

**VIII ème CONGRES**

**ASSOCIATION DES OMBUDSMANS ET MEDIATEURS DE LA FRANCOPHONIE**

**AOMF, 15 ANS : MEDIATIONS INSTITUTIONNELLES ET CRISES**

**DAKAR, 25-28 novembre 2013**

**MEDIATION ET CRISES INSTITUTIONNELLES**

**INTRODUCTION THEORIQUE**

**Par Babacar KANTE**

**Professeur à l'Université Gaston BERGER**

**SAINT-LOUIS (Sénégal)**

## INTRODUCTION

« Tout ce qui ne m'est pas interdit m'est permis ». C'est par cette déclaration, volontairement provocatrice, que le premier Médiateur de la République du Sénégal, à peine nommé, avant même sa prise de fonction effective, délimitait les frontières de son champ d'intervention mais aussi, et surtout, déterminait ses méthodes d'intervention. Il entendait ainsi, très rapidement, marquer son territoire dans l'espace institutionnel national du fait que son institution était encore un objet juridique non identifié.

Quand vous m'avez invité à traiter le thème « Médiation et crises institutionnelles », je me suis demandé si vous n'aviez pas cédé, vous aussi, de la même manière, à la tentation de redéfinir une nouvelle trajectoire à votre institution et, pourquoi pas, à lui fixer une autre destination.

Si tel était le cas, j'y verrais le symptôme d'une crise. Mais, rassurez-vous, il s'agirait d'une crise pour cause de succès. Le bilan que présentent les Ombudsmans et Médiateurs de la République, après une période de scepticisme en raison de la nouveauté de l'institution dans l'espace francophone notamment, est en effet un largement positif aujourd'hui. Votre rapport annuel que vous avez remis à Monsieur le Président de la République il y a quelques semaines seulement contient, Monsieur le Médiateur de la République du Sénégal, un certain nombre d'indications intéressantes à cet égard. Il en est de même du dernier rapport en date du défenseur des droits en France sur les droits des enfants. La généralisation de l'Ombudsman et du Médiateur et votre constitution en réseau dans le cadre de la Francophonie suffisent à confirmer le succès de votre institution. Ces derniers temps, vous avez même, à titre individuel pour certains d'entre vous, remporté des succès remarquables sur des terrains particulièrement sensibles où vous n'étiez pas attendus. En vous le rappelant, loin de moi l'idée que vous voudriez en tirer avantage pour vous donner une nouvelle vocation. Votre parcours vous autorise en effet et vous contraint même à vous interroger sur les crises institutionnelles.

A la création des Ombudsmans et des Médiateurs à l'époque moderne, l'enjeu était de réhabiliter la citoyenneté en rééquilibrant les rapports entre l'individu et les détenteurs de prérogatives de puissance publique dans l'espace étatique. Progressivement, les Ombudsmans et Médiateurs ont réussi à garantir les droits des citoyens face aux organismes dotés de prérogatives de puissance publique, tout en rassurant l'administration et les autorités judiciaires. Ils ont su se faire accepter aussi bien par les usagers du service public que par les administrations.

Mais les données ont profondément changé. La nécessité de maintenir un équilibre entre l'Etat et le citoyen reste une constante. Mais nos sociétés expriment aujourd'hui une nouvelle exigence, celle d'assurer une sécurité à l'individu aux plans politique, juridique, social et économique face aux autorités détentrices directes ou indirectes d'une parcelle de la souveraineté de l'Etat. Cette nouvelle donne est en fait le résultat de la dénaturation et de la décomposition des liens verticaux entre l'Etat et les citoyens mais aussi horizontaux entre les individus eux-mêmes. La revendication pour plus de démocratie et d'Etat de droit partout à travers le monde, aussi bien dans les pays développés que dans les pays émergents ou en

transition, se manifeste sous forme de pressions citoyennes, de plus en plus fortes, sur les institutions responsables du bon fonctionnement des services publics et de la satisfaction de l'intérêt général. De ce fait, l'Etat central se trouve tiraillé aujourd'hui entre d'une part, les contraintes que lui impose le système international et, d'autre part, les revendications locales de ses citoyens.

Les institutions publiques, surtout dans les pays africains, n'ont pas toujours les moyens de répondre à cette demande et ne sont pas prêtes à y faire face. L'application de l'analyse systémique au fonctionnement de nos sociétés actuelles révèle que, nulle part, les administrations centrales n'arrivent à remplir de façon satisfaisante la fonction d'agrégation et de synthèse qu'elles sont censées jouer pour offrir une réponse efficace et efficiente aux demandes politiques, sociales et économiques qui leur sont adressées. Les offres qui sont faites par les pouvoirs publics ou leurs délégués en réaction aux besoins des sociétés ne sont pas à la hauteur de l'intensité de la demande. La montée en puissance de la société civile et des mouvements citoyens, moteur de cette quête démocratique de plus en plus forte, a constitué un des facteurs les plus importants de l'évolution de nos sociétés de ces dernières années.

Le déficit des institutions publiques face aux demandes de plus en plus importantes des citoyens est une des sources potentielles les plus importantes de crises actuelles à travers le monde. Il se manifeste pour l'essentiel sous forme d'une incapacité à anticiper la demande ou à y répondre et provoque, à terme, une certaine instabilité politique. Presque toutes les institutions et tous les Etats sont concernés, mais à des degrés divers. Seules les réactions diffèrent en réalité. Ainsi, dans les pays émergents ou sous développés en transition démocratique, ces crises menacent la gouvernabilité de l'Etat et les fondements de la société.

