocratique des services publics. La particularité de son action, à savoir le contrôle des administrations au regard des droits fondamentaux de chaque citoyen, a conduit à la mise en place de dispositifs visant à garantir les trois critères propres à la gouvernance démocratique : indépendance, accessibilité et évaluation.

a. Indépendance du Médiateur

Déclaration de Bamako, 1^{er} engagement pour la consolidation de l'Etat de droit : « *renforcer les capacités des institutions de l'Etat de droit, classiques ou nouvelles, et œuvrer en vue de les faire bénéficier de toute l'indépendance nécessaire à l'exercice impartial de leur mission* »

L'indépendance du Médiateur est un préalable nécessaire à la légitimité de l'institution, ce que rappelle le 2^{ème} considérant du Préambule des Statuts de l'AOMF⁴⁶. Elle ne saurait être garantie dès lors que subsiste une relation de subordination vis-à-vis d'un autre organe de l'Etat qui ferait peser sur le travail en équité du Médiateur une menace de tentative d'influence. La gouvernance démocratique impose en effet qu'une institution de contrôle soit soustraite à toute tentative de corruption et de pression de la part des organes dont elle surveille l'activité.

L'organisation des institutions d'Ombudsman vise donc à déjouer trois principaux risques pouvant vicier cette indispensable indépendance.

i. Insertion dans la Constitution⁴⁷

Un positionnement institutionnel de l'Ombudsman qui laisserait peser sur lui tout risque de disparition ou de modification de son statut et de ses pouvoirs par simple modification législative apparaît trop précaire et de nature à pouvoir pervertir son impartialité. Or les textes constitutifs n'offrent pas les mêmes garanties de stabilité à l'institution, selon leur niveau normatif.

L'existence de certains Médiateurs comme ceux d'Espagne, d'Haïti ou de Roumanie est inscrite dans la Constitution, texte figurant au sommet de la hiérarchie des normes. Ils sont ainsi érigés au rang d'institutions de l'Etat à part entière, ce qui les met à l'abri d'une décision arbitraire du législatif ou de l'exécutif supprimant leur existence, et leur légitimité est garantie par la loi suprême. La révision constitutionnelle offre des garanties de participation démocratique

⁴⁶ « considérant que ces institutions, pour mener à bien leur mission, se doivent d'être indépendantes des citoyens, des autorités sur lesquelles elles exercent leur compétence et des autorités auxquelles elles doivent rendre compte »

⁴⁷ En annexe, tableau du positionnement institutionnel des Médiateurs et Ombudsmans membres de l'AOMF (sur la base des données disponibles)

directe ou indirecte qui seules peuvent légitimer la disparition d'une telle institution.

L'instauration d'un Médiateur par une loi, comme en France, éventuellement organique, comme au Burkina Faso, offre également, dans les textes comme dans la pratique, une garantie effective d'indépendance sans lui conférer pour autant le même degré de protection que l'inscription dans la Constitution, puisque son existence dépend de la volonté du pouvoir législatif ; cela peut avoir pour effet de l'affaiblir vis-à-vis des autres pouvoirs.

Dans les cas où le Médiateur est créé par un simple acte réglementaire du pouvoir exécutif, comme au Maroc, la précarité de son statut peut l'affaiblir de façon non négligeable dans ses relations avec les pouvoirs publics.

La gouvernance démocratique nécessite des institutions solidement ancrées dans le système étatique, qui puissent formuler recommandations et propositions de réforme avec force et sans crainte.

La Déclaration de Bamako cite comme caractéristique essentielle de l'Etat de droit la séparation des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire), selon la tradition instaurée par *l'Esprit des Lois* de Montesquieu. Or depuis leur création, les Ombudsmans et Médiateurs ont acquis une légitimité telle en tant qu'institution *sui generis* indépendante de ces trois pouvoirs traditionnels, qu'ils peuvent à présent légitimement prétendre figurer aux côtés de ces derniers.

Les Constitutions ont traditionnellement organisé les conditions de l'équilibre institutionnel entre les trois pouvoirs ; la logique commande donc que ce soit elles qui élèvent à leur rang cette nouvelle entité étatique, symbole et instrument de la volonté renouvelée des Etats de garantir l'Etat de droit démocratique.

L'inscription du Médiateur dans la Constitution constitue une garantie absolue de son impartialité et de son indépendance.

En France, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et sur le rééquilibrage des institutions de la V^e République présidé par Edouard Balladur (ci-après nommé Comité Balladur) a remis en octobre 2007 un rapport intitulé « Une V^e

République plus démocratique ». Parmi les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux des citoyens, il propose l'instauration d'un Défenseur des droits fondamentaux, autorité administrative indépendante à statut constitutionnel⁴⁸ reprenant et consolidant les missions de l'actuel Médiateur de la République française. Il est souhaitable que cette proposition aboutisse et qu'elle soit le point de départ d'un mouvement général de consécration constitutionnelle des Médiateurs et Ombudsmans.

Outre le renforcement de leur indépendance et de leur impartialité, cette consécration du statut des Ombudsmans aurait l'effet bénéfique de les démarquer des nombreuses instances de médiation et de conciliation qui se sont multipliées récemment dans les secteurs public et privé. Parmi ces organes à compétence sectorielle figurent les Médiateurs des pensions, des banques, des services postaux ou ferroviaires, etc.

L'éclatement des compétences peut être synonyme d'expertise, de précision dans le traitement des réclamations et de simplicité dans l'accès aux services de médiation ; mais cette tendance rend paradoxalement plus nécessaire encore la consécration de la spécificité des Médiateurs institutionnels à compétence nationale ou générale, dont les missions et les pouvoirs sont définis par un acte législatif, et concernent l'ensemble de l'administration.

ii. Nomination

Afin de garantir l'indépendance du Médiateur, sa nomination est le fait d'un organe étatique qui n'est pas appelé à tomber sous sa juridiction. Très personnalisées, les institutions de Médiateur voient leur dynamisme et leur orientation guidées par l'homme qui les incarne et les représente. L'assurance que ce dernier est lui-même détaché de toute volonté de favoriser l'administration est donc primordiale. Il ne pourra d'ailleurs être tenté de plaire dans le dessein de se maintenir dans son poste si son mandat est limité dans le temps et non renouvelable. Deux modes principaux de désignation co-existent au sein des membres de l'AOMF. Certains Médiateurs sont nommés par décret du Président de la République tandis que d'autres sont élus par le Parlement⁴⁹.

⁴⁸ Il envisage pour cela l'insertion d'un titre XIII bis nouveau le concernant et contenant un article 78 nouveau

⁴⁹ En annexe, tableau récapitulatif des modes de désignation par pays

Si ces dispositions semblent effectivement refléter un seuil minimal de garantie d'indépendance, la comparaison des différentes législations des Etats membres nourrit de nouvelles réflexions en faveur d'un renforcement concret de l'autonomie des Médiateurs.

Tout d'abord, la contribution de l'AOMF au deuxième rapport de l'OIF soulignait le risque que les dispositions relatives à **l'élection du Médiateur** par le Parlement, élection qui ne doit être acquise qu'à une majorité dépassant le clivage politique entre la majorité et l'opposition, ne s'avèrent dans les faits inapplicables lorsque les deux camps ne peuvent parvenir à trouver un accord sur le nom du Médiateur.

