



HAL
open science

Défenseur des droits et autorités administratives indépendantes (AAI) préexistantes : rapports sous haute tension

Dimitri Löhrer

► **To cite this version:**

Dimitri Löhrer. Défenseur des droits et autorités administratives indépendantes (AAI) préexistantes : rapports sous haute tension. IXème Congrès français de droit constitutionnel, Jun 2014, Lyon, France. halshs-01465175

HAL Id: halshs-01465175

<https://shs.hal.science/halshs-01465175>

Submitted on 23 Jul 2023

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

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

Défenseur des droits et autorités administratives indépendantes (AAI) préexistantes : rapports sous haute tension

Dimitri Löhrer

Docteur en droit, Université de Pau et des pays de l'Adour (IE2IA)

Objet de toutes les attentions, la création d'un dispositif institutionnel cristallise les passions. Parce que la naissance d'une institution heurte les représentations, aussi bien des membres qui l'investissent que des agents et des organes qui lui sont extérieurs¹, une réforme institutionnelle est susceptible de faire « *l'objet d'une résistance plus ou moins souterraine* »². Tandis que certains acteurs, parce qu'ils ont plus à perdre qu'à gagner à s'écarter des rôles établis³, joueront pleinement le jeu de la réforme, d'autres n'y adhéreront que formellement. Il s'ensuit que tout processus d'institutionnalisation impose à la structure nouvellement mise en place d'obtenir, par divers dispositifs de normalisation des conduites, des comportements conformes à sa raison d'être⁴.

Or, le Défenseur des droits, en tant qu'institution émergente au sein du paysage institutionnel français, n'échappe pas à la règle. Au contraire, à l'origine d'un bouleversement du système non juridictionnel français de protection des droits et libertés, la mise en place de ce nouvel organe de garantie, dont la fonction consiste, sur la base des plaintes qui lui sont adressées et par le biais de sa seule magistrature d'influence, à veiller au respect des droits et libertés, n'a pas été sans nourrir de vives critiques. Et pour cause ! Outre qu'il présente des insuffisances notables par rapport au modèle ibérique dont il entend prendre exemple⁵, le Défenseur des droits, dès lors qu'il fait « *irruption dans un paysage riche d'autorités [...] déjà chargées de*

¹ La manifestation de résistances à la création ou à la réformation d'une institution ne saurait effectivement se limiter aux seuls agents qui l'investissent. Au contraire, les groupes sociaux et les individus qui lui sont extérieurs, mais également les institutions déjà installées se présentent comme de potentielles sources d'opposition. Aussi la Cour de cassation, par exemple, a-t-elle initialement exprimé une certaine résistance à l'endroit de la nouvelle question prioritaire de constitutionnalité.

² Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ce que les réformes font aux institutions », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, Belin, Paris, 2010, p. 101.

³ Ce sera, par exemple, le cas lorsque la nouvelle institution leur permet de valoriser des savoir-capitalisés et jusque là peu utilisés ou, encore, qu'elle renforce les positions qu'ils occupent et leur ouvre des perspectives de carrières.

⁴ En ce sens, v. R. Lefebvre, « Se conformer à son rôle. Les ressorts de l'intériorisation institutionnelle », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 236.

⁵ Le constat est unanimement dressé par la doctrine. Sans prétendre à l'exhaustivité, le lecteur pourra utilement se référer à : N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », in F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot (Dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, Paris, 3^{ème} éd., 2008, p. 1683 ; A. Martinel et M. Boulos, « Le Défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *Terra nova*, 2011 [en ligne]. Disponible sur [www.tnova.fr] ; J.-C. Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *Petites affiches*, 2008, n° 214, p. 4 ; C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, pp. 412-413.

protéger les droits et les libertés »⁶, a pu être qualifié par certains parlementaires de « *gadget constitutionnel* »⁷ ou encore d'« *anomalie supplémentaire du magasin de farces et attrapes du gouvernement* »⁸. Chargé d'assurer, « *en dehors du cadre administratif traditionnel et avec des garanties d'indépendance, des fonctions de médiation et de protection des droits fondamentaux* »⁹, ce corpus d'autorités indépendantes sectorielles offre en effet une protection reposant sur des modalités de fonctionnement et d'intervention sensiblement identiques à celles du Défenseur des droits. De sorte que, pour bon nombre d'observateurs, le système non juridictionnel de protection des droits et libertés français tel que formé par les AAI se suffisait à lui-même, annihilant par la même toute nécessité d'une institution équivalente au modèle ibérique de l'ombudsman. En atteste le dépôt de deux amendements de suppression de l'article 31 du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, portant création du Défenseur des droits, à l'occasion du débat constituant devant l'Assemblée nationale¹⁰. Surtout, le Défenseur des droits, en tant qu'il se substitue au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants, à la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) et à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), a pu être considéré par certains comme une manœuvre politique dont le seul objet serait de faire main-basse sur des contre-pouvoirs aux prises de positions parfois gênantes¹¹. Aussi a-t-il été tour à tour qualifié d'« *inacceptable régression* »¹², de « *recul des contre-pouvoirs* »¹³, ou encore « *d'institution la plus contestée de la V^e République* »¹⁴.

Pour autant, de telles critiques ne sauraient véritablement emporter l'adhésion. Car, à y regarder de plus près, la protection offerte par un corpus d'autorités indépendantes sectorielles est loin d'être aussi aboutie qu'il n'y paraît. Tandis que certains droits fondamentaux demeurent exclus du champ d'intervention desdites autorités, la fragmentation du système non juridictionnel de garantie des droits et libertés en une multitude d'organes préjudiciable à l'effectivité de cette forme de protection. La sectorisation de la protection non juridictionnelle présente en effet deux limites de taille : d'un côté, une pluralité d'instances de nature à

⁶ C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *Petites affiches*, 2008, n° 254, p. 125.

⁷ J.-P. Brard, cité par C. Teitgen-colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *Petites affiches*, 2008, n° 254, p. 125.

⁸ F. Goulard, cité par C. Teitgen-colly, *op. cit.*

⁹ P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport d'information n° 404 fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation*, tome I, 2006-2007, p. 28.

¹⁰ Amendement n° 452 du 19 mai 2008, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr] et amendement n° 463 du 19 mai 2008, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr].

¹¹ En ce sens, v. not. N. Borvo Cohen-Seat, *J.O.* du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, pp. 4334-4335 ; F. Krug, N. le Blevennec, P. Riché, A. Scalbert et Z. Dryef, « Le Défenseur des droits, un recul des contre-pouvoirs ? », *Rue89*, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.rue89.com].

¹² L. Jospin, « Libertés : inacceptable régression », *Le Monde*, 01 juin 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.lemonde.fr].

¹³ F. Krug, N. le Blevennec, P. Riché, A. Scalbert et Z. Dryef, « Le Défenseur des droits, un recul des contre-pouvoirs ? », *op. cit.*

¹⁴ Dans un article consacré à la nouvelle autorité non juridictionnelle française, Agnès Martinel et Mayada Boulos s'interrogent en effet sur le point de savoir « *si le Défenseur des droits est-il en passe de devenir l'institution la plus contestée de la V^e République ?* » (« Le défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.*).

complexifier la compréhension des rouages et du mode de fonctionnement de cette forme de garantie pour les citoyens ; d'un autre côté, un déficit d'unité de sens de la protection proposée. Limites auxquelles le Défenseur des droits, en tant qu'institution unitaire et plurifonctionnelle, c'est-à-dire compétente pour assurer la défense de l'ensemble des droits fondamentaux et de leurs bénéficiaires, échappe dans une large mesure.