Cette instabilité constitue, sans aucun doute, un défi pour toutes les institutions chargées du règlement des litiges, notamment les Ombudsmans et les Médiateurs. En raison de leur compétence et attributions en matière de gestion et de règlement des litiges, ils sont placés dans une situation où il est légitime, comme vous le faites, qu'ils se posent des questions sur l'attitude à adopter face à un contexte différent de celui qui les a vus naître. Le rôle et la place des Ombudsmans et des Médiateurs dans la gestion de ces crises institutionnelles méritent dès lors une sérieuse réflexion.

Une approche purement institutionnelle des Ombudsmans et des Médiateurs révèle qu'historiquement et sociologiquement, un certain nombre de facteurs expliquent bien évidemment leur création à un moment donné. Mais leur évolution est nécessairement affectée aujourd'hui par l'évolution de nos sociétés et les processus sociaux qu'elles véhiculent. De même, se pose la question de savoir si l'action des Ombudsmans et Médiateurs ne devrait pas ou ne pourrait pas, en retour, avoir une influence sur les mutations de nos sociétés actuelles. Mais en définitive, chaque institution a sa propre logique et développe sa dynamique. Il est cependant possible d'aboutir à une tendance générale.

On note ainsi qu'un rapport dialectique s'est finalement établi entre les Ombudsmans et Médiateurs d'une part et, d'autre part, les processus sociaux qui se déroulent sous nos yeux. La perspective qui nous intéresse davantage reste cependant la relation possible, en termes

d'influence, entre les Ombudsmans et Médiateurs et leur environnement, c'est-à-dire leur capacité à agir sur les crises institutionnelles qui structurent, paradoxalement, nos Etats modernes.

L'enjeu est important. Il s'agit pour les Ombudsmans et Médiateurs de décider soit de jouer un rôle d'intermédiation dans la résolution de ces crises d'un type nouveau, soit de les subir. Une réponse positive à cette question serait une jouvence pour l'Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie. En revanche, une réponse négative serait un requiem pour elle.

Les Ombudsmans et Médiateurs sont-ils pour autant fondés à faire face à ce défi et sont-ils outillés à cette fin? D'un point de vue politique, il est tout à fait concevable qu'en période de trouble et de rupture du bon fonctionnement des institutions, tous les organes compétents en matière de règlement des litiges puissent intervenir pour contribuer à leur régulation et à leur stabilisation. La légitimité et même l'opportunité d'une implication des Ombudsmans et Médiateurs dans de telles crises ne devraient donc pas faire débat. En revanche, du point de vue de sa légalité objective, de sérieux doutes apparaissent.

*De lege lata*, il est difficile de soutenir, en l'état actuel des règles fixant l'organisation et le fonctionnement de vos institutions, que vous avez tous une compétence générale dans vos pays pour intervenir dans le règlement des crises institutionnelles. Malgré les modifications apportées à vos textes organiques, vos compétences restent, pour l'essentiel, strictement délimitées. La loi du 11 février 1991 instituant un Médiateur de la République au Sénégal a certes été abrogée et remplacée par une loi du 29 janvier 1999. Mais les modifications, bien que substantielles, ne vont pas jusqu'à étendre le champ d'intervention du Médiateur aux crises institutionnelles.

*Praeter legem*, on pourrait peut-être envisager une source supplétive comme la coutume ou d'autres principes généraux du droit pour trouver un fondement juridique à la compétence des Ombudsmans et Médiateurs en la matière. Mais, vous le savez, les règles de compétence sont d'ordre public. La compétence ne se présume pas : on est ou on n'est pas compétent. Les résolutions des organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies, l'Union africaine, l'Union économique et monétaire ouest africaine tendant à engager les Ombudsmans et Médiateurs à se constituer en réseau et à s'impliquer davantage dans la gestion des crises peuvent constituer une piste intéressante à explorer. Elle semble cependant vouer à une impasse du fait du caractère vague et déclaratoire de ces résolutions.

Il ne reste plus alors qu'une approche de *lege ferenda*. C'est peut-être là que votre rencontre trouve tout sens. On pourrait en effet envisager qu'à travers une démarche prospective, votre congrès aboutisse à des propositions de réforme qui élargissent et approfondissent vos compétences et attributions pour les étendre aux crises institutionnelles.

Mais au risque de vous décevoir, je dois vous avouer d'entrée de jeu, Mesdames, Messieurs, que je ne ferai pas de propositions. Non seulement c'est une simple introduction théorique qui m'a été demandée, pourquoi alors me compliquer la tâche, mais en outre la plus élémentaire sagesse m'interdit de venir asséner devant vous, Ombudsmans et Médiateurs, des

propositions sur l'organisation et le fonctionnement de vos propres institutions, du genre « il n'y a qu'à » qui relèvent du « *inch Allah managment* ».

J'ai cependant été tenté, un moment, pour contribuer à cette réflexion, d'essayer de cerner d'abord l'intérêt, ensuite les difficultés d'une gestion des crises institutionnelles par les Ombudsmans et Médiateurs, ou alors de définir d'une part, les conditions, d'autre part, les modalités d'intervention des Ombudsmans et Médiateurs dans les crises institutionnelles.