Si ce blocage du vote parlementaire se traduit dans les faits par une absence de titularisation empêchant l'institution de remplir son office, c'est alors l'Etat de droit qui se trouve amputé d'un de ses organes de contrôle les plus aptes à le faire progresser. Un tel résultat est inadmissible au sein d'un Etat moderne, et incompatible avec le principe d'efficacité des institutions posé par l'exigence de gouvernance démocratique. La recherche d'un équilibre entre les différents critères de la gouvernance démocratique (listés précédemment) rend nécessaire l'adjonction d'une provision prévoyant une procédure supplétive en cas de défaillance du système de nomination principale. L'article 5 de la loi établissant le Médiateur de Catalogne prévoit une telle procédure : au cours du vote suivant trois mois d'échecs de nomination à la majorité des trois-cinquièmes, une majorité absolue suffira à élire le Médiateur.

Les dispositions légales relatives au mode de désignation des Médiateurs et Ombudsmans sont généralement extrêmement succinctes, se contentant de préciser que la nomination s'effectuera par décret ou par le vote du Parlement à une certaine majorité.

On peut s'interroger s'il n'existe pas en la matière un vide législatif quant à l'étape préalable à cette désignation, à savoir le processus de **sélection des candidats au poste de Médiateur**. Une procédure finale de désignation relativement neutre constitue-t-elle une garantie suffisante de l'indépendance de cette institution personnalisée qu'est le Médiateur ?

La question se pose alors de manière particulièrement accrue lorsque la désignation émane du pouvoir exécutif. L'administration étant

chargée de mettre en œuvre la politique de ce dernier, ne lui est-il pas alors avantageux de désigner une personne qui lui soit plus ou moins favorable ? C'est poser de sérieux doutes sur l'honnêteté des instances publiques d'un pays que de formuler de telles interrogations, et il n'est pas à douter que de telles manœuvres ne doivent avoir qu'une occurrence occasionnelle. Il demeure cependant possible, comme certains Etats l'ont déjà fait, de prévenir un tel danger : la précision d'un mode de désignation garantissant un choix relativement impartial, comme l'appel public à candidatures et le processus de sélection prévus par le Décret instituant le Médiateur de la région wallonne⁵⁰, est ainsi de nature à limiter, même partiellement, ce risque particulier.

Ajoutons que le décret de nomination peut émaner du chef de gouvernement ou du chef de l'Etat : décret simple ou décret pris en conseil des ministres, après avis des assemblées. Le mode de nomination du Médiateur peut être prévu dans la Constitution comme en France.

C'est dire que la diversité des modes de nomination fixe une hiérarchie dans la garantie d'impartialité et d'indépendance du Médiateur, qui est loin d'être neutre l'évaluation de la « qualité » d'un Ombudsman, critère de bonne gouvernance.

iii. Cumul des fonctions⁵¹

Si un positionnement institutionnel fort facilite la liberté de décision du Médiateur, un processus de nomination transparent et une limitation du cumul des fonctions sont deux garanties primordiales du caractère « éclairé » de ces mêmes décisions. En effet, les décisions du Médiateur ne sauraient être altérées par de quelconques considérations extérieures qui dénatureraient leur impartialité. Or l'exercice cumulé d'autres fonctions par le Médiateur fait surgir le spectre du conflit d'intérêts qui peut apparaître au cours du traitement d'une réclamation. Les Etats membres l'ont bien compris, puisque tous ont prévu dans les statuts de leur Médiateur ou Ombudsman des dispositions limitant le cumul des fonctions.

La diversité des fonctions dont le cumul par le Médiateur est prohibé semble cependant être le signe que l'Etat de droit n'est pas protégé de manière égale dans tous les pays : il pourrait être souhaitable de

⁵⁰ Décret du 22 décembre 1994, article 2

⁵¹ En annexe, tableau comparatif des interdictions de cumul de mandat dans les textes fondateurs

tendre vers une harmonisation des dispositions, rendant plus lisible l'aspiration à des critères communs de gouvernance démocratique.

Certes, toute limitation du cumul des fonctions doit être proportionnelle à la nature de l'institution concernée. Ainsi les Médiateurs municipaux ou régionaux se voient-ils interdire des fonctions correspondant à l'échelle locale des administrations qu'ils contrôlent. L'article 7 du règlement de la municipalité de Montréal instituant l'office de l'Ombudsman de cette ville prévoit ainsi que ne peut agir comme Ombudsman « un membre du conseil de la ville, d'un conseil d'arrondissement ou un conseiller politique de ceux-ci », ainsi qu'un de leurs associés mais également « une personne qui a, par elle-même ou son associé, un intérêt direct ou indirect dans un contrat avec la ville, une société para-municipale ou une société contrôlée par la ville. »

Cette logique de proportionnalité rappelée, il reste cependant possible d'envisager une harmonisation des limitations du cumul des fonctions. Une interdiction exhaustive d'exercer toute fonction pouvant placer le Médiateur au centre d'un conflit d'intérêt représente un indicateur important de la volonté d'un Etat de mettre en place des institutions impartiales, au fonctionnement transparent. C'est pourquoi certains textes, outre l'interdiction de tout mandat électoral ou de toute fonction au sein d'une administration entrant dans le champ de compétences du Médiateur, écartent également l'exercice d'une profession judiciaire (Médiateur de la Région wallonne), l'appartenance à tout parti politique ou syndicat voire même tout emploi militaire (*Sindic* de Catalogne). Les relations que ces acteurs de la vie publique entretiennent avec l'administration seraient effectivement de nature à fragiliser la mission du Médiateur.

Certains textes prévoient également une disposition de nature générale interdisant l'exercice par le Médiateur de « toute fonction qui puisse compromettre le bon exercice de sa mission ou porter atteinte à son indépendance, son impartialité ou la dignité de ses fonctions »⁵².

Recommandation : systématiser l'existence de clauses d'interdiction générale de cumul des fonctions incompatibles avec l'indépendance du Médiateur.

⁵² article 4, alinéa 7, Décret du 22 décembre 1994 instituant le Médiateur de la Région wallonne

Le principe d'indépendance étayant toute l'activité du Médiateur, l'interdiction, que l'on retrouve à Montréal ou en Catalogne, d'exercer toute profession, même privée, menaçant de remettre en cause l'indépendance du Médiateur ne semble ainsi pas dépourvue de justification, et mériterait de faire l'objet d'une discussion législative dans les pays où elle n'a pas cours.

Le statut du Médiateur de la République française est particulièrement permissif en la matière puisque les interdictions de cumul des mandats portent uniquement sur les mandats nationaux et ceux de conseillers général et municipal, s'il n'exerçait pas ces deux derniers mandats antérieurement à sa nomination. Une modification législative pourrait opportunément renforcer l'indépendance de l'institution.

b. Le contrôle du Médiateur

Critère de bonne gouvernance : l'obligation de rendre compte

L'indépendance du Médiateur dans les textes ne prend évidemment son sens que si elle est complétée par des mécanismes permettant de la contrôler. L'exigence de transparence dans le fonctionnement des institutions, critère de la gouvernance démocratique, recouvre de fait cette nécessité d'instaurer des contrôles efficaces de l'activité de tout organe étatique.

i. Les rapports d'activité annuels

La plupart des textes fondateurs mettent en place l'obligation pour le Médiateur de rendre compte à une autorité de l'Etat de son activité. C'est ainsi que les Médiateurs remettent généralement un rapport annuel au Président de la République et/ou au Parlement.

Cette obligation de rendre compte au chef de l'Etat et à la représentation nationale apparaît commune à l'ensemble des institutions de médiation. Leur statut d'autorité administrative indépendante n'est d'ailleurs en rien incompatible avec l'existence d'un contrôle de leur activité et de leur budget.