Il ne fait, en revanche, aucun doute que l'ancrage du Défenseur des droits au sein du paysage institutionnel de garantie des droits et libertés est susceptible de rencontrer d'importantes résistances en provenance des AAI déjà existantes lors de sa mise en place. Substituant au traditionnel système de protection de type sectoriel une protection unitaire et plurifonctionnelle, l'introduction du Défenseur des droits occasionne en effet un changement de perspective de la garantie non juridictionnelle des droits et libertés qui n'a pas été vu d'un très bon œil par les autorités regroupées. Partant, ces dernières sont susceptibles d'afficher une certaine animosité à l'égard de l'organe dans lequel elles prennent désormais corps, et ce à plus forte raison que le législateur a fait le choix de les fusionner au sein d'une structure unique tout en préservant leur visibilité et l'identité de leur mission.

Résistances inévitablement accentuées par la persistance, au demeurant justifiée¹⁵, d'autorités indépendantes sectorielles spécialisées dans la protection des droits et libertés au côté du nouveau Défenseur français. Dès lors que « *la faculté d'attribuer au Défenseur des droits des compétences à l'égard de "tout autre organisme" qu'un organisme chargé d'une mission de service public n'a pas été entendue de manière large et [que] le transfert des compétences au Défenseur des droits est demeuré restreint à certaines autorités chargées de la protection des droits et libertés* », le risque pour ce dernier de voir son action concurrencée par des organes similaires, à l'instar du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) et de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), demeure en effet important¹⁶.

On ne peut plus logique, ce risque de rivalités (I) doit toutefois laisser place, dans un souci d'efficacité optimale du système institutionnel non juridictionnel français de garantie des droits fondamentaux, à une collaboration active entre le Défenseur des droits et les autorités indépendantes préexistantes à sa mise en place (II). Conditionnant l'unité de sens et l'efficacité de la protection offerte par le nouveau système non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux, la capacité du Défenseur des droits, d'une part à dépasser les spécificités culturelles propres aux autorités regroupées en son sein, afin de se forger une identité propre, d'autre part à entretenir des liens étroits avec les AAI toujours existantes se présente ainsi comme l'un des principaux défis que devra relever l'institution à l'occasion de ses premières années d'activité.

I- Le risque de rivalités

¹⁵ Sur ce point, v. *infra*, pp. 19-21.

¹⁶ L. Baghestani, « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *Petites affiches*, 2011, n° 205, p. 5.

Susceptibles d'être définies comme « [...] des mouvements individuels ou collectifs qui vont du contournement, de l'évitement ou de la mise à distance des rôles prescrits à la défection et à l'opposition frontale à l'institution, en passant par toute la gamme des comportements confinant à la désobéissance et à l'indiscipline »¹⁷, les résistances à l'appropriation d'une institution se révèlent consubstantielles au processus même d'institutionnalisation¹⁸. Parce que certains acteurs ont intérêt à faire obstacle à la mise en place de telle ou telle institution, les actes d'institutionnalisation sont généralement « propices » à l'émergence de conflits. Etape décisive de la vie d'une institution, la naissance occasionne en effet l'émergence de rapports de force dont l'issue n'est jamais certaine¹⁹. Des tensions se font jour autour de l'opportunité du nouveau dispositif institutionnel, de sa place dans l'ordre institutionnel, de la figure qu'il prendra, de la fonction qu'il s'assigne et qu'on lui impose. Bref, dans la mesure où tout semble à inventer lors de la création d'une institution, les processus d'institutionnalisation « favorisent » l'apparition de conflits et, ce faisant, se heurtent, bien souvent, à de vives oppositions préjudiciables à l'ancrage de la structure nouvellement mise en place²⁰. Evidemment, d'aucuns ont démontré que les résistances au processus d'institutionnalisation contribuent, parfois, et de façon somme toute paradoxale, à consolider l'institution²¹, soit qu'elles renforcent sa visibilité, voire, plus exceptionnellement, qu'elles lui donnent une existence tangible²². Inversement, la conformité apparente, voire l'allégeance

¹⁷ Ch. Hmed et S. Laurens, « Les résistances à l'institutionnalisation », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 132.

¹⁸ En ce sens, v. par ex. D. Dulong, « Au-dedans et en dehors : la subversion des pratiques », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 249.

¹⁹ Si les résistances aux processus d'institutionnalisations sont loin d'être cantonnées à « l'état naissant des institutions » (Ch. Hmed et S. Laurens, « Les résistances à l'institutionnalisation », op. cit., p. 132), celles-ci s'expriment, cependant, avec une acuité particulière au moment de leur création. Comme le soulignent Jacques Lagroye et Michel Offerlé, « les "temps constitutifs" [...] sont des périodes où les affrontements et les conflits d'intérêt se déploient d'autant plus que les membres et les dirigeants des institutions déjà reconnues, installées, légitimées, voient dans le nouveau dispositif une opportunité d'accroître leur propre influence, ou – tout au contraire – s'efforcent d'empêcher une émergence qui perturbe l'ordre institutionnel général » (J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 18).

²⁰ Sur l'ensemble de ces questions, le lecteur pourra utilement se référer à : J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », op. cit., p. 18 ; J. Meimon, « Sur le fil. La naissance d'une institution », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., pp. 105-106.

²¹ Delphine Dulong écrit en ce sens : « *Inhérentes à l'institution, les pratiques déviantes et même subversives ne sont [...] pas forcément "désintégrant". Sans verser dans une pensée fonctionnaliste, on peut en effet affirmer que, si elles mettent en danger, elles contribuent aussi à consolider. Car situées à l'articulation entre "l'institué et le ravivé", elles s'inscrivent dans des mobilisations autour de la "vérité" de l'institution qui sont certes conflictuelles mais qui, en perturbant les routines institutionnelles et en réactualisant le sens de ses règles, réenchangent la croyance dans l'institution et l'empêchent de connaître le sort de la Belle au bois dormant : devenir une chose inanimée, vidée de toute illusion, habitée par des individus qui n'attendent même plus d'être réveillés* » (« Au-dedans et en dehors : la subversion des pratiques », op. cit., pp. 264-265).

²² Un exemple en ce sens est donné, en France, par la crise politique de l'automne 1962. Faisant suite à l'annonce par le Général de Gaulle de sa volonté de soumettre à référendum l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, cette crise, ainsi que le rapporte le professeur Jacques Lagroye, donne lieu à un accord des élites quant à la reconnaissance pratique de l'institution et son importance dans le jeu politique ; « même si nombre d'acteurs refusent encore explicitement de lui concéder une véritable et incontestable légitimité (notamment dans les partis de gauche), ils sont contraints de considérer qu'elle est désormais une "pièce maîtresse" dans l'ordre institutionnel et, surtout, d'adapter leurs comportements en fonction de son existence » (« Le conflit de l'automne 1962. Dispersion et convergences dans la formalisation

ostensible aux règles du jeu autorise leur progressive et discrète remise en cause²³. Ainsi, « *un agent qui se contente de produire des adaptations primaires peut s'avérer gênant pour l'institution, à tel point que la conformation parfaite au projet institutionnel – embrasser "ses buts avec trop de chaleur" – peut potentiellement devenir mortifère pour l'institution elle-même* »²⁴. Sous couvert de ces précisions, il convient de reconnaître que les résistances qui accompagnent la création d'une institution desservent, en règle générale, le processus d'institutionnalisation davantage qu'elles ne le servent.

Or, bien que consubstantielles à toute création institutionnelle, de telles résistances, eu égard aux spécificités du processus de création du Défenseur des droits, se trouvent exacerbées s'agissant de ce nouvel organe de garantie (A) et, ce faisant, se présentent comme une source d'entrave à l'effectivité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux (B).