En définitive, j'ai pourtant renoncé à ces deux pistes. Je me suis fixé une ambition plus modeste, à la mesure de mes moyens. Je voudrais, avec votre permission, Mesdames, Messieurs les Ombudsmans et Médiateurs, tenter de *contextualiser* et de *problématiser* le thème de votre congrès autour du rôle et de la place des Médiateurs et Ombudsmans dans la gestion des crises institutionnelles. Cette démarche présente pour moi le double avantage non seulement de contourner la difficulté consistant à proposer des solutions concrètes et pertinentes, mais aussi de poser des questions auxquelles je n'ai pas de réponse.

Le thème que vous avez choisi, contrairement aux apparences, est lancinant et irritant. Il renvoie, en effet, à la question de savoir comment et pourquoi les Ombudsmans et Médiateurs devraient ou pourraient intervenir dans les crises institutionnelles dans un environnement marqué par une multitude d'organes similaires intervenant dans la gestion de ces crises mais aussi le caractère multiforme de ces dernières.

Après un travail de repérage des problèmes théoriques qui pourraient rendre, peut-être pas impossible, mais à tout le moins difficile votre intervention dans ce champ qui reste relativement nouveau pour la plupart de vos institutions, j'ai retenu quatre questions qui me paraissent mériter une attention particulière.

La première correspond à celle de l'indentification des crises dont il s'agit. La deuxième concerne le type de médiation qu'il convient d'appliquer aux crises ainsi identifiées. La troisième porte sur les obstacles à prendre en compte pour une médiation réussie. La quatrième est en rapport avec la portée de l'intervention sur ces crises.

## **I. QUELS TYPES DE CRISES ?**

Sans entrer dans un débat sémantique qui serait fastidieux, il faut reconnaître que notre époque est structurée par une généralisation des tensions, des conflits et même des guerres qu'on regroupe sous le vocable générique, assez commode du reste, de crise. La crise est ainsi devenue aujourd'hui la chose mieux partagée au monde. Elle peut et doit cependant faire l'objet de classification, pour faire la différence entre le mot et la chose. Certaines ont une dimension nationale, alors que d'autres, de plus en plus nombreuses, bien que d'origine nationale ont tendance à l'internationalisation. D'autres encore, à l'inverse, sont incontestablement internationales mais ont un impact à l'échelle nationale. On peut également distinguer entre celles qui sont ouvertes et les autres qui sont latentes. Mais cette classification reste aléatoire. Dans certains cas, une crise peut en effet avoir une origine institutionnelle et se transformer progressivement en crise sociale ou politique. Dans d'autres, en sens contraire,

une crise peut avoir une nature sociale ou politique au départ pour finir par devenir institutionnelle.

Toutes ont cependant pour conséquence d'affecter au mieux la gouvernance dans les vieilles démocraties et, au pire, la gouvernabilité dans les démocraties émergentes. Il reste cependant, cela relève de l'évidence, qu'elles ne sont pas toutes de nature à entraîner une intervention des Ombudsmans et Médiateurs. Il convient alors, si on doit envisager une implication de leur part, de procéder à une taxinomie, à partir d'un certain nombre de critères, des crises pouvant entrer dans leur champ de compétence.

On pourrait peut-être procéder, pour ce faire, par une approche en deux temps. L'une serait négative ; l'autre positive.

#### I.A. UNE APPROCHE NEGATIVE DE L'IDENTIFICATION DES CRISES

Il s'agit, dans une démarche résolument d'exclusion, d'identifier les crises qu'il ne conviendrait pas d'inclure dans les compétences ou attributions des Ombudsmans et Médiateurs. Elles restent importantes dans l'absolu et leur exclusion devrait se fonder par conséquent sur des arguments relatifs à la valeur ajoutée que les Ombudsmans et Médiateurs pourraient apporter au traitement de ce genre de crise sans perdre leur crédit. Il s'agit essentiellement de crises, quelque soit par ailleurs leur origine, qui ont fondamentalement une nature politique. Dans de tels cas, lorsque les mécanismes prévus par la Constitution devraient s'appliquer, il serait peut-être plus convenable de laisser les acteurs politiques trouver les compromis nécessaires.

On peut se demander en effet si dans les hypothèses de crise politique de nature partisane, une intervention des Ombudsmans et Médiateurs leur permettra de réduire les incertitudes de la vie politique ; ce dont on peut douter. On peut même penser, sans grand risque de se tromper, au vu de l'expérience tirée de certaines crises politiques, qu'une telle implication les ferait plutôt perdre en crédibilité. Quand la solution de la crise se trouve dans un arbitrage du peuple par exemple, il est fort peu probable que les Ombudsmans et Médiateurs arriveront à bout du manque de volonté des acteurs en jeu.