Outre ces rapports annuels, le Médiateur possède également la capacité de présenter des rapports spécifiques relatifs au dysfonctionnement particulier d'une administration, notamment dans

le cas où cette dernière ne donne aucune suite à une injonction adressée par le Médiateur de se conformer à une décision de justice passée en autorité de chose jugée. Il semble important de distinguer ces deux types de rapports, et de permettre au Médiateur de remettre des rapports spéciaux au fur et à mesure de leur rédaction - certaines lois n'envisageant leur publication qu'annuellement⁵³.

ii. La publicité

La publicité des rapports et des activités est un corollaire indispensable à l'information fournie au Parlement et aux instances gouvernementales. La prise en compte de plus en plus importante des citoyens dans les affaires publiques, illustrée par les lois d'accès des administrés à l'information, participe au renforcement de la démocratie au sein de la sphère publique.

Outre la publicité des rapports publics, les institutions de médiation mettent en place des stratégies de communication non prévues par les textes mais indispensables pour permettre l'exercice par les usagers eux-mêmes d'un regard critique sur les activités des institutions.

En son article 1, la loi française du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public excluent des documents administratifs en libre accès les documents d'instruction des réclamations adressées au Médiateur de la République. Cette lacune législative est heureusement compensée par l'initiative même du Médiateur, qui publie mensuellement son propre journal d'information (Médiateurs Actualités) faisant état des grands axes de ses interventions et des réclamations récurrentes. L'existence d'outils et de campagnes de communication est commune à de nombreuses institutions de l'AOMF, qui utilisent les médias pour rendre compte au public de leur activité.

Le caractère non obligatoire de cette communication régulière est compensé par la nécessité qu'a le Médiateur de faire connaître son action au public ; il ne semble donc pas qu'il soit utile de légiférer en ce domaine.

⁵³ articles 13 et 17 de la loi du 14 mars 1997 instaurant le Médiateur du Mali

c. La structure de l'organisation de médiation

i. Une présence régionale

La structure d'organisation des services de médiation varie d'un Etat à l'autre. Certains choisissent, comme en France, d'en faire une institution nationale relayée par des permanences locales, d'autres, comme la Belgique, l'Espagne et le Canada, possèdent, outre un Médiateur national, plusieurs Ombudsmans officiant dans des régions différentes. Les compétences sont ainsi parfois éclatées sur le territoire national.

Déclaration de Bamako, 6^{ème} engagement pour la consolidation de l'Etat de droit : « soutenir l'action des institutions mises en place dans le cadre de l'intégration et de la coopération régionales, de manière à faire émerger, à ce niveau, une conscience citoyenne tournée vers le développement, le progrès et la solidarité. »

Dans les pays à régime fédéral, ce système s'impose naturellement. Dans les Etats centralisés, la volonté des Médiateurs d'être au plus proche des populations et de proposer un service accessible au plus grand nombre les a incité à développer un système de délégués (ou représentants territoriaux).

Ce phénomène de régionalisation n'est que la conséquence nécessaire d'une gouvernance démocratique recherchant l'amélioration constante de l'efficacité réelle des institutions. L'information des citoyens et le respect de leurs droits par l'administration sont des missions qui se retrouvent naturellement à tous les échelons de l'activité administrative. Une présence locale et de proximité permet d'assurer l'efficacité du service offert par le Médiateur, tout en développant la conscience par les citoyens de la prise en compte de leurs droits et de leur protection contre l'iniquité voire l'arbitraire.

Un tel système ne peut cependant efficacement se développer s'il n'est accompagné de la possibilité de saisir directement ces délégués. Les Médiateurs régionaux des Etats fédéraux bénéficient d'un tel système. De même en France, la pression de la demande était telle⁵⁴ que la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a ouvert la possibilité au Médiateur

⁵⁴ plus de 50 000 demandes et réclamations par an

d'autoriser les délégués à instruire les réclamations qu'il leur confie et à participer au règlement des difficultés dans leur zone géographique. En 2007, les délégués du Médiateur de la République française ont traité 29 914 demandes d'orientation et d'information et 28 447 réclamations parmi les 35 163 réclamations reçues par l'ensemble de l'institution (services centraux compris), avec un taux de 79,6 % de réussite. Le succès est patent. Faut-il alors envisager de généraliser un véritable pouvoir de saisine directe sans autorisation du Médiateur national ? La situation n'est pas comparable avec les pays fédéraux, où les médiateurs régionaux sont institués par les gouvernements ou les parlements locaux. Il semble qu'il faille plutôt calquer le mode de saisine des délégués sur celui du Médiateur national, afin d'assurer la cohérence de l'institution.

L'utilisation des services régionaux de médiation reste cependant inégale selon les pays ; ainsi le rapport annuel 2006 du Médiateur du Mali souligne que le recours à ses services régionaux est peu utilisé par la population rurale en raison des compétences très inégales des intéressés ; cette réalité peut cependant évoluer.

ii. Une répartition des compétences entre plusieurs institutions

Déclaration de Bamako, 4^{ème} engagement pour la consolidation de l'Etat de droit : mettre en œuvre le principe de la transparence comme règle de fonctionnement des institutions.

La multiplication des organes de médiation évoquée précédemment participe d'un phénomène plus large de création d'organismes ayant pour vocation la protection des droits des citoyens. L'émergence relativement récente de la notion d'Autorité Administrative Indépendante a fourni le schéma d'organisation de ces nouveaux venus.

C'est ainsi que la France a vu apparaître ces dernières années des autorités aux attributions voisines ou comparables dont les champs de compétence respectifs peuvent télescoper celui du Médiateur de la République : Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, Défenseur des Enfants et futur Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Cette multiplication apparaît comme préjudiciable aux citoyens qui ne savent alors plus auprès de quel organisme faire valoir leurs droits ; elle nuit ainsi à une organisation transparente et facilement accessible des administrations. La proposition de regroupement issue du rapport de la Commission Balladur en France illustre la préoccupation des pouvoirs publics en ce domaine.

L'indépendance du Médiateur, son expérience dans les enquêtes et sa compétence généralisée à toutes les administrations le désignent naturellement comme l'institution pouvant potentiellement rassembler ces diverses compétences. Le Comité Balladur envisage ce regroupement et rebaptiserait le Médiateur « Défenseur des droits fondamentaux », mettant ainsi en exergue le trait commun à l'ensemble de ces services. Tout en restant soumis à l'autorité du Médiateur, certains subsisteraient pour permettre le maintien d'actions plus spécifiques à chaque secteur, afin que l'éventuel regroupement n'ait aucun impact négatif sur l'efficacité de leur action.

Recommandation : l'extension de l'autorité du Médiateur sur l'ensemble des institutions de protection des droits fondamentaux participerait à la simplification et la transparence de l'organisation de l'Etat ainsi qu'à l'amélioration de l'efficacité des autres services, par le bénéfice qu'ils tireraient de l'expérience et du pouvoir d'influence du Médiateur.

Question : une « hiérarchie » faisant apparaître le Médiateur comme un Défenseur « suprême » ou un recours au regard des organismes subsistant ne risque-t-elle pas cependant de nuire à la spécificité de ses fonctions ?

d. Le service de communication du Médiateur

Il semble enfin important d'insister sur la nécessité d'un service de communication actif au sein de toute institution de médiation. Ces institutions trouvent leur raison d'être dans leur utilisation régulière par les citoyens. La gouvernance démocratique implique que les institutions mises en place soit utiles et utilisées, d'autant plus si elles sont directement au service du citoyen. Cette nécessité est bien connue des Médiateurs qui déploient diverses stratégies de communication adaptées au niveau de développement du pays, aux

vecteurs de communication disponibles, et à leur degré d'indépendance.