A- Un risque inhérent au processus de création du Défenseur des droits

En tant qu'elle résulte d'un processus original de regroupement d'instances spécialisées dans la protection des droits fondamentaux au sein d'une structure unique, la création du Défenseur des droits ne s'est pas faite sans essuyer certaines critiques. Ne voyant pas d'un très bon œil le passage d'une protection de type sectorielle à une protection unitaire et plurifonctionnelle, les AAI fusionnées, notamment, ont exprimé, d'une part la crainte d'une perte d'indépendance, de visibilité et de notoriété, d'autre part le risque d'une dilution de leurs savoirs faire et de leurs compétences²⁵. Aussi des résistances de leur part sont-elles à craindre. A cela s'ajoute le risque de concurrence en provenance des autorités exclues du regroupement. Compétentes pour connaître de problématiques similaires à celles du Défenseur des droits, de telles instances non juridictionnelles de garantie se présentent effectivement comme de potentielles rivales du nouveau Défenseur.

Evidemment, l'affirmation peut de prime abord surprendre dès lors que le législateur a prévu un certain nombre de mécanismes de nature à favoriser l'émergence d'une coopération entre le Défenseur et les instances exclues de ce regroupement ; à savoir, pour l'essentiel, le CGLPL, la CADA et la CNIL. On en veut pour preuve l'article 9 de la loi organique du 29 mars 2011²⁶. Aux termes de cette disposition, le Défenseur des droits est, non seulement autorisé à transmettre des réclamations, accompagnées le cas échéant de ses observations, à une autre autorité indépendante investie d'une mission de protection des droits et libertés, mais, au surplus, associé, à sa demande, aux travaux de la CNIL et de la CADA. A cela

du rôle », in B. Lacroix et J. Lagroye (Dir.), *Le Président de la République : usages et genèses d'une institution*, Presses de la FNSP, Paris, 1992, pp. 192-193).

²³ Sur ce point, v. not. F. Desage et B. Sibille, « L'emprise de l'institué. Force et aléa du régime de "consensus" à la Communauté urbaine de Lille », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., pp. 171-172.

²⁴ Ch. Hmed et S. Laurens, « Les résistances à l'institutionnalisation », op. cit., p. 143.

²⁵ Sur ce point, v. : J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 104 présenté au nom de la Commission des lois au Sénat sur le projet de loi de finance pour 2009, 2008, pp. 21-22 et Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2010, 2009, pp. 23-24.

²⁶ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *J.O.* du 30 mars 2011, p. 5497

s'ajoute la Convention conclue entre le Défenseur des droits et le CGLPL, le 8 novembre 2011²⁷, dont l'objet est de garantir la mise en place d'une véritable coopération entre ces deux institutions²⁸.

En outre, et s'agissant des autorités indépendantes regroupées au sein du Défenseur, il convient de constater que la nouvelle institution française, en dépit de la survivance, sous forme de collègues et d'adjoints, des autorités regroupées, demeure une structure fortement personnalisée. En effet, tandis que les adjoints se trouvent placés sous l'autorité du représentant de l'institution et, de ce fait, ne sauraient être considérés comme des « défenseurs-adjoints »²⁹, les collègues ne détiennent qu'un rôle consultatif dont les délibérations ne lient en aucune façon le Défenseur³⁰. Dans ces conditions, rien ne semble empêcher le Défenseur des droits de s'appuyer sur cette autorité hiérarchique pour contraindre les agents qui le composent à parler le même langage au service des droits et libertés. Car, ainsi qu'ont pu le démontrer les auteurs structuralistes³¹, l'autonomie des membres de

²⁷ *Convention entre le Défenseur des droits et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Paris, 8 novembre 2011, [En ligne]. Disponible sur [www.cglpl.fr].

²⁸ Renouvelable par tacite reconduction, cette Convention, d'une durée d'un an, prévoit notamment dans son article premier que, quand il est saisi d'une réclamation relative à des faits mettant en cause l'état, l'organisation ou le fonctionnement d'un établissement de privation de liberté, la prise en charge ou le transfèrement d'une personne privée de liberté, ou un droit fondamental d'un détenu, le Défenseur des droits saisit, conformément à l'article 6 de la loi du 30 octobre 2007 (loi n° 2007-1545 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *J.O.* du 31 octobre 2007, p. 17891), le CGLPL. Inversement, l'article 2 de la Convention précise que, quand il est saisi d'une réclamation par une personne physique s'estimant lésée en raison d'un dysfonctionnement administratif, d'une atteinte aux droits ou à l'intérêt supérieur de l'enfant, d'une discrimination ou d'un manquement au respect de la déontologie de la sécurité, le CGLPL saisit le Défenseur des droits. Etant entendu que, dans ces deux hypothèses, la transmission peut intervenir après usage, par le Défenseur des droits ou le Contrôleur général, des prérogatives que la loi leur attribue. Dans ce cas, sont également transmises les copies des pièces du dossier ainsi que toute indication utile sur les recommandations qu'ils ont pu prendre. A noter également la possibilité pour le Défenseur des droits et le CGLPL d'échanger des informations en vue de coordonner leurs interventions et leurs actions publiques respectives.

²⁹ Les trois adjoints se trouvent effectivement placés dans une véritable situation de subordination à l'égard du Défenseur des droits. Soumis, aux termes de l'article 11-II de la loi organique, à l'autorité du représentant de l'institution, ces derniers doivent non seulement saisir le Défenseur des réclamations qui leurs sont adressées (Art. 5 de la loi organique relative au Défenseur des droits), mais, en outre, se plier au règlement intérieur et au code de déontologie établis, en vertu de l'article 39 de la loi organique, par le titulaire de la fonction. Par ailleurs, le Premier ministre ne peut mettre fin, de façon anticipée, à leur mandat que sur proposition du Défenseur des droits.

³⁰ En ce sens, v. Cons. const., décision 2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, *J.O.* du 30 mars 2011, p. 5507 ; *A.J.D.A.*, 2011, p. 646, S. Brondel ; *Petites affiches*, 2012, n° 152, note A.-L. Cassard-Valembos ; *A.J.D.A.*, 2011, p. 817, tribune B. Delaunay ; *J.C.P. G.*, 2011, n° 17, p. 823, étude M. Verpeaux.

³¹ C'est, tout d'abord, et évidemment, le cas de Michel Foucault, dont l'intérêt pour l'analyse des institutions répressives et d'enfermement l'a conduit à démontrer que le pouvoir disciplinaire mis en œuvre dans ce type de structures conduit à fabriquer des individus, à normaliser les êtres, bref à leur inculquer une identité institutionnelle (en ce sens, le lecteur pourra utilement se référer à *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975). C'est, ensuite, le cas de Pierre Bourdieu qui, de façon peut-être plus intéressante du point de vue du Défenseur des droits, dans la mesure où son analyse ne concerne pas les lieux d'enfermement, par définition propices à la restriction de l'autonomie des membres qui les composent, écrit à propos des rites ou actes d'institution : « [...] l'investiture exerce une efficacité symbolique tout à fait réelle en ce qu'elle transforme la représentation que s'en font les autres agents et surtout peut-être les comportements qu'ils adoptent à son égard [...] ; et ensuite parce qu'elle transforme du même coup la représentation que la personne investie se fait d'elle-même et les comportements qu'elle se croit tenue d'adopter pour se conformer à cette représentation » (« Les rites comme actes d'institution », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1982, n° 43, p. 59). C'est,

l'institution n'est pas totale dans le cadre d'un processus d'intériorisation. A vrai dire, la socialisation institutionnelle apparaît, avant tout, « *comme une contrainte, au sens où elle limite la capacité d'agir des individus et où elle marque le pouvoir, notamment hiérarchique, qui s'exerce sur eux* »³².