Quelques exemples, qui pourraient servir d'études de cas, suffiront à circonscrire les limites de la capacité des Ombudsmans et Médiateurs à exercer une influence sur ce genre de crise. Le cas de la Belgique m'a beaucoup frappé et devrait faire réfléchir. Ce pays, du fait de la solidité de ses institutions a pu fonctionner plus d'un an sans gouvernement stable. Mais quelle contribution un Ombudsman ou Médiateur, au sens classique du terme, peut effectivement apporter à la résolution du genre de crise que ce pays a connu ? De même, dans le cas du Mali, la rupture du fonctionnement normal des institutions a entraîné une grave crise politique. L'évolution et le contexte de cette crise, qui a eu des ramifications internationales, révèlent qu'un Médiateur national aurait peut-être très peu de prise sur sa solution. Enfin quel rôle le Défenseur de droits peut-il jouer dans ce que certains qualifient, peut-être à tort, de crise en France en ce moment ? Ces exemples méritent réflexion avant toute proposition dans le sens d'une implication des Ombudsmans et Médiateurs dans les crises institutionnelles.

La marche de nos sociétés actuelles, surtout sur le continent africain, est rythmée par des tensions entre ses différentes composantes et entre ses éléments constitutifs et le pouvoir central. Il s'agit, il faut le rappeler, de pays en transition démocratique. Cette évolution ne peut se faire sans heurts. Les Médiateurs devraient-ils engager leur crédibilité en prenant le risque de vouloir traiter ce qui relève des maladies infantiles de la démocratie ? Rien n'est moins évident.

La sagesse, qui est la caractéristique essentielle des Ombudsmans et Médiateurs, devrait peut-être conduire à l'adoption d'un principe de précaution et de réalisme en la matière. La réflexion pourrait être orientée vers un examen au cas par cas. Il y va de l'identité des institutions que vous représentez.

### I.B. UNE APPROCHE POSITIVE DE L'IDENTIFICATION DES CRISES

Il s'agit, dans un deuxième temps, de tenter de dégrossir cette notion de crise institutionnelle au cœur de vos préoccupations, par une approche inclusive. Que faut-il en effet entendre par crise institutionnelle de nature à pourvoir faire l'objet d'une médiation de votre part ?

Une approche consisterait à tenter d'identifier les institutions qui pourraient être concernées. Elles sont potentiellement nombreuses. Il faut non seulement en limiter le nombre, dans un souci d'efficacité, mais aussi déterminer le type de crise qui pourrait intéresser les Ombudsmans et Médiateurs.

Trois types de crises au moins sont envisageables : des crises intra institutionnelles, des crises inter institutionnelles, et des crises opposant des institutions et des usagers des services publics ou des citoyens. Les premières sont dans l'ordre normal des choses. Toute institution, à un moment donné de son évolution, est appelée à connaître une crise de croissance. Il est alors normal que les organes chargés de les gérer tentent de trouver des solutions internes. Les Ombudsmans et Médiateurs pourraient, à la demande, servir de facilitateur dans la recherche d'une solution et proposer des réformes. Dans le deuxième cas, une intervention serait bienvenue, si aucune solution juridictionnelle claire n'est envisageable. Il peut arriver en effet qu'il y ait un vide juridique ou un chevauchement de compétences entre les institutions concernées. Dans ce cas, comme dans le premier, une proposition de sortie de crise est concevable. Dans le dernier cas de figure, lorsque les droits fondamentaux sont en jeu, on pourrait envisager une intervention des Ombudsmans et Médiateurs pour garantir leur protection. Mais ce genre de situation entraîne rarement une crise institutionnelle. En plus, on n'est pas loin de la mission des Ombudsmans et Médiateurs.

### II. QUEL GENRE DE MEDIATION ?

Les modes classiques d'intervention des Ombudsmans et Médiateurs sont connus. Ils consistent pour l'essentiel à servir d'intermédiaire entre les citoyens et les organismes publics ou privés chargés de la satisfaction de l'intérêt général et dotés de prérogatives de puissance publique. Ce faisant, les Ombudsmans et Médiateurs sont dans l'exercice de leur mission. S'ils veulent se reconnaître une nouvelle vocation, la question se posera fatalement de savoir

si ces modes d'intervention classiques sont adaptés aux crises institutionnelles. Il est nécessaire, pour répondre aux nouvelles exigences de nos sociétés, de politiser, au sens fort du terme, la gestion des crises. La gestion des crises institutionnelles doit en effet être perçue comme un problème qui interpelle la société politique. Il importe, dès lors, de bâtir un consensus fondateur sur la nécessité de développer une culture de stabilité des institutions.

Pour que les Ombudsmans et Médiateurs trouvent leur place dans la gestion des crises institutionnelles, il leur faut s'interroger sur les modalités de leur intervention, le type de médiation qui convient à la situation. Quelle est alors la nature de l'intervention et quelle devrait être son étendue ?

## II.A.LA NATURE DE L'INTERVENTION

Pour atteindre des résultats positifs, les Ombudsmans et Médiateurs devraient peut-être procéder à un *aggiornamento* pour s'adapter à la nouvelle donne. Dans les crises institutionnelles, il n'est pas évident que les procédés actuels certes éculés, mais qui ont fait leur preuve dans d'autres domaines, soient pertinents.

Quel rapport en effet, Monsieur le Médiateur de la République du Sénégal, entre les réclamations que vous traitez habituellement et les crises institutionnelles ? Dans votre rapport 2010-2011 par exemple, on note que quantitativement, vous avez traité environ trois cent dossiers dont près de 80 % sont d'origine individuelle et concernent des litiges avec des Ministères dont, au premier chef, celui chargé de l'Economie et des finances. Le traitement qualitatif de ces dossiers a nécessité de votre part une intermédiation qui a donné un taux de réussite qui varie, entre 2010 et 2011, de 60 à 72%. Ce résultat est plus que satisfaisant.