Le rapport de 2006 du Médiateur de l'Ontario montre l'importance que revêt la communication avec les médias, puisqu'il fait état de 1706 articles et 1338 reportages radiodiffusés et télévisuels en un an. Les médias sont particulièrement intéressés par les activités de l'institution.

Critères de bonne gouvernance : légitimité, publicité

Recommandation : développer la communication autour du Médiateur, pour le faire connaître comme pour contrôler ses activités.

Concrètement, des chroniques, des spots TV, des communiqués radio réguliers sont un moyen de toucher les citoyens. La mise à disposition de dépliants expliquant le rôle du Médiateur dans des lieux tels que la mairie, les maisons de justice, etc. en est un autre.

Recommandation : la publicité autour du Médiateur doit cependant mettre en exergue les compétences précises du Médiateur. En effet, il ne s'agirait pas de laisser croire que le Médiateur constitue la solution à tous les problèmes des citoyens. Il apparaît dans les rapports d'activité que la majorité des requêtes ne relèvent pas de la compétence du Médiateur. S'il est inévitable que le Médiateur, intermédiaire entre le citoyen et l'administration, reçoive des plaintes qu'il ne peut traiter, inciter sans discernement l'utilisateur à saisir l'institution n'est pas une pratique de gouvernance rationnelle : faire naître dans l'esprit du citoyen l'espoir illusoire que son problème pourra être résolu par la médiation, peut lui faire perdre l'occasion de résoudre autrement son litige.

Dans certains Etats⁵⁵, il est possible de saisir directement le Médiateur par courriel. Pour les Etats qui souhaitent développer une démocratie directe et participative et qui possèdent le développement technologique nécessaire, il est recommandé de mettre en place un tel système. La gouvernance démocratique commande la simplification des procédures et l'adaptation aux modes de communication modernes de l'information. Cette adaptation simple est dans la droite ligne des lois

⁵⁵ Par exemple en République tchèque, en France et au Canada

d'accès aux documents administratifs et de simplification des démarches administratives.

Critères de bonne gouvernance : transparence et efficacité
Recommandation : développement du mode de saisine électronique du Médiateur

2. Le contrôle de l'administration, un gage de gouvernance démocratique

La gouvernance démocratique est au cœur de la mission que se voit confier le Médiateur. C'est par la recherche d'un équilibre constamment renouvelé entre les droits particuliers d'un citoyen ou d'un groupe de citoyens et l'intérêt général que poursuit l'administration qu'il participe à la réalisation concrète d'un Etat de droit plus protecteur de ses citoyens. L'évolution permanente des pouvoirs qui sont confiés au Médiateur traduit la volonté des organes publics de se soumettre à la loi et aux exigences de transparence et d'efficacité que commande la gouvernance démocratique.

a. Les deux modes de protection des droits des citoyens

L'action du Médiateur tend à générer une amélioration constante de la gouvernance démocratique. Il participe tout d'abord à l'effort d'efficacité et de transparence en dénonçant les irrégularités diverses des administrations qui bafouent les droits des citoyens. Ses enquêtes individuelles pointent les dysfonctionnements particuliers, légaux ou organisationnels, d'une administration en particulier. Son pouvoir de recommandation et de dénonciation des mauvaises pratiques aux autorités compétentes constitue son premier outil d'amélioration des administrations. Mais les traitements ponctuels ne sauraient faire l'économie d'une amélioration globale de l'institution lorsque celle-ci est nécessaire ; le Médiateur peut également mettre en œuvre les changements grâce à son pouvoir de proposition de réforme.

La particularité de l'action en équité du Médiateur le place dans une position unique lui permettant d'insuffler une adaptation souple et

dynamique de l'activité administrative, ce en quoi il participe activement à la gouvernance démocratique dont il est un facteur institutionnel incontournable.

La rigidité des procédures administratives aboutit parfois à des injustices concrètes que le respect de la légalité n'empêche pas toujours. Il en va ainsi de l'obligation de fournir certains renseignements en vue de l'obtention d'un droit de remboursement social. Certains citoyens peuvent se voir priver de cette manne financière du simple fait de leur impossibilité temporaire à fournir un renseignement non encore existant. C'est alors que le Médiateur se doit d'intervenir pour réclamer l'assouplissement d'une procédure qui prive la loi des effets recherchés, et le citoyen de la protection à laquelle il peut prétendre.

G. Fellous souligne l'importance de la primauté du droit pour la bonne gouvernance ; la médiation permet souvent d'assurer la primauté concrète du droit. En outre, ces actions de médiation favorisent une action prospective des administrations - autre critère de gouvernance dégagé par G. Fellous -, en mettant en lumière des lacunes dans l'action administrative que le service concerné lui-même peut tenter de combler.

L'étendue des droits que chaque Médiateur protège et son champ de compétences varie selon l'organisation politique et la division des compétences propre à chaque Etat, mais semble avoir vocation à couvrir l'ensemble des droits du citoyen comme l'ensemble des institutions étatiques.

Déclaration de Bamako, 5^{ème} engagement pour la consolidation de l'Etat de droit : « généraliser et accroître la portée du contrôle, par des instances impartiales, sur tous les organes et institutions, ainsi que sur tous les établissements, publics ou privés, maniant des fonds publics »

Les droits fondamentaux que les Ombudsmans défendent recouvrent tant les droits de l'Homme et les libertés fondamentales que les droits dits économiques et sociaux, et des droits de troisième génération, « droits solidaires » tendant à la protection et à l'amélioration des biens et ressources communs comme l'environnement.

Les droits économiques et sociaux, comme les droits solidaires, ont des conséquences directes et concrètes sur la vie quotidienne des citoyens et représentent une grande part de l'activité des Médiateurs. Cette dernière s'y heurte cependant à certaines limites qu'il convient de rappeler.

Les remboursements d'impôts, l'attribution d'aides sociales et de façon générale la gestion des ressources de l'Etat sont des secteurs où se met en place un équilibre complexe entre l'intérêt général et l'intérêt particulier du citoyen. Il est du ressort de l'administration de déterminer où se trouve l'intérêt général dans la distribution des ressources publiques.

L'action en équité du Médiateur qui vise à protéger les droits d'un particulier ne peut s'exercer sans limites en ce domaine. La gestion saine des deniers publics demande une connaissance experte en gestion financière et la possibilité de poser un regard global sur le système, que le traitement accumulé des cas individuels et la connaissance particulière de chacun des litiges ne remplace pas et peut même déséquilibrer, nonobstant sa perception des cas récurrents.

Il semble donc nécessaire de favoriser les enquêtes systémiques du Médiateur en collaboration avec les autres pouvoirs publics, afin que le Médiateur participe à une redéfinition efficace de la redistribution sociale, ce en quoi il satisferait pleinement à sa mission de rénovation du service public par sa capacité d'innovation et d'imagination prospective.

b. Les pouvoirs du Médiateur

Grâce aux pouvoirs conférés par leurs textes fondateurs, les institutions de médiation disposent de divers moyens pour mettre en œuvre les deux missions qui leur incombent. De la concertation à un véritable pouvoir d'injonction, ces pouvoirs visent à libérer tout le potentiel d'amélioration de la qualité du service public dont est porteuse la fonction de Médiateur, tout en préservant sa vocation d'observateur dépourvu de pouvoirs de sanction et cantonné aux recommandations non contraignantes.

i. La réflexion et la concertation

La réflexion et la concertation facilitent l'efficacité des institutions de médiation.

i.i. Avec les administrations de l'Etat

Le développement de relations régulières avec les administrations dont le Médiateur a le contrôle et la tenue de tables rondes sur les sujets les concernant sont les meilleurs gages d'un encouragement dynamique et contradictoire d'une meilleure gouvernance des services. Les modes opératoires les plus adaptés sont l'acquisition d'une connaissance concrète du fonctionnement des différents organes administratifs et l'établissement de contacts *ad hoc* permettant d'accélérer la résolution des litiges individuels.