En mesure de collaborer activement avec les AAI toujours existantes et de soumettre à son autorité celles regroupées en son sein, le Défenseur des droits semble, par conséquent, à même de s'imposer au sein du paysage institutionnel français de garantie des droits et libertés. Le propos se doit pourtant d'être nuancé.

S'agissant, en premier lieu, des AAI exclues du regroupement, l'existence de dispositifs de coopération ne préjuge pas de la volonté de ces dernières de « jouer le jeu ». On ne saurait effectivement trop insister sur le fait que les projets de réformes institutionnelles sont généralement interprétés par les institutions existantes comme susceptibles d'affecter leurs intérêts et leur légitimité³³. De sorte que les autorités indépendantes maintenues peuvent entrevoir dans le Défenseur des droits un potentiel rival à même de revendiquer pour son compte le prestige que procure la protection des droits fondamentaux. Il convient d'ailleurs de constater que ces dernières n'ont, jusqu'à présent, guère manifesté d'intérêt pour la nouvelle institution. Et le risque de rivalités est d'autant plus prononcé que, si les pouvoirs dont disposent les AAI varient sensiblement d'une institution à l'autre³⁴, l'objectif poursuivi est toujours le même : protéger les droits et libertés des individus en poussant l'administration, ou tout autre personne publique ou privée entrant dans leur domaine de compétence, à modifier sa ligne de conduite en recourant essentiellement à l'incitation. En cela, elles se rapprochent du Défenseur des droits dans la mesure où celui-ci s'appuie sur sa force de persuasion pour mener à bien sa mission de surveillance de l'activité des pouvoirs publics. Elles s'en rapprochent d'autant plus que les similitudes entre ces deux catégories d'institutions se poursuivent, logiquement, du point de vue des rapports entretenus avec le juge. Se distinguant très largement des juridictions, étant donné que leurs décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée³⁵, les AAI, eu égard à leur mode d'intervention particulièrement

enfin, et de façon on ne peut plus explicite, le cas de Mary Douglas lorsqu'elle écrit : « *Toute institution se met ensuite à organiser la mémoire de ses membres ; elle les force à oublier des expériences incompatibles avec l'image vertueuse qu'elle donne d'elle-même, et elle leur rappelle des événements qui soutiennent une vision du monde complémentaire de la sienne. Elle leur fournit aussi des catégories de pensée, établit leur conscience de soi et fixe leur identité* » (*Comment pensent les institutions*, La Découverte, Paris, 1999, p. 128).

³² E. Biland, « Les cultures d'institution », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 183.

³³ En ce sens, v. Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ordre institutionnel et genèse des réformes », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 70.

³⁴ C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, La Doc. fr., coll. Etudes et documents, Paris, 2001, p. 308.

³⁵ Sur ce point, v. : J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P. G*, 1986, I, 3254 ; J. Morand-Deville, « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone: colloque international*, 29 et 30 septembre, 1er octobre 1993, AUPELF-UREF, p. 493.

souple, jouent effectivement un rôle de régulation para ou pré-juridique³⁶ s'inscrivant dans une dynamique de complémentarité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux³⁷.

Concernant, en second lieu, les AAI regroupées au sein du Défenseur des droits, la seule emprise de l'institué sur ceux qui s'investissent en lui³⁸ ne saurait suffire à garantir l'appropriation du nouveau Défenseur par les agents qui le composent. Deux facteurs, intimement liés au processus de création du Défenseur des droits, permettent d'illustrer le propos.

Les spécificités culturelles propres à chaque autorité regroupée, d'une part, se présentent comme un obstacle potentiel à l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de type unitaire et plurifonctionnelle. Revêtues dès leur création d'une forte charge symbolique en raison de leur fonction privilégiée de défense des droits de la personne humaine, ces autorités se sont effectivement efforcées de construire leur propre légitimité, leur propre organisation et leur propre répertoire d'action. Par conséquent, leur regroupement au sein d'une structure unique exige de leurs membres qu'ils se départissent des dispositions antérieurement acquises afin de permettre l'acclimatation du nouveau système de protection envisagé avec la mise en place du Défenseur des droits. Car, à la vérité, ce n'est qu'en « *participant activement à l'élaboration et à l'entretien d'une "culture d'institution"* »³⁹ que ses membres finissent par lui donner corps, la culture institutionnelle postulant un sentiment subjectif profond d'appartenance à l'institution⁴⁰. C'est ce que décrit Pierre Bourdieu lorsqu'il évoque « *la capacité d'un agent à "jouer le jeu" dans un champ, à en saisir les enjeux et à s'y comporter "naturellement"* »⁴¹. Or, une telle entreprise est loin d'être aisée dès lors que, d'un point de vue cognitif, « *les institutions préexistantes structurent [...] en profondeur l'espace du possible et du pensable* »⁴², si bien que « *toute opération de fusion, ayant pour effet de casser le capital par lequel les agents se reconnaissent et s'identifient, se heurtera [...] à des résistances* »⁴³. Dans ce cas de figure, on voit bien souvent « *de vastes coalitions se mobilise[r] pour défendre l'institution dans laquelle sont enchâssés leurs intérêts* »⁴⁴. Bref, dans la mesure où « *les institutions façonnent les façons de voir, de penser et d'agir de leurs membres* »⁴⁵, « *toute opération de fusion d'entités collectives est confrontée*

³⁶ Pour une approche approfondie de la fonction de régulation des autorités administratives indépendantes, le lecteur pourra utilement se référer à S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit*. A propos des sources étatiques non contraignantes, Economica, coll. Recherches juridiques, Paris, 2012, pp. 238 et ss.

³⁷ J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.*, 1988, p. 1215 ; B. Stirn, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *A.J.D.A.*, 1990, p. 593.

³⁸ En ce sens, v. J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 19.

³⁹ J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 26.

⁴⁰ E. Biland, « Les cultures d'institution », *op. cit.*, p. 185.

⁴¹ J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 25.

⁴² Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ordre institutionnel et genèse des réformes », *op. cit.*, p. 66.

⁴³ J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *R.F.A.P.*, 2011, p. 439.

⁴⁴ Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ordre institutionnel et genèse des réformes », *op. cit.*, p. 72.

⁴⁵ E. Biland, « Les cultures d'institution », *op. cit.*, p. 178.

à l'existence d'identités organisationnelles, plus ou moins affirmées, qui constituent un obstacle au changement »⁴⁶.