Les crises institutionnelles se présentent, quant à elles, autrement. Selon la nature de l'institution et de la crise, il faudrait certainement imaginer une approche différente. De nouvelles méthodes et d'autres outils d'intervention devront être conçus ou conférés aux Ombudsmans et Médiateurs. L'étude de vos différents rapports révèle que les Ombudsmans et Médiateurs des Etats membres de votre association sont généralement très respectés et même parfois craints par les administrations classiques, ce qui représente un atout qu'il faut préserver. Il serait intéressant de capitaliser cette expérience.

En ce qui concerne les institutions, on peut se demander s'il ne faudrait pas faire une distinction, en fonction des situations. Dans certains cas, la crise pourrait nécessiter une médiation au sens classique du terme, comme vous en avez l'habitude. Il s'agira alors de rapprocher les points de vue des parties. Mais dans d'autres, il se pourrait que la conciliation convienne mieux. Dans de tels cas, il n'est pas interdit de penser que l'Ombudsman ou le Médiateur sorte de son rôle traditionnel pour concevoir une solution autour de laquelle il tentera de réunir les parties. Dans d'autres enfin, un arbitrage sera peut-être requis. L'Ombudsman ou le Médiateur sera alors appelé à trancher et à imposer son point de vue aux parties. La distinction entre ces trois modalités d'intervention est banale et connue de vous tous. Sa portée est cependant fondamentale. Les Ombudsmans et Médiateurs sont-ils prêts à ces changements et ruptures ? De nouvelles compétences et attributions ne viendraient-elle pas troubler l'image des Ombudsmans et Médiateurs et jeter la confusion dans l'esprit des



usagers et des citoyens sur votre rôle et votre place, surtout dans des pays où la majorité de la population est analphabète ? Rien n'est moins sûr.

Par ailleurs, il faudrait s'interroger sur la question de savoir si la médiation peut être individuelle, l'Ombudsman ou le Médiateur étant alors invité à intervenir *intuitu personae*, ou si elle doit être obligatoirement institutionnelle. Des exemples ont montré qu'un Ombudsman ou Médiateur peut, à titre officiel, mais seul, contribuer à la résolution de certains litiges. Il ne faudrait donc pas exclure cette hypothèse.

## II.B.L'ÉTENDUE DE L'INTERVENTION

La typologie des crises montre qu'elles sont loin d'avoir la même nature. En fonction du type de crise ou d'institution, il semble nécessaire de s'entendre sur le périmètre de l'étendue de l'intervention des Ombudsmans et Médiateurs. Il s'agit, ni plus ni moins, de la conséquence logique du mode d'intervention qui sera utilisé par l'Ombudsman ou le Médiateur.

En raison de l'importance des questions dont Ombudsmans et Médiateurs seront appelés à connaître si une extension de leurs compétences leur est reconnue, va se poser la question des pouvoirs qui vont en découler pour eux. De façon traditionnelle, les Ombudsmans et Médiateurs ont des pouvoirs d'investigation qui ne sont pas, à de rares exceptions, très importants. Dans le cas du Sénégal par exemple, l'impression qui se dégage est que les réclamations sont traitées sur la base d'un effort de compréhension mutuelle de la part du Médiateur et des organismes concernés.

De même, toujours en ce qui concerne l'étendue de l'intervention des Ombudsmans et Médiateurs, une implication dans la gestion des crises institutionnelles soulève la question de leur pouvoir d'auto saisine. Certains Ombudsmans et Médiateurs ont un tel pouvoir, mais ils ne constituent pas la majorité. Faut-il généraliser une telle pratique ? Ceux qui ont ce pouvoir l'utilisent-ils à bon escient ? Est-il possible de mettre en œuvre ce pouvoir en matière de gestion des crises institutionnelles ? Ce sont autant de questions auxquelles renvoie une intervention dans ce genre de crise.

Enfin, les Ombudsmans et Médiateurs vont-ils se voir attribuer une compétence en matière de prévention, de gestion ou de règlement des crises ou dans les trois domaines à la fois ? Pour chacune de ces attributions, une redéfinition de leurs pouvoirs sera alors nécessaire.

## III.QUELS OBSTACLES JURIDIQUES?

S'il est possible d'étendre à loisir les compétences des Ombudsmans et Médiateurs afin de les impliquer dans le traitement des crises institutionnelles, il importe, sans pour autant revenir sur le principe, de mesurer les obstacles juridiques qui pourraient se dresser sur la voie de la réussite d'une telle réforme de l'organisation et du fonctionnement des institutions que constituent les Ombudsmans et Médiateurs eux-mêmes. Ces derniers, du fait qu'ils sont des autorités administratives indépendantes, sont limités dans l'exercice de certaines attributions. Leur création avait suscité un certain scepticisme non seulement de la part des citoyens

pourtant censés en être les bénéficiaires, mais aussi du côté des organismes administratifs jaloux de leurs prérogatives. Cette réserve s'est largement estompée aujourd'hui. C'est un acquis dont il faut se réjouir.