La volonté constante des services publics d'améliorer le sort des administrés et la protection des droits a fait naître de nombreux organes dont la mission est proche de celle du Médiateur. La mise en commun de leurs réseaux, compétences et expériences est un vecteur puissant d'avancée démocratique que le Médiateur se doit d'initier et soutenir. L'originalité de certains projets mérite une attention internationale en raison des conséquences particulièrement positives qu'ils engendrent.

Citons tout d'abord la **Concertation Permanente des Médiateurs et Ombudsmans en Belgique**, réseau informel auquel sont affiliés tous les Médiateurs institutionnels belges, qu'ils soient parlementaires, sectoriels ou locaux, ainsi que certains Ombudsmans du secteur privé. L'objectif est de promouvoir le bon fonctionnement des services de médiation par le partage des expériences, de stimuler la réflexion sur des thèmes importants et d'améliorer l'image de l'Ombudsman et l'accès à ses services⁵⁶. A notamment été lancé un site portail, www.ombudsman.be, regroupant tous les services de médiation affiliés. Cette mise en commun des méthodes de médiation participe à l'amélioration de l'activité des Ombudsmans et donc à une meilleure protection des droits des citoyens.

La mission confiée au Médiateur fait de lui un acteur privilégié du développement d'une conscience citoyenne des administrés,

⁵⁶ Rapport 2006 du Médiateur belge, p. 12 et 13

fondement de la pérennité de l'Etat de droit ; c'est ainsi que le Mali a vu naître un **Espace d'Interpellation Démocratique**, dont le Médiateur est un membre actif de la Commission d'Organisation. Il s'agit d'une tribune où les Ministres sont appelés à s'exprimer publiquement sur les préoccupations exprimées par les citoyens et les organisations de la société civile, en matière de droits de l'Homme et de mise en œuvre des différentes conventions internationales signées ou ratifiées par le Mali, dans le domaine des droits civiques et politiques, des droits économiques, sociaux et culturels et du développement et de l'amélioration du cadre de vie des habitants. Cet espace offre aux citoyens l'occasion d'exercer directement leur droit de réponse face à l'administration, les citoyens ou les associations les représentant y interpellant en effet directement les Ministres pour leur exposer leurs préoccupations. Outre la prise de conscience citoyenne qu'elle encourage, cette tribune publique est un véritable forum de circulation des idées qui favorise la soumission de l'ensemble des institutions à la loi.

La présentation de cet Espace par le Médiateur du Mali indique qu'au cours des cinq dernières éditions, le Jury d'honneur qui préside ce rassemblement a émis environ 104 recommandations à l'attention des départements ministériels et institutions de la République ; 80 des ces 104 recommandations ont abouti à des résultats concrets.

Recommandation : des variantes pourraient être proposées sous des formes adaptées à l'exercice de la démocratie dans chaque Etat. Des Espaces d'Interpellation Démocratique pourraient être mis en place par régions ou par secteurs, avec une participation directe des citoyens, sans exclure le rôle majeur que peut jouer Internet en termes de réactivité immédiate.

i.ii. Sur le plan international

La coopération internationale entre Médiateurs et les échanges de bonnes pratiques sont un facteur déterminant dans le développement de techniques d'action efficaces et la fixation de critères fiables d'évaluation des politiques publiques.

L'AOMF organise nombre de colloques, de séminaires et d'échanges qui participent à la circulation des informations et des techniques. Le V^e Congrès de l'AOMF, qui a eu lieu à Bamako (Mali) du 11 au 13 décembre 2007, a été l'occasion d'échanges approfondis sur les problématiques

des lieux d'enfermement et des droits des enfants, l'expérience des membres de l'association étant enrichie par l'intervention d'experts internationaux.

Des conventions bilatérales de formation conclues entre Médiateurs complètent l'action des associations internationales et favorisent l'efficacité et l'efficience des institutions. Les Médiateurs du Mali et du Luxembourg ont ainsi mis en place un transfert de savoir-faire concret incluant la formation de personnel, l'acquisition d'une documentation et l'amélioration des systèmes informatiques des huit bureaux de correspondants maliens, ainsi que la mise à disposition d'un fonds d'expertise extérieure. Des projets de formation ont également été menés à bien au Burkina Faso et au Mali, sous l'égide du Médiateur de la Région wallonne.

Enfin, d'autres regroupements internationaux et réseaux de Médiateurs se développent, qui visent, outre à la promotion et l'amélioration de leurs activités, à la création d'institutions de médiation dans les pays qui n'en disposent pas encore.

Ainsi a eu lieu à Rabat (Maroc), du 8 au 10 novembre 2007, la première Rencontre des Médiateurs et Ombudsmans du bassin méditerranéen, organisée par les institutions de Diwan Al Madhalim (Maroc), du Médiateur de la République française et du Défenseur du peuple espagnol ; une Déclaration a été adoptée qui constate la nécessité des institutions de médiation pour la promotion de la bonne gouvernance, de la démocratie et des droits de l'Homme, et le soutien que peut apporter l'appartenance à un réseau international de Médiateurs. La création d'une structure permanente de coopération et de partenariat entre les Médiateurs de l'espace méditerranéen a été décidée.

De même, les Médiateurs de l'espace UEMOA (Union économique et monétaire Ouest-africaine), réunis à Ouagadougou (Burkina Faso) les 11 et 12 février 2008, pour la première fois, ont convenu d'institutionnaliser leur rencontre et de mettre en place un réseau de coopération, à travers l'harmonisation de leurs méthodes et des actions communes de formation de leur personnel.

Enfin, la plupart des membres de l'AOMF sont également membres d'autres réseaux comme l'Institut international de l'Ombudsman, du Réseau européen des Médiateurs (dans le cadre de l'Union européenne), du Forum canadien des Ombudsmans, de l'Association des Ombudsmans et Médiateurs africains, etc.

Recommandation : développer la mise en réseau des Médiateurs et les échanges d'expériences et pratiques nationales

ii. Le pouvoir d'injonction

Un des problèmes majeurs que peut rencontrer l'action du Médiateur est le refus de l'administration de coopérer ; que celle-ci refuse de fournir des documents ou de régler une situation défavorable au citoyen diminue l'utilité et la légitimité de l'institution de médiation.

Comme le souligne Mrs E. O'Reilly, Médiatrice de l'Irlande, lors de son allocution du 12 avril 2007 à la 10^{ème} table ronde des Médiateurs européens et du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, le Médiateur doit avant tout se faire une place au sein des institutions d'un Etat, acquérir une certaine légitimité, ce qui fait de la question des moyens d'influence sur les services administratifs une question cruciale.

La légitimité est à relier avec ce qui pourrait être un nouvel indicateur de la gouvernance démocratique et que Mrs O'Reilly met en avant, à savoir la **confiance portée à l'institution de médiation**, tant par les autres organes étatiques que par les citoyens. Avec toutes les réserves que l'on pourrait avoir sur le système des sondages, il semble cependant que des baromètres de confiance permettraient d'évaluer le degré d'efficience et d'impartialité des Médiateurs.