Evidemment, les agents du Défenseur des droits, en tant qu'ils sont pour la majorité issus des anciennes autorités sectorielles regroupées, disposent d'une solide culture de la garantie non juridictionnelle. Pour autant, cette culture est celle d'une protection de type sectorielle, sensiblement différente de la protection désormais offerte par une institution généraliste. Hormis un « dénominateur commun [...] résid[ant] dans un fort attachement à leur indépendance, caractéristique inhérente à un objectif également commun, celui de la protection des droits des personnes »⁴⁷, les autorités auxquelles s'est substitué le Défenseur des droits se distinguent en effet en raison d'une histoire⁴⁸, d'un savoir-faire, d'un patrimoine juridique, bref, d'une culture juridico-administrative propre⁴⁹. Or, de cette différence de culture résultent des approches nécessairement distinctes de la fonction de protection des droits et libertés, et ce à plus forte raison que le législateur a fait le choix d'intégrer plusieurs autorités indépendantes au sein d'une structure unique tout en préservant leur visibilité et l'identité de leur mission⁵⁰. « La logique d'intégration est dès lors contrebalancée par la persistance d'éléments de diversité avec lesquels elle entre en tension »⁵¹. Conduisant à se demander si le législateur organique n'a pas contribué à « ajouter une autorité, sans faire disparaître des institutions existantes »⁵², la réminiscence, sous forme de collèges, des autorités regroupées au sein du Défenseur des droits emporte effectivement le risque d'engendrer des conflits⁵³, ne serait-ce que du point de vue des logiques d'intervention privilégiées. On peut, par exemple, supposer que la familiarisation du personnel issu du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants avec la technique de la médiation constituera un obstacle à la réception de la fonction de contrôle, héritées de la CNDS et de la HALDE, attribuées au Défenseur des droits. Inversement, les agents en provenance de CNDS et de la HALDE, institutions privilégiant une fonction de contrôle, rencontreront

⁴⁶ J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, pp. 438-439.

⁴⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, p. 32, [en ligne]. Disponible sur [http://www.defenseurdesdroits.fr/].

⁴⁸ Comme le rappelle le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011, « au plan historique, si la création du Médiateur de la République a pu constituer, au début des années 70, une première réponse à l'exigence générale de transparence des relations entre les citoyens et les administrations, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (Cnds), pensée 25 ans plus tard, est le résultat d'un choix politique visant à établir un lien de confiance entre citoyens et pouvoirs publics dans le cadre d'une réflexion globale sur le thème spécifique de la sécurité intérieure. De leur côté, le Défenseur des enfants, puis la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) répondaient à des engagements internationaux et européens de la France » (*Ibid.*).

⁴⁹ En ce sens, v. not. R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 510.

⁵⁰ En somme, et comme l'écrit très justement Florian Aumond, « le législateur, auquel est dévolue la mission inédite de procéder à un tel regroupement de plusieurs autorités administratives indépendantes dans un organe unique, cherche à concilier l'unicité de celui-ci et la pluralité de celles-là. Refusant le syncrétisme au sein d'une institution-creuset, il récuse également l'idée d'une simple institution-cadre » (« Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *R.F.D.A.*, 2011, p. 919).

⁵¹ J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, pp. 440-441.

⁵² M. Verpeaux, « Le nouveau "défenseur des droits des citoyens" est arrivé », *Petites affiches*, 2008, n° 97, p. 87.

⁵³ Ce point de vue est notamment défendu par le sénateur Robert Badinter (en ce sens, v. *J.O.* du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4351).

probablement des difficultés pour apprivoiser la logique de médiation. En somme, ces deux conceptions, potentiellement antinomiques, de la garantie des droits⁵⁴ sont susceptibles de se neutraliser et, par là-même, de desservir la mission confiée au nouveau Défenseur.

Le climat de tensions qui a entouré la création du Défenseur des droits, d'autre part, contribue à son tour à l'émergence de rivalités en provenance des AAI fusionnées. Alors même que le Défenseur des enfants⁵⁵, la HALDE et la CNDS « *ont, avec une rare vigueur, tenté d'enrayer le processus de création d'une entité personnifiée dotée de pouvoirs élargis* »⁵⁶, ces mêmes autorités, attachées à leur propre identité, n'ont, à aucun moment, été informées d'un projet visant à les supprimer et encore moins consultées aux différentes étapes d'élaboration des textes⁵⁷. Exception faite du Médiateur de la République, associé à l'élaboration de l'étude d'impact annexée au projet de loi organique⁵⁸, le législateur s'est effectivement privé du concours des autres autorités concernées par le regroupement. Or, une telle démarche, indépendamment du fait qu'elle est susceptible de préjudicier à la mise en place d'une autorité s'inscrivant harmonieusement dans le paysage institutionnel⁵⁹, ne facilite certainement pas le développement d'une identité propre au Défenseur des droits dans la mesure où elle alimente l'hostilité et l'animosité affichée par les autorités opposées au regroupement. Sentiments renforcés par les tractations, pressions, abandons qui ont animé le processus législatif⁶⁰. Tandis que le rattachement de la HALDE au Défenseur des droits, opéré par la commission des lois du Sénat, n'avait pas été envisagé par le projet initial du gouvernement⁶¹, le Défenseur des enfants a, dans un premier temps, été retiré du périmètre de la nouvelle institution, à l'occasion de l'adoption par le Sénat, le 2 juin 2010, d'un amendement en ce sens, pour, dans un second temps, y être réintégré, non sans de vives oppositions des parlementaires de gauche⁶², à la suite d'une demande de seconde délibération du gouvernement⁶³. Conséquence immédiate de l'absence de réflexion d'ensemble sur la catégorie des autorités administratives indépendantes et les implications pratiques de leur

⁵⁴ C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁵ Dominique Versini, notamment, n'a pas manqué de critiquer l'article 12 du projet de loi organique relative au Défenseur des droits aux termes duquel la nouvelle institution, quand elle intervient en vue de protéger les droits de l'enfant, « [...] consulte un collège composé de trois personnalités désignées respectivement par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, en raison de leur compétence dans le domaine de la protection de l'enfance ». S'interrogeant sur le devenir des missions dévolues au Défenseur des enfants à l'aune des Projets de loi organique et ordinaire relatifs au Défenseur des droits, l'ancienne représentante de l'institution « estime un tel collège inadapté à la palette des situations et à l'urgence du traitement des réclamations individuelles concernant les enfants » (« Projets de loi organique et ordinaire du 9/09/2009 relatifs au Défenseur des droits. Analyse du devenir des missions actuellement dévolues au Défenseur des enfants par la loi du 6/03/2000 », [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesenfants.fr]).

⁵⁶ J. Daniel et M. Bailly, « Le Défenseur des droits », *J.C.P. S.*, 2011, n° 27, p. 18.

⁵⁷ En ce sens, v. : C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 2 ; D. Versini, « Défenseur des enfants : qu'en est-il ? », *D.*, 2009, p. 2536.

⁵⁸ C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ J. Daniel et M. Bailly, *op. cit.*, p. 18.

⁶¹ J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *D.*, 2011., p. 1028.

⁶² En ce sens, v. par ex. : N. Moscovici, « La colère de Badinter », *J.D.D.*, 6 juin 2010 [en ligne]. Disponible sur [www.lejdd.fr] ; Reuters, « Défenseur des enfants : le Sénat change son vote, tollé à gauche », *L'Express*, 6 juin 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.lexpress.fr].

⁶³ M.-C. de Montecler, « Rétropédalage au Sénat sur le Défenseur des enfants », *A.J.D.A.*, 2010, p. 1121.

regroupement au sein d'un organe unique, la substitution du Défenseur des droits à une pluralité d'instances spécialisées dans la protection des droits fondamentaux apparaît, ainsi, comme le résultat d'une grande improvisation⁶⁴. Comptant parmi les plus sceptiques, Geneviève Garrigos, Présidente d'Amnesty international France, souligne, à ce titre, comme il est « *difficile de suivre la logique d'un projet de loi qui, au fil des mois et des débats, a prévu de fusionner trois, puis deux, puis quatre, puis cinq autorités administratives indépendantes existantes au profit d'une seule* »⁶⁵. A l'origine de désaccords profonds entre le gouvernement, le Sénat et l'Assemblée nationale⁶⁶, le choix des autorités regroupées, très certainement influencé par des considérations politiques et un important lobbying en faveur de telle ou telle autorité⁶⁷, semble effectivement avoir été guidé par le plus grand des hasards⁶⁸. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que les choix effectués par le législateur nourrissent d'importantes critiques de la part des autorités fusionnées.