Les progrès des idées démocratiques ont cependant abouti à une multiplication d'institutions supposées concourir au même objectif, à savoir le renforcement de l'Etat de droit et de la démocratie. C'est ainsi que sont nés d'autres institutions ou organes qui pourraient, si l'on n'y prend garde, paralyser ou bloquer l'intervention des Ombudsmans et Médiateurs dans la résolution des crises institutionnelles. Il en est ainsi des juridictions constitutionnelles autonomes et d'autres autorités administratives indépendantes créées dans la dynamique du succès des Ombudsmans et Médiateurs.

### III.A.LA CONCURRENCE AVEC LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

C'est un risque réel. Dans les pays en transition démocratique, il se pourrait que l'intervention des Ombudsmans et Médiateurs en matière de gestion des crises institutionnelles crée une concurrence de compétence avec les nouvelles juridictions constitutionnelles. Ces dernières y sont en effet généralement considérées comme des régulateurs du fonctionnement des pouvoirs publics et un rempart contre l'arbitraire. Cette attribution n'est pas nouvelle dans l'espace francophone. Elle fait partie de celles reconnues au Conseil constitutionnel français.

Cependant, dans les pays où l'ancrage démocratique est encore un processus en cours de consolidation, la juridiction constitutionnelle joue parfois un rôle déterminant comme gardien de l'orthodoxie juridique et même de l'éthique politique. Il en est ainsi du Bénin. La Cour constitutionnelle y est, aux termes de l'article 114 de la Constitution, « l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics ». L'analyse de la jurisprudence de la Cour y confirme d'ailleurs largement l'étendue non seulement du domaine d'intervention du juge constitutionnel, mais aussi de ses pouvoirs. Ses décisions s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles (art 124 de la Constitution du Bénin). L'autorité de la chose jugée par la Cour, en raison des conséquences qui s'y attachent, en même temps qu'elle peut définitivement contribuer à la résolution de certaines crises, pourrait éventuellement bloquer ou s'opposer parfois à une intervention de l'Ombudsman ou du Médiateur.

Il s'y ajoute que dans d'autres pays, c'est le contexte socio politique qui a fait du juge constitutionnel, par la force des choses, un garant du bon fonctionnement des institutions. Les élections, loin d'être une fête du suffrage universel et de la démocratie, sont malheureusement devenues des sources réelles de conflits et de tension qui ont un impact important sur les institutions des pays émergents. Il convient de rappeler qu'un autre réseau de la Francophonie, l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), conscient de l'importance de cette question, a d'ailleurs consacré son Vème congrès aux juridictions constitutionnelles et aux crises. L'activité de ces juridictions risque donc de laisser peu de place aux Ombudsmans et Médiateurs dans ce domaine.

Le chevauchement de compétences avec ces Cours constitutionnelles, même en dehors des périodes électorales, est donc une hypothèse à envisager surtout dans les pays qui n'ont pas une longue tradition démocratique. Un combat de frontières risque de se produire en ce qui concerne l'autorité des décisions prises par les juridictions constitutionnelles dans certains cas. Ce combat tournera sans aucun doute au détriment des Ombudsmans et Médiateurs.

### III.B.LA CONCURRENCE AVEC D'AUTRES AUTORITES ADMINISTRATIVES

D'autres autorités politiques ou administratives ont aussi compétence pour intervenir dans le règlement des conflits dans ou entre les institutions. Il en est ainsi de l'Assemblée nationale qui peut créer des commissions d'enquête parlementaire. Ces dernières, après investigation, produisent parfois des rapports dont les conclusions sont de nature à régler certaines crises. C'est le cas lorsque des enquêtes sont diligentées au sujet d'un agissement ou d'une inertie des autorités administratives et qu'aucune responsabilité ne leur est finalement imputable. Une proposition de réforme suffit alors à régler le dysfonctionnement. Il en est de même des Conseils économiques et sociaux qui ont compétence, malgré leur caractère consultatif, pour mener des études et faire des propositions qui seraient de nature à prévenir ou à gérer des conflits. Les recommandations des Conseils économiques et sociaux, au même titre que celles du Médiateur de la République sont un instrument d'aide à la prise de la décision qui peut jouer un rôle préventif ou curatif en matière de gestion des crises. Il convient, dès lors, de prendre en compte ces hypothèses pour éviter une rivalité entre les Ombudsmans et Médiateurs et d'autres institutions politiques.

Le même risque de concurrence, plus sérieux cette fois ou, à tout le moins, de remise en cause de l'autorité des Ombudsmans et Médiateurs, pourrait se présenter avec d'autres autorités administratives indépendantes. Le statut des Ombudsmans et Médiateurs varie même si, pour l'essentiel, ils ont la qualité d'autorité administrative indépendante. Le débat sur la nature juridique du Médiateur de la République, après avoir divisé un moment la doctrine publiciste française, semble clos à présent. Il reste malgré tout qu'en fonction des pays, son régime juridique varie.