Recommandation : mise en place d'indicateurs (sondages...) permettant de mesurer concrètement la confiance portée par les citoyens en l'institution de médiation, et donc la légitimité et l'efficacité de cette dernière.

Pour remédier au risque de refus de coopération de l'administration, certains Médiateurs souhaitent se voir attribuer un pouvoir d'injonction plus étendu, afin de posséder le pouvoir de contraindre véritablement les administrations aux agissements illégaux, illicites voire irréguliers. Le cinquième Congrès de l'AOMF fut l'occasion pour ses membres de débattre de cet éventuel élargissement du pouvoir d'injonction.

Il faut tout d'abord souligner que la plupart des textes constitutifs des institutions de médiation contiennent un article prescrivant aux administrations l'obligation de fournir les renseignements demandés. Si, malgré cela, des administrations se montrent récalcitrantes, il est recommandé au Médiateur de faire usage de son pouvoir de dénonciation aux autorités étatiques.

Certains Médiateurs avancent cependant que ceci n'est pas suffisant et que le Médiateur devrait se voir conférer des pouvoirs similaires à ceux d'un juge, notamment celui le pouvoir d'injonction. Ainsi le Médiateur de la République islamique de Mauritanie exprimait-il au Congrès de Bamako le souhait que le Médiateur, pour être plus efficace, développe de véritables pouvoirs de contrainte sur les administrations.

Dans quelques Etats, le Médiateur est déjà pourvu d'un certain pouvoir d'injonction. En France, ce pouvoir reste limité à l'injonction d'exécuter une décision de justice (art 11 de la loi du 3 janvier 1973). En effet, certaines administrations peuvent refuser de se soumettre à une obligation de payer par exemple. Ce pouvoir est efficace quand l'administration, comme cela peut arriver, a tout simplement omis d'agir en conséquence ou est trop lente à s'exécuter, mais l'on peut tout de même douter qu'une administration, si elle refuse positivement d'accomplir une décision de justice portant autorité de la chose jugée, sera plus encline à céder à une injonction du Médiateur, dépourvue de toute contrainte. Cependant, même s'il n'est pas suivi, le pouvoir d'injonction laisse la possibilité au Médiateur de réaliser un rapport public sur l'administration en cause, en pointant ses dysfonctionnements. Ceci est un très bon moyen de pression sur les administrations, car cette publicité relayée par la presse entache leur réputation.

Tous les Médiateurs ne se sont pas montrés d'accord avec une extension trop importante de leurs pouvoirs d'injonction et de contrainte. Le Médiateur de la République française a rappelé que le Médiateur était une institution au pouvoir d'influence, qui ne doit pas se substituer à un juge. Il ne possède en effet pas les garanties de protection de droits de la défense que le système judiciaire se doit de respecter. En outre, un pouvoir d'injonction associé à des possibilités d'astreinte ou autres sanctions n'est envisageable que si une voie de recours est prévue ; ce contrôle pourrait porter atteinte à l'indépendance du Médiateur.

Question : Comment augmenter l'efficacité et donc la légitimité du Médiateur ? Qu'apporterait en ce sens un pouvoir d'injonction plus important?

Recommandation : les difficultés que soulève une extension du pouvoir d'injonction font préférer l'adoption d'autres systèmes permettant l'exercice d'une contrainte sur les administrations fautives, parmi lesquels la possibilité - que possèdent déjà certains Médiateurs - de déférer ces dernières devant la justice.

iii. L'obtention des informations

Déclaration de Bamako, 4ème engagement pour la consolidation de l'Etat de droit: "mettre en oeuvre le principe de transparence comme règle de fonctionnement des institutions"

Comme le pouvoir d'injonction, un pouvoir suffisamment fort d'obtenir des informations est une garantie indispensable à l'efficacité du Médiateur. La crédibilité de l'action du Médiateur se mesure en effet également à l'aune du champ de possibilités dont il dispose. Une évaluation juste du fonctionnement des administrations nécessite la mise à disposition de l'ensemble des documents concernant les enquêtes.

Les lois qui créent les institutions de médiation commandent aux administrations de coopérer (par exemple, art. 12 et 13 de la loi de 1973 instituant le Médiateur de la République française). Une harmonisation des modes d'exercice de ce pouvoir est cependant souhaitable afin d'améliorer encore l'efficacité du Médiateur dans sa tentative de conciliation.

Ainsi, l'Avocat du Peuple albanais possède effectivement la possibilité de conduire des investigations sur les sites mêmes des administrations qu'il contrôle. Cette amélioration des pouvoirs de contrôle du Médiateur fait l'objet d'une proposition du Comité Balladur dans le cadre de l'institution du Défenseur des droits fondamentaux, et il est souhaitable que tout Médiateur ne disposant pas encore de cette prérogative cherche à l'obtenir.

Précurseur en ce domaine, le Médiateur de la République française n'a pas hésité en 2006 et 2007 à intervenir et à s'impliquer personnellement dans les différends opposant les dockers du Port autonome de Dunkerque et les autorités du Port, la Préfecture d'Arras et les opérateurs d'un projet d'implantation d'éoliennes, un propriétaire de terrains voués à l'expropriation et les collectivités territoriales concernées par un projet d'implantation d'aéroport.

Critère : transparence de l'action de l'administration et de l'accès à l'information

Recommandation : généraliser la bonne pratique que constitue la conduite d'investigations directement sur les lieux de l'action administrative ou des litiges.

La dimension unipersonnelle du Médiateur ou de l'Ombudsman rend légitime ce mode d'exercice de ses compétences, qui devrait se développer et être cité au titre des bonnes pratiques dans un Etat démocratique.

iv. Les enquêtes sur des problèmes systémiques

Les problèmes systémiques désignent ceux qui sont récurrents et qui affectent un système, une administration dans son ensemble.

L'observation des pratiques administratives conduite par le Médiateur met à jour un certain nombre de dysfonctionnements dont la résolution nécessite un remaniement global d'une activité administrative. C'est pourquoi le Médiateur dispose d'un pouvoir de proposition de réformes faisant de lui l'un des instigateurs de réformes des plus efficaces dans un Etat de droit soucieux d'assurer la réalisation concrète des droits de ses citoyens.

Ces prérogatives favorisent en outre l'égalité de traitement des citoyens. En effet, la médiation possède nécessairement comme corollaire une certaine inégalité de traitement puisqu'un citoyen obtenant l'aide du Médiateur se retrouvera mieux protégé que celui qui ne cherche pas à se prémunir d'un dysfonctionnement administratif en recourant à ces services.

Le secteur des enquêtes systémiques est le théâtre d'un développement de l'auto-saisine du Médiateur, préalable à la mise en œuvre d'enquêtes impartiales et indépendantes. L'attention du Médiateur, éveillée par son traitement de requêtes individuelles, peut

alors se concentrer sur l'étude générale du fonctionnement de l'administration sans attendre une quelconque demande de l'exécutif ou du législatif. La saisine par une autorité compétente et l'auto-saisine constituent ainsi les deux modes complémentaires de mise en œuvre de ces recherches globales à privilégier. La particularité des enquêtes ainsi menées justifie la différence de saisine qui peut exister avec le traitement des cas individuels, dans des pays où l'auto-saisine, voire la saisine directe, ne sont pas autorisées pour les litiges individuels. C'est ainsi que la compétence initiale du Médiateur de la République française en matière de réformes a été élargie en 2000 : désormais, les personnes physiques ou morales peuvent transmettre directement au Médiateur de la République des demandes de modification législative ou réglementaire, et la loi du 12 avril 2000 a également doté le Médiateur d'une faculté d'auto-saisine en la matière.