Certes, on est en droit d'espérer que les réticences exprimées à l'endroit de la nouvelle institution s'estomperont avec le temps. Comme le souligne le professeur Eivind Smith, « *qu'une constitution soit considérée comme un symbole positif ou comme un symbole négatif dépend nécessairement de celui qui la considère. Au moment constitutionnel, ceux qui l'élaborent et la promulguent (ou une majorité suffisante parmi eux) auront bien évidemment tendance à adopter un point de vue positif. Dans le cas d'un succès (relatif) du texte promulgué à titre de document fondateur effectif, il est vraisemblable que l'"établissement" politique ou social développera peu à peu ou du moins défendra une vue similaire* »⁶⁹. On ne saurait cependant ignorer les effets durables de certains contextes de naissance des institutions⁷⁰. Car, ceux qui, dès les premiers stades du processus de création d'un dispositif institutionnel, se sont sentis écartés sur des questions jugées importantes peuvent être tentés de continuer à s'opposer à l'institution mise en place, et ce quels que soient les résultats, positifs ou négatifs, produits par celle-ci⁷¹. Or, le risque de voir émerger de telles rivalités entre le Défenseur des droits et les AAI préexistantes ne va pas sans constituer une source d'entrave à l'effectivité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux.

⁶⁴ C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 411.

⁶⁵ G. Garrigos, « Le gouvernement veut-il instaurer un Défenseur des droits au rabais ? », *Le Monde*, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.lemonde.fr].

⁶⁶ Sur ce point, v. H. Pauliat, « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », *Regards sur l'actualité*, La Doc. fr., Paris, 2011, n° 370, p. 69.

⁶⁷ C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 414.

⁶⁸ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 917.

⁶⁹ E. Smith, « Les fonctions symboliques des constitutions », in M. Troper et D. Chagnollaud (Dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, tome I, Dalloz, Paris, 2012, p. 784.

⁷⁰ Sur ce point, v. Ph. Bezes et Patrick le Lidec, « Ce que les réformes font aux institutions », *op. cit.*, p. 85.

⁷¹ En ce sens, v. E. Smith, « Les fonctions symboliques des constitutions », *op. cit.*, p. 784.

B- Un risque préjudiciable à l'efficacité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux

Conditionnant l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de type unitaire et plurifonctionnelle, l'appropriation du Défenseur des droits par les AAI déjà existantes lors de sa création se présente à n'en pas douter comme un préalable indispensable au succès de cette nouvelle forme de garantie. Dans la mesure où « *les institutions ne peuvent exister que par la médiation des individus qui les animent, leur donnent force agissante et les font évoluer* »⁷², le Défenseur des droits ne saurait effectivement mener à bien la mission qui lui a été attribuée sans un véritable investissement de ses membres⁷³. De même, un effort de coopération de la part des autorités indépendantes préservées apparaît nécessaire. Dans le cas contraire, certaines avancées attendues avec la création du Défenseur des droits risquent d'être annihilées.

La manifestation de résistances de la part des AAI fusionnées, en premier lieu, emporte un risque d'interprétation *a minima* de sa mission par le représentant de l'institution. Bien que compétent pour connaître des atteintes portées à l'ensemble des droits fondamentaux sans exceptions, le Défenseur des droits, en présence de tensions internes, est effectivement susceptible de retenir une interprétation restrictive de son office consistant à privilégier la protection des droits fondamentaux anciennement garantis par les autorités regroupées. Loin d'être purement théorique, un tel risque se révèle d'autant plus prononcé que le législateur, soucieux d'apaiser les critiques exprimées en réaction à la disparition du Défenseur des enfants, de la HALDE et de la CNDS, a fait le choix de préserver la visibilité des missions poursuivies par ces autorités. Partant, il ne faudrait pas que le Défenseur des droits, dans la continuité de cette démarche d'apaisement, concentre exclusivement son action sur les questions intéressant la protection des enfants, la lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité ou, encore, la déontologie de la sécurité, délaissant, par là-même, les autres catégories de droits fondamentaux. Certes, dès l'instant où l'orientation de l'activité de l'ombudsman dépend dans une importante mesure des plaintes qui lui sont adressées, la marge de manœuvre du Défenseur français n'est pas totale. Elle ne saurait cependant être inexistante compte tenu de sa faculté d'action d'office et de la liberté qui est la sienne de promouvoir, auprès du grand public, certains de ses domaines d'intervention plutôt que d'autres. Aussi est-il possible de se demander, avec le professeur Hélène Pauliat, « [...] *comment le Défenseur des droits en France comprendra sa mission* »⁷⁴. Et ce d'autant plus

⁷² J. Chevallier, « For intérieur et contrainte institutionnelle », in *Le for intérieur*, P.U.F., Paris, 1995, p. 252.

⁷³ Etant entendu que, comme le soulignent Jacques Lagroye et Michel Offerlé, « *dire que les investissements des membres de l'institution la font exister telle qu'elle est concrètement, ce n'est pas seulement dire qu'une institution n'existe effectivement que dans et par leurs engagements, c'est dire aussi que la "figure" que prend cette institution résulte des propriétés des membres, de leurs caractéristiques sociales et professionnelles, et des motifs qui les ont conduits à s'y investir* » (« Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 20).

⁷⁴ H. Pauliat, « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », *op. cit.*, p. 73

que « *le projet définitivement adopté, restera le choix du capitaine* », c'est-à-dire du représentant de l'institution⁷⁵.

A l'évidence, les premiers pas de la nouvelle autorité entretiennent le doute quant à l'interprétation retenue par Dominique Baudis de sa fonction. Certaines déclarations ou attitudes de l'actuel Défenseur laissent à penser que celui-ci conçoit essentiellement la fonction de Défenseur des droits à l'aune des missions confiées aux anciennes autorités regroupées. En atteste l'éditorial du premier rapport annuel d'activité de l'institution. « *Sensible à l'inquiétude légitime de ceux qui ont pu craindre une dilution des missions [des autorités regroupées] et une perte d'acuité dans leur exercice* »⁷⁶, Dominique Baudis assure exercer sa fonction de Défenseur par une « *fusion des moyens sans confusion des missions* »⁷⁷. Or, pour autant que cette conception de la fonction de Défenseur des droits soit un atout, susceptible de rassurer les personnes les plus inquiètes au sujet de la disparition d'autorités indépendantes ayant fait preuve d'une réelle efficacité dans l'exercice de leur fonction, elle traduit une approche cloisonnée de la défense des droits fondamentaux de nature à favoriser la protection des catégories de droits relevant du domaine de l'enfance, de la déontologie de la sécurité et de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité. Très certainement motivé par l'organisation de l'institution sous forme de collèges, ce cloisonnement transparaît d'ailleurs sur le site internet du Défenseur des droits. Celui-ci ne fait aucunement référence à une mission globale de protection des droits et libertés, tel que le laisse sous-entendre l'article 71-1 de la Constitution, mais renvoie à quatre rubriques : la défense des droits de l'enfant, la déontologie de la sécurité, la lutte contre les discriminations, les relations avec les services publics. Et une impression similaire se dégage à la lecture du rapport d'activité pour l'année 2011. Ce dernier, au lieu de proposer une approche globale, rend compte de la première année d'activité du Défenseur des droits sous la forme de chapitres consacrés aux domaines d'intervention des anciennes autorités fusionnées.