Certains pays votent des lois qui instituent un Médiateur de la République. C'est le cas du Sénégal, dont l'article premier de la loi n° 99-04 du 29 janvier 1999 abrogeant et remplaçant la loi 91-14 du 11 février 1991 instituant un Médiateur de la République prévoit : « Il est institué un Médiateur de la République, autorité administrative indépendante qui reçoit dans les conditions fixées par la loi, les réclamations concernant le fonctionnement des administrations de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics et de tout autre organisme investi d'une mission de service public ». D'autres ont conféré un rang constitutionnel au Médiateur de la République à ou l'organe qui en est l'équivalent. C'est le cas du Défenseur des droits en France depuis la réforme constitutionnelle de 2008. D'autres, enfin, lui attribuent un régime particulier en raison de l'aménagement vertical des pouvoirs du fait de la structure fédérale de l'Etat. C'est le cas du Canada, de la Belgique, de la Suisse, etc. L'étude du statut juridique des Ombudsmans et Médiateurs dans vos pays respectifs est ainsi un préalable nécessaire à la détermination de nouvelles compétences à vos institutions.

Si on note dans l'ensemble un renforcement progressif du régime juridique des Ombudsmans et Médiateurs, il ne faut pas oublier que cette évolution s'accompagne en effet d'une autre tendance : la multiplication des autorités administratives indépendantes. Elles interviennent aujourd'hui dans presque tous les domaines d'activité de l'Etat. Comment, dès lors, articuler les compétences et pouvoirs des Ombudsmans et Médiateurs avec ceux des autres organes similaires ?

La difficulté de l'exercice est réelle. Les différentes autorités administratives indépendantes bénéficient de plus en plus de pouvoirs dans leurs domaines spécifiques de compétence. Ils leur permettent de garantir leur indépendance. Mais dans le même temps, il est fort à craindre que ces autorités devenues très puissantes résistent au Médiateur de la République en cas de conflit avec une autre institution. Ne serait-ce pas alors un cas où l'autorité des Ombudsmans et Médiateurs pourrait connaître une limite ?

#### **IV. QUELLE PORTEE DES DECISIONS ?**

Il s'agit, à supposer que les titres des Ombudsmans et Médiateurs à intervenir dans les crises institutionnelles soient validés, de s'interroger sur la portée, c'est-à-dire l'autorité dont leurs décisions sera revêtue. Les autorités administratives indépendantes que sont les Ombudsmans et Médiateurs ont, souvent, des pouvoirs de recommandation et de proposition, parfois des pouvoirs d'injonction, et rarement des pouvoirs de sanction. En cas de refus d'exécution de leurs décisions, ils n'ont généralement ni pouvoir d'exécution d'office, ni pouvoir d'exécution forcée. Les décisions qu'ils prennent obéissent donc à un régime juridique très varié. La situation est encore plus compliquée quand on la compare avec celle des pouvoirs reconnus aux autres autorités administratives indépendantes. Ces dernières, dans certains pays de l'espace francophone ont, en plus de leur pouvoir de proposition, un pouvoir règlementaire, un pouvoir de sanction et de règlement des différends.

Au delà des compétences, se pose donc le problème de l'articulation des pouvoirs des Ombudsmans et Médiateurs avec ceux des ces autorités d'un nouveau type. Comment combler le déficit d'autorité qui caractérise les actes du Médiateur du fait qu'ils ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée ? Comment leur conférer une autorité de la chose décidée qui s'impose aux parties à une crise institutionnelle ?

##### **IV.A. L'ABSENCE D'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE**

Les actes des Médiateurs de la République, dans un schéma classique, sont généralement revêtus de l'autorité relative de la chose décidée. En ce qui concerne ses propositions, elles ne bénéficient que de l'autorité que leur destinataire, généralement le Président de la République, veut bien leur conférer en les transformant ou non en actes juridiques à caractère règlementaire ou législatif.

Avec l'apparition des premières décisions prises par le Médiateur de la République en France, un débat passionnant et passionné a opposé d'éminents membres de la doctrine au sujet de leur nature juridique et de leur valeur juridique. Il apparaît clairement aujourd'hui qu'un consensus s'est dégagé sur le régime juridique des actes pris par le Médiateur. Les pays

qui se sont inspirés du modèle français de 1973 ont suivi sa jurisprudence. Dans ces systèmes juridiques, ces actes n'ont pas de caractère juridictionnel et ne sont donc pas revêtues de l'autorité de la chose jugée.

Mais du fait que de nouvelles autorités administratives indépendantes ont un pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire plus de pouvoirs que certains médiateurs, comment concilier la légitimité de ces derniers à intervenir dans une crise où seraient impliquées les premières ? Cette hypothèse peut se présenter dans le cas des autorités qui interviennent de plus en plus en matière de régulation notamment dans les domaines bancaire ou de communication. Pour permettre au Médiateur d'assumer de nouvelles responsabilités en matière de gestion de ces crises, ne faudrait-il pas alors envisager de lui conférer plus de pouvoirs afin de le mettre au moins à la hauteur des institutions dont il prétend vouloir régler les problèmes?

#### IV.B.LA NECESSITE D'UNE AUTORITE DE LA CHOSE DECIDEE

Les crises institutionnelles ne concernent pas que les institutions politiques. Pour donner des chances aux Ombudsmans et Médiateurs d'intervenir efficacement dans les crises institutionnelles ayant surtout un aspect technique, il conviendrait de renforcer leurs capacités et leur autorité. Les institutions qui pourraient être en cause sont en effet, pour certaines d'entre elles, rappelons-le, des autorités administratives indépendantes ayant un caractère juridictionnel. C'est par exemple le cas des autorités intervenant en matière de régulation des télécommunications. Elles peuvent en effet prendre des sanctions contre les opérateurs. En outre, elles ont, dans certains cas, une compétence en matière de règlement des différends.