La deuxième contribution de l'AOMF au rapport de l'OIF mettait en exergue les différentes illustrations de cette force de proposition, révélant ainsi leur diversité. L'exécutif et le législatif sont les destinataires les plus courants de ces enquêtes systémiques, puisque les dysfonctionnements peuvent résulter tant d'une mauvaise application de la loi que de l'application d'une loi injuste nécessitant une modification législative des textes.

v. Le contrôle de l'utilisation des comptes publics

Une gouvernance démocratique ne peut être envisagée sans une gestion saine des comptes publics, confortée par l'obligation de rendre compte des deniers publics qui pèse sur les administrations. Les dispositifs de contrôle mis en place par l'Etat assurent la régularité et l'efficacité de cette gestion publique.

Des pays comme le Mali et le Canada ont rattaché ce contrôle à la mission de surveillance des dysfonctionnements de l'administration confiée aux institutions de médiation, en créant des offices de Vérificateur Général des comptes publics, fonctionnant comme des Médiateurs mais dont la fonction se limite au contrôle de la performance des services publics couplée à la régularité et la transparence des opérations de recettes et de dépenses effectuées.

Le droit de regard des citoyens sur la gestion publique est légitime, dès lors qu'une gestion défailante entraînera des conséquences négatives sur leur accès aux services administratifs et sur la réalisation de leurs droits.

C'est ainsi que le Mali, s'inspirant du modèle canadien, permet à tout citoyen qui aurait connaissance d'actes de mauvaise gestion des ressources publiques de saisir le Vérificateur général, qui choisit alors ou non, selon le bien-fondé de la demande, d'enquêter en vue de la production d'un rapport de vérification contenant des recommandations. Si la vérification aboutit à la découverte d'irrégularités, le Vérificateur saisit alors la justice. Il rédige également un rapport annuel qui est adressé en même temps au Président de la République, au Premier Ministre et au Président de l'Assemblée Nationale avant d'être rendu public. Il fonctionne en parallèle avec d'autres organes de contrôle dont la Section des Comptes de la Cour Suprême malienne et de nombreux organes de contrôle ministériels.

Cette utilisation originale des compétences généralement dévolues au Médiateur n'est cependant pas sans soulever quelques interrogations. Cette multiplication des structures de contrôle n'est-elle pas en effet de nature à compliquer la tâche de vérification en la privant d'un schéma clair et efficace de fonctionnement ? En outre, le Vérificateur, comme tous les Médiateurs, ne dispose pas de pouvoirs de sanction des administrations et ne peut de ce fait mener à son terme sa procédure de vérification. Cette limite essentielle n'encourage pas à le reconnaître comme instrument essentiel de contrôle de la gestion publique.

Question : Est-il souhaitable d'élargir les compétences du Médiateur pour lui confier la mission de contrôle des comptes publics ? Dispose-t-il des pouvoirs et du statut nécessaire pour remplir pleinement cette fonction ? N'entrerait-il pas en concurrence avec les institutions supérieures de contrôle dont c'est naturellement la vocation dans chaque Etat ?

vi. Un élargissement possible des prérogatives des Médiateurs : le contrôle du contentieux préélectoral

L'analyse du contentieux relatif à l'élection en France met au jour une absence de contrôle juridictionnel à laquelle l'action du Médiateur pourrait remédier. La protection des droits électoraux et la tenue d'élections libres et transparentes font partie des prérogatives de l'Etat de droit et participent plus généralement des missions de protection et de contrôle que se voit confier le Médiateur.

Si le Conseil constitutionnel français est le juge de la régularité des élections, la résolution des litiges préélectoraux (inégalité de présentation des candidats sur les affichages publics, distribution de tracts, atteintes à la sincérité du scrutin par l'introduction volontaire d'une confusion sur les bulletins...) ne relève pas de sa compétence. Or, à la suite d'une évolution jurisprudentielle du Tribunal des conflits, confirmée par la Cour de Cassation en assemblée plénière, l'ordre judiciaire n'est plus compétent et l'ordre administratif ne prend pas le relais pour couvrir ce contentieux, laissant les plaignants sans recours - le Conseil constitutionnel ne connaissant pas la procédure du référé préélectoral pour les élections nationales.

La qualité de conciliateur du Médiateur trouverait particulièrement à s'affirmer dans ce domaine où les litiges se doivent d'être réglés rapidement pour ne pas entacher la validité de l'ensemble de l'élection. Or actuellement seul le contentieux juridictionnel de la régularité du scrutin postérieur à l'élection (sanctionné par l'annulation) permet de remédier aux atteintes à la sincérité des opérations électorales. Le citoyen est dépourvu d'interlocuteur institutionnel en l'état du droit en France.

Il serait donc approprié de déterminer si d'autres pays pourraient également bénéficier, en raison du vide juridique difficilement admissible dans un Etat démocratique, de l'élargissement de l'action du Médiateur en ce domaine.

ANNEXE 1 – Le positionnement constitutionnel des OMBUDSMANS

	<i>Positionnement institutionnel</i>
<i>Albanie</i>	Les articles 60 à 63 de la Constitution sont consacrés à l'Avocat du Peuple
<i>Belgique, Médiateur fédéral</i>	Il est créé par la loi du 22 mars 1995
<i>Belgique, Médiateur de la Région wallonne</i>	Il est institué par le Décret du 22 décembre 1994
<i>Burkina Faso</i>	Autorité indépendante instituée par la loi organique du 17 mai 1994
<i>Canada, Québec</i>	Le Protecteur du Citoyen est établi par une loi
<i>Canada, Nouveau Brunswick</i>	L'Ombudsman est défini par la loi
<i>Côte d'Ivoire</i>	La loi du 1 ^{er} août 2000 portant Constitution de la 2 ^{ème} République de la Côte d'Ivoire institue le Médiateur de la République (Titre XI, art. 115 à 118 de la Constitution)
<i>Espagne, Catalogne</i>	L'ombudsman est prévu aux articles 78 et 79 des statuts d'autonomie de la Catalogne, loi approuvée par référendum le 18 juin 2006
<i>France</i>	Loi organique, AAI sans pouvoir coercitif (injonction quand même)
<i>Grèce</i>	L'article 103 de la Constitution définit le Médiateur comme une autorité indépendante
<i>Haïti</i>	L'Office de la Protection du Citoyen de la République d'Haïti a été créé par la Constitution de 1987 de la République
<i>Mali</i>	Le Médiateur de la République est institué par la loi du 14 mars 1997
<i>Maroc</i>	Décret royal (qui précise indé)
<i>Maurice</i>	Constitution
<i>Mauritanie</i>	Le Médiateur de la République est une institution créée par décret du Président de la République
<i>République tchèque</i>	Le Défenseur public des droits est institué par la loi du 8 décembre 1999
<i>Roumanie</i>	Le Titre II de la Constitution consacré aux droits fondamentaux, libertés et devoirs contient un chapitre IV qui institue l'Avocat du Peuple
<i>Sénégal</i>	Le Médiateur de la République est une autorité indépendante instituée par une loi du 29 Janvier 1999