Sans nul doute une telle pratique donne l'impression, ne serait-ce qu'en apparence, que l'institution entend privilégier la défense des droits et libertés protégés par les anciennes autorités regroupées plutôt que les autres catégories de droits⁷⁸. Sentiment renforcé en raison de la difficulté manifeste de Dominique Baudis à intégrer l'idée selon laquelle la fonction de médiation du nouveau Défenseur, loin d'être bornée, contrairement à l'ancien Médiateur de la République, au traitement des réclamations des administrés concernant des

⁷⁵ F. Koch, « Polémique autour du futur Défenseur des droits », *L'Express*, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.lexpress.fr].

⁷⁶ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, p. 3.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ A tel point que si certains auteurs, à l'instar de Laurence Baghestani, se sont inquiétés de savoir si les citoyens seront en mesure d'identifier les compétences des anciennes autorités au sein du Défenseur des droits (« A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 5), il est tout aussi pertinent de se demander si ces mêmes citoyens sont conscients que le Défenseur des droits est compétent pour protéger l'ensemble des droits et libertés fondamentaux et non pas seulement ceux protégés jusqu'à présent par le Défenseur des enfants, la CNDS et la HALDE.

dysfonctionnements causés par ces administrations et services⁷⁹, englobe l'ensemble des décisions et comportements attentatoires aux droits et libertés, et ce quelque soit la catégorie de droits considérée. On en veut pour preuve la présentation de cette fonction, au sein du premier rapport annuel et sur le site internet du Défenseur, sous l'angle de la médiation avec les services publics et non pas, tel que le prévoit pourtant l'article 71-1 de la Constitution, de la défense des droits et des libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public.

Le déficit de coopération de la part des AAI exclues du regroupement, en second lieu, est susceptible d'engendrer des rapports concurrentiels avec le Défenseur des droits et, par conséquent, des solutions contradictoires. Compétentes pour connaître de problématiques similaires à celles du Défenseur, se distinguant en raison d'un statut et de modalités d'interventions comparables à celui-ci, de telles autorités, si elles se présentent de prime abord comme des organes complémentaires de la protection offerte par un ombudsman, impliquent effectivement le risque, dans l'hypothèse où elles refuseraient de « jouer le jeu », de fragiliser l'action poursuivie par ce dernier tant les menaces de chevauchements de compétences entre ces deux catégories d'organes sont importantes. Sans compter que l'émergence de conflits entre le Défenseur des droits et les autorités indépendantes toujours existantes se révélerait non seulement préjudiciable à l'action du premier, mais également des secondes. Et pour cause ! En refusant de collaborer avec le Défenseur, les AAI sectorielles se priveraient de la faculté dont jouit celui-ci de promouvoir l'action des autres organes non juridictionnels de garantie intervenant dans le domaine des droits et libertés. Outre une faculté d'impulsion du contrôle opéré par ces autorités, *via* la transmission des réclamations relevant de leur domaine de compétence, le Défenseur des droits se trouve notamment en mesure de mettre ses pouvoirs et son influence au service de l'effectivité de leur action⁸⁰. Associé aux travaux de la CADA et de la CNIL, le Défenseur des droits est, par exemple, susceptible de faire bénéficier de son aura à ces deux institutions⁸¹. En effet, jouissant d'une notoriété et d'une visibilité indiscutables, le Défenseur français, fort d'une importante autorité morale, est à même de conférer davantage de poids aux recommandations adressées par ces deux institutions qui, encore aujourd'hui, demeurent parfois inconnues du grand public. C'est là autant d'avantages dont les AAI toujours existantes sont susceptibles de se priver si elles refusent de collaborer avec le Défenseur. Pire, l'absence de collaboration emporte le risque de produire l'effet opposé à celui escompté avec la mise en place du Défenseur des droits : rationaliser et renforcer l'unité de sens du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux. Car l'intérêt d'une démarche collaborative ne se limite pas à une seule vertu de promotion de la protection des droits et libertés poursuivie par les instances non regroupées. Elle favorise, de façon plus ambitieuse, la prise en charge par le Défenseur des droits d'une fonction originale de coordination et d'articulation de l'activité de l'ensemble des

⁷⁹ En ce sens, v. C. Teigten-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125.

⁸⁰ A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, pp. 68 et ss.

⁸¹ *Ibid.*, p. 70.

autorités indépendantes investies d'une mission de défense des droits fondamentaux⁸². Or, cette configuration du Défenseur des droits en « *autorité administrative "chef de file"* »⁸³, appelée de ses vœux par la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁸⁴, ne saurait véritablement avoir cours dès lors que les AAI exclues du regroupement manifestent des résistances vis-à-vis de l'institution nouvellement mise en place. C'est pourquoi l'instauration d'une collaboration active entre le Défenseur des droits et les autorités indépendantes préexistantes à sa mise en place apparaît indispensable.

II- L'exigence de collaboration

En tant que promesse d'avenir⁸⁵, le Défenseur des droits suppose, pour produire ses effets, la création de liens avec les autres organes non juridictionnels de protection des droits de la personne humaine, si bien que ces dernières doivent manifester la volonté de se rapprocher du Défenseur afin d'agir de concert avec celui-ci. Pour ce faire, le renforcement des mécanismes de coopération entre le Défenseur des droits et les autres autorités indépendantes se présente comme une solution envisageable (A). Mais c'est avant tout le renforcement de la légitimité du Défenseur des droits qui permettra à celui-ci d'asseoir son autorité et, ce faisant, de favoriser l'émergence d'une collaboration pérenne avec les AAI préexistantes (B).

A- Le renforcement souhaitable des mécanismes de coopération

Si l'existence de mécanismes de collaboration entre le Défenseur des droits et les AAI préexistantes ne préjuge pas, ainsi qu'il a été démontré, de la volonté des autorités indépendantes de « jouer le jeu », on est en droit d'espérer qu'un renforcement des mécanismes actuellement existants incitera à davantage de coopération entre ces instances non juridictionnelles de garantie.

Il apparaît, à ce titre, envisageable d'ériger le Défenseur des droits en autorité coordinatrice de l'activité de l'ensemble des instances non juridictionnelles sectorielles intervenant dans le domaine des droits et libertés. En effet, fort de son statut constitutionnel et de sa mission générale de défense de l'ensemble des droits fondamentaux, le Défenseur des droits jouit, par définition, d'un ascendant sur les organes similaires disposant d'une seule compétence sectorielle. Par conséquent, on pourrait parfaitement imaginer, sur le fondement de ce rapport

⁸² N. Marcon, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 1693.

⁸³ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 916.

⁸⁴ A l'occasion de son Avis en date du 4 février 2010, l'Assemblée plénière de la Commission affirmait : « *En charge de la coordination de la mission de défense des droits dans les champs divers où il y a lieu de l'exercer, le Défenseur des droits devra contribuer à la coopération et à la coordination d'autorités, non pas "concurrentes" mais complémentaires, en favorisant une communauté de moyens, de projets et d'idées au service d'une même cause : une défense efficace et effective des droits de l'homme* » (Avis sur le Défenseur des droits, *op. cit.*, p. 7).

⁸⁵ Comme le rappelle le professeur Daniel Gutmann, « *les droits de l'homme, pour les héritiers de Kant, sont par essence promesse d'avenir, espoir de paix perpétuelle* » (« Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, P.U.F., Editions du Juris-classeur, Paris, 1999, p. 329.

hiérarchique, un dispositif consistant à faire transiter l'ensemble des plaintes adressées aux autorités indépendantes sectorielles par le Défenseur des droits afin que ce dernier, d'une part, détermine quel est l'organe le plus apte pour en connaître et, d'autre part, adresse des recommandations auxdites autorités dans le but, notamment, de garantir l'unité de sens du système non juridictionnel de garantie.