Il est évident, dans ces conditions, que les Ombudsmans et Médiateurs devraient bénéficier d'un statut qui les place à un niveau de respectabilité institutionnelle au moins égal à celui des institutions dont ils devraient connaître des litiges. C'est peut-être ce qui explique le changement de statut, dans le sens du renforcement, du Médiateur de la République en France. C'est une expérience qui mérite réflexion. A défaut de leur donner un caractère juridictionnel, les Ombudsmans et Médiateurs, pour être en mesure de jouer un rôle appréciable dans la gestion des crises institutionnelles, devraient voir leur statut connaître une mutation vers un changement de leur identité. C'est une hypothèse à ne pas exclure. Face à la mutation de nos sociétés, on ne peut en effet répondre que par un principe de mutabilité des institutions que constituent les Ombudsmans et Médiateurs pour leur donner un nouveau profil.

On peut raisonnablement se demander si, après une quinzaine d'années d'existence, l'Association des Ombudsmans et Médiateurs ne devrait pas penser à un nouveau modèle, une nouvelle génération d'Ombudsmans et Médiateurs. Un statut constitutionnel, par exemple, serait envisageable pour cette nouvelle catégorie de médiateurs dans la perspective d'une opération de rationalisation du cadre et des instruments d'intervention des organismes de gestion des conflits. Ces crises constituent aujourd'hui malheureusement l'expression presque normale du fonctionnement de nos sociétés. Les Ombudsmans et Médiateurs ont leur rôle à jouer dans ce contexte. Cependant, il faut leur trouver la place qu'il convient et les doter des moyens nécessaires. Ils pourront peut-être trouver cette niche à travers une redéfinition globale des modes de règlement des différends à l'échelle nationale. Les Ombudsmans et

Médiateurs pourraient profiter de ce nouveau contexte pour reconfigurer le cadre et les instruments de leurs interventions. Les modes de règlement des différends sont aujourd'hui nombreux et variés. Certains sont classiques et ont un caractère contentieux. D'autres, plus modernes, sont tournés vers des voies alternatives. Parmi ces dernières, il faut ajouter, en ce qui concerne les pays émergents, l'intervention d'autorités coutumières et même religieuses dans la gestion des crises. Il appartient ainsi aux autorités politiques, dans chaque pays, de clarifier les modes de règlement des crises en définissant la place des Ombudsmans et Médiateurs. Un statut juridique leur permettant de prendre des actes revêtus de l'autorité de la chose jugée semble cependant incontournable.

## CONCLUSION

L'objet de ce propos n'était pas de répondre à la question de savoir pourquoi ni comment les Ombudsmans et Médiateurs devraient contribuer à la résolution des crises institutionnelles. Il s'agissait plutôt de procéder à une introduction aux débats en posant les questions pertinentes auxquelles renvoie votre thème afin de dégager des pistes de réflexion.

La plus importante, que je n'ai pourtant pas posée, est relative au moment que vous avez choisi pour réfléchir sur les crises institutionnelles. Je l'ai, en fait, considérée comme un postulat, une hypothèse de travail. Sans vouloir vous faire un procès d'intention, il m'a semblé que votre Association des Ombudsmans et Médiateurs prend pour acquis, avec beaucoup de malice et d'intelligence, qu'elle a sa place dans le processus de gestion des crises institutionnelles et qu'elle doit y jouer un rôle.

Une telle attitude, à certains égards, loin d'être critiquable est, au contraire, salutaire et positive. Elle signifie que non seulement votre association a pris la mesure de l'impact des crises institutionnelles sur le devenir de nos Etats mais qu'elle exprime aussi sa volonté d'apporter sa contribution à leur résolution.

Mais cette réflexion est aussi un exercice d'introspection pour votre association. Quoi de plus normal pour une institution, comme la vôtre, de s'arrêter un moment pour évaluer le chemin parcouru et de se donner dans la mesure du nécessaire une nouvelle raison d'être ? Quand un organe a le sentiment d'avoir épuisé sa fonction ou qu'il a largement atteint les objectifs pour lesquels il avait été créé, il est nécessairement confronté à un problème d'identité. Il ne lui reste alors que deux choix.

Le premier est de ne rien changer en raison des succès remportés. Le risque est alors grand de tomber dans la routine et, à terme, de disparaître. C'est une hypothèse qu'il faut exclure dans votre cas, pour des raisons évidentes. La modification plus ou moins régulière des textes portant organisation et fonctionnement de vos institutions est un indicateur de votre volonté partagée par les pouvoirs publics de ne pas tomber dans ce travers. Le deuxième choix consiste à rénover et à réformer l'institution. C'est apparemment le vôtre. Je vous en félicite et vous y encourage.

Le vœu que je formule est que ce congrès de Dakar fasse date ; qu'il soit le point de départ d'une réflexion sur l'émergence et les contours d'Ombudsmans et Médiateurs d'un nouveau type et de nouvelle génération.

Je vous remercie de votre invitation à laquelle j'ai été très sensible et de votre aimable attention.

Babacar KANTE

Professeur à l'Université Gaston BERGER

de SAINT-LOUIS (Sénégal)