ANNEXE 2 - Les modes de nomination

	<i>Modes de désignation du Médiateur</i>
<i>Albanie</i>	L'Avocat du Peuple est élu aux trois-cinquièmes par tous les membres de l'Assemblée. (article 61 de la Constitution)
<i>Belgique, Médiateurs fédéraux</i>	Les médiateurs sont nommés par la Chambre des représentants après qu'il a été fait publiquement appel aux candidats (article 3, loi du 22 mars 1995)
<i>Belgique, Médiateur de la Région wallonne</i>	Après appel public aux candidatures et procédure de sélection, le Médiateur est nommé par le Conseil régional wallon. (art 2, Décret du 22 décembre 1994)
<i>Burkina Faso</i>	Le Médiateur du Faso est nommé par décret du Président du Faso après consultation du Premier Ministre, du Président de l'Assemblée des Députés du Peuple, du Président de la Chambre des Représentants et du Président de la Cour Suprême (article 4, LO du 17 mai 1994)
<i>Canada, Québec</i>	L'Assemblée nationale nomme, sur proposition du premier ministre, une personne appelée «Protecteur du citoyen». Pour être valide cette nomination doit avoir été approuvée par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale. (article 1 de la loi sur le Protecteur du Citoyen)
<i>Canada, Nouveau Brunswick</i>	L'Ombudsman est nommé par le lieutenant gouverneur en conseil sur recommandation de l'Assemblée législative (article 2(1) de loi constitutive de l'institution)
<i>Côte d'Ivoire</i>	Le Médiateur est nommé par le Président de la République
<i>Espagne, Catalogne</i>	Les candidats sont proposés par la commission parlementaire spécialement constituée pour gérer les relations entre le Sindic et le Parlement. Vote au trois-cinquièmes ; si cette majorité n'est pas atteinte toute la procédure doit être recommencée. Si aucun des candidats proposés n'obtient cette majorité au bout de trois mois, une majorité absolue suffira pour le vote suivant. (art 5, Loi du 20 mars 1984)
<i>France</i>	Le Médiateur est nommé par Décret en Conseil des Ministres
<i>Haïti</i>	Le Protecteur du Citoyen est choisi par consensus entre le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de la Chambre des Députés.
<i>Mali</i>	Le Médiateur est nommé par Décret du Président de la République (art 2, Loi du 14 mars 1997)
<i>République tchèque</i>	Le Défenseur public des Droits est élu par la Chambre des députés et est choisi parmi un groupe de candidats dont deux sont présentés par le Président et deux par le Sénat (article 6-1, loi du 8 décembre 1999)
<i>Roumanie</i>	L'Avocat du Peuple est appointé lors d'une session commune de la Chambre des Députés et du Sénat
<i>Sénégal</i>	Le Médiateur de la République est nommé par Décret.

ANNEXE 3 - Le cumul des fonctions

	<i>Interdiction de cumul des mandats et fonctions</i>
<i>Albanie</i>	L'Avocat du Peuple ne peut être parti à aucun parti politique, il ne peut poursuivre aucune autre activité politique, administrative ou professionnelle, ni faire partie d'organes de gestion d'organisations sociales, économiques ou commerciales. <i>(article 61 de la Constitution)</i>
<i>Belgique, Médiateurs fédéraux</i>	Pendant la durée de leur mandat, les médiateurs ne peuvent exercer aucune des fonctions ou aucun des emplois ou mandats suivants : <ol style="list-style-type: none"> 1) la fonction de magistrat, notaire ou huissier de justice; 2) la profession d'avocat; 3) la fonction de ministre d'un culte reconnu ou de délégué d'une organisation reconnue par la loi qui offre une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle; 4) un mandat public conféré par élection; 5) un emploi rémunéré dans les services publics visés à l'article 1er, alinéa 2. Les médiateurs ne peuvent exercer une fonction publique ou autre qui puisse compromettre la dignité ou l'exercice de leurs fonctions. <i>(article 5 de la loi du 22 mars 1995)</i>
<i>Belgique, Médiateur de la Région wallonne</i>	Fonction de magistrat, notaire ou huissier de justice ; profession d'avocat ; fonction de ministre d'un culte reconnu ou le délégué d'une organisation reconnue par la Loi qui offre une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle ; membre du personnel des forces armées ; Mandat public conféré par élection, ne peut être candidat à un tel mandat dans les quatre années qui suivent sa sortie de charge Un emploi rémunéré dans les services publics communautaires ou un mandat public conféré par la Communauté française Toute fonction qui puisse compromettre le bon exercice de sa mission ou porter atteinte à son indépendance, son impartialité ou la dignité de ses fonctions
<i>Burkina Faso</i>	Le Médiateur du Faso doit s'occuper exclusivement des devoirs de ses fonctions et ne peut occuper une autre fonction, charge ou emploi, sauf autorisation expresse du Président du Faso. Pendant la durée de ses fonctions, il ne peut être candidat à quelque fonction élective que ce soit. S'il exerçait ce mandat avant sa nomination, il devrait antérieurement à sa prise de fonction, rendre sa démission. <i>(Articles 9 et 10 de la LO du 17 mai 1994)</i>
<i>Canada, Québec</i>	Le Protecteur du citoyen doit s'occuper exclusivement des devoirs de ses fonctions et ne peut occuper aucune autre fonction, charge ou emploi, sauf s'il y est autorisé par

	l'Assemblée nationale, article 6 de la Loi sur le Protecteur du Citoyen
<i>Côte d'Ivoire</i>	Les fonctions de Médiateur de la République sont incompatibles avec l'exercice de toute fonction politique, de tout autre emploi public et de toute activité professionnelle. (article 117 de la Constitution)
<i>Espagne, Catalogne</i>	Tout mandat de représentation, toute fonction exécutive, toute appartenance à un parti politique, à un syndicat, « management associations », membre du conseil consultatif de la Generalitat ou de la cour constitutionnelle Office politique ou administratif de l'Etat central, des communautés autonomes ou de services locaux. Carrière militaire Toute activité professionnelle, de procureur judiciaire, activité commerciale ou salariée (art 8 loi 20 mars 1984)
<i>France</i>	Tout mandat national est interdit. Les articles 4 et 5 de la loi de 1973 précisent également que pendant la durée de ses fonctions, le Médiateur ne peut être candidat à un mandat de conseiller général ou municipal s'il n'exerçait ce même mandat antérieurement à sa nomination.
<i>Mali</i>	Les fonctions de Médiateur de la République sont incompatibles avec toutes fonctions administratives, politiques et toute activité professionnelle privée. (article 3 de la loi du 14 mars 1997)
<i>Mauritanie</i>	La fonction de Médiateur de la République est incompatible avec les fonctions de membre du Gouvernement, l'exercice de tout mandat électoral et d'une manière générale tout emploi public ou privé.
<i>République tchèque</i>	La fonction de Défenseur est incompatible avec celle de Président de la République, de député, de sénateur ou de juge, et également avec toute fonction publique administrative. La fonction de Défenseur est incompatible avec toute autre activité lucrative, à l'exception de la gestion de sa propriété privée et d'activités de nature scientifique, éducative, éditoriale, littéraire ou artistique, tant que cela ne se fait pas au détriment de l'exercice sa fonction et de sa dignité ni ne menace la confiance en l'indépendance et l'impartialité de sa mission. Le Défenseur ne peut être membre d'un parti ou d'un mouvement politique. Durant le terme de son mandat, le Défenseur, s'il/elle est soumis(e) à la conscription militaire obligatoire, ne sera pas appelé(e) pour service actif ou celui-ci sera suspendu (Article 3 de la loi du 8 décembre 1999)
<i>Roumanie</i>	L'Avocat du Peuple et ses délégués ne peuvent exercer aucune autre activité publique ou privée, à l'exception de celles d'enseignement supérieur. (article 58-2 de la Constitution)