En revanche, se doit d'être rejetée la solution qui consisterait à regrouper l'ensemble des autorités indépendantes sectorielles spécialisées dans la protection des droits et libertés au sein du Défenseur des droits. Préconisée par certains auteurs⁸⁶, cette solution ne saurait véritablement emporter l'adhésion, *a fortiori* lorsque le regroupement proposé englobe des autorités dont la mission ne touche qu'indirectement aux droits fondamentaux, à l'instar du Médiateur du cinéma, du Médiateur national de l'énergie ou, encore, de la Commission de sécurité des consommateurs⁸⁷. Parce que l'efficacité des interventions du Défenseur des droits dans certains domaines marqués par une technicité particulière n'est que difficilement garantie⁸⁸, la formule des AAI sectorielles ne saurait en effet être rejetée en bloc. Spécialement aménagées pour connaître des activités les plus techniques de l'administration, certaines de ces autorités sont en mesure de résoudre des problèmes résistibles au Défenseur des droits en raison de sa fonction généraliste de protection de l'ensemble des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs au regard d'un tel constat que doit être comprise la volonté du législateur français de ne pas regrouper l'ensemble des AAI chargées de veiller au respect des droits et libertés au sein du nouveau Défenseur des droits⁸⁹. Comme le soulignait le rapporteur de la commission des lois du Sénat, Jean-Jacques Hyest, sur le projet de loi constitutionnelle

⁸⁶ C'est, par exemple, le cas d'Agnès Martinel et Mayada Boulos lorsqu'elles affirment : « *si l'ambition de la réforme était de créer une réelle institution apparentée à l'Ombudsman scandinave ou au Défenseur du Peuple espagnol, pourquoi alors ne pas y intégrer toutes les autorités administratives indépendantes, chargées de près ou de loin de défendre les libertés ?* » (« Le Défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.*).

⁸⁷ Jean-Claude Zarka affirme en ce sens que « *si l'ambition du législateur est de fusionner les autorités administratives, pourquoi, comme l'ont relevé plusieurs parlementaires, écarter le médiateur du cinéma ou le médiateur national de l'énergie, ou encore la Commission de sécurité des consommateurs (CSC) ?* » (« Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1030).

⁸⁸ Sur ce point, v. *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁹ Il ne fait en revanche aucun doute que la volonté du législateur de ne pas fusionner l'ensemble des AAI, aussi justifiée soit-elle, ne préjuge pas de l'opportunité des autorités finalement regroupées. Si le choix de maintenir la CADA et la CNIL semble faire l'objet d'un accueil globalement favorable, un consensus se fait jour, en revanche, pour condamner la décision d'exclure le CGLPL du regroupement. Initialement envisagée par le Comité Balladur et le gouvernement, abandonnée par la commission des lois du Sénat, puis de nouveau proposée par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, la substitution du Défenseur des droits au CGLPL a finalement été rejetée par les députés en seconde lecture. Selon le rapporteur de la commission des lois du Sénat, Patrice Gélard, le maintien du Contrôleur général se justifierait en raison de « *la singularité de sa mission qui, à la différence des autres missions confiées au Défenseur des droits, repose moins sur la saisine de personnes lésées que sur une "démarche de contrôle et de prévention, au moyen de nombreuses visites sur place"* » (Rapporté par J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1028). Argument peu convaincant, on en conviendra. A ce titre, Sébastien Denaja ne manque pas de souligner que « *s'il y a lieu, dans une société démocratique évoluée, de se réjouir de l'existence d'une telle institution, en particulier au vu des nombreux rapports attirant l'attention sur le caractère souvent indigne des conditions de détention en France, c'est néanmoins dans ce domaine que l'on constate le plus d'interférences, en grande partie dues à l'action développée par le Médiateur de la République depuis quelques années* » (« Le Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 509-510).

sur la modernisation des institutions de la V^e République : « *l'objectif de simplification des structures et de regroupement des autorités administratives indépendantes, s'il paraît légitime, ne doit pas conduire à ignorer l'intérêt, pour la protection efficace des droits fondamentaux, de certaines autorités spécialisées* »⁹⁰. Contre-productive⁹¹, la substitution, pure et simple, du Défenseur des droits à l'ensemble des autorités indépendantes sectorielles, « *difficile à assumer politiquement* »⁹², s'apparenterait « *à une rationalisation excessive nocive à la garantie de la protection des droits* »⁹³. Et ce d'autant plus que la spécificité de la mission de certaines de ces autorités impose que leur soit octroyé un pouvoir réglementaire et de sanction⁹⁴ les conduisant, parfois, à jouer un rôle quasi-juridictionnel⁹⁵ incompatible avec la raison d'être du Défenseur des droits⁹⁶.

Justifiée, la volonté du législateur de ne pas fusionner l'ensemble des AAI ne saurait toutefois exonérer, à l'avenir, les autorités normatives de réfléchir à deux fois avant de créer une autorité indépendante susceptible de concurrencer l'activité du Défenseur des droits. Car, au-delà du risque de concurrence qui en résulte⁹⁷, la multiplication à l'excès des autorités indépendantes participe d'un mouvement de banalisation de la protection non juridictionnelle source de dévalorisation de cette forme de garantie. Aussi les autorités normatives françaises gagneraient à ne recourir à la formule des AAI qu'à partir du moment où le besoin auquel entend répondre l'autorité mise en place ne peut être traité de façon aussi satisfaisante par le Défenseur des droits.

⁹⁰ J.-J. Hiest, *Rapport n° 387 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle sur la modernisation des institutions de la V^e République*, Sénat, 2008, p. 206.

⁹¹ Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits, *op. cit.*, p. 33.

⁹² N. Marcon, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 1692.

⁹³ L. Baghestani, « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 5.

⁹⁴ En France, par exemple, la Commission nationale d'informatique et des libertés peut émettre des normes simplifiées « *s'agissant des traitements automatisés ordinaires et les règlements types édictés en vue d'assurer la sécurité des systèmes* » (J.-L. Autin, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JurisClasseur Libertés*, fasc. n° 300, 01 mai 2009). Elle jouit, en outre, de la faculté de prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre du responsable d'un traitement lorsque celui-ci ne se conforme pas aux mises en demeure qui lui sont adressées dans le but de faire cesser les manquements aux obligations de respect des droits des personnes dans le cadre des traitements de données à caractère personnel (art. 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *op. cit.*). Quant à la Commission d'accès aux documents administratifs, elle dispose d'un pouvoir de sanction lorsqu'elle intervient en matière de réutilisation des données publiques (rapporté par L. Baghestani, « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 5).

⁹⁵ Sur ce point, v. Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *Petites affiches*, 2009, n° 212, p. 4.

⁹⁶ Conçu pour compléter les mécanismes classiques de garantie, en tête desquels le juge, le Défenseur des droits ne saurait être pleinement à même de satisfaire à cette exigence si on lui accordait la possibilité de contraindre les débiteurs des droits fondamentaux. Car, c'est justement parce qu'il poursuit une finalité de direction non autoritaire des conduites que celui-ci peut prétendre inscrire son action en complémentarité de la protection offerte par le juge. De sorte que l'attribution de pouvoirs de contrainte au Défenseur des droits conduirait l'institution à concurrencer le contrôle juridictionnel et non plus à le compléter. En somme à faire double emploi avec le juge.

⁹⁷ En ce sens, le professeur Jacqueline Morand-Deville s'interrogeait en 1993 sur le fait de savoir si le développement accru des mécanismes non juridictionnels de garantie n'emporte pas le danger « *de créer des voies parallèles et parfois concurrentes qu'il pourrait être malaisé ensuite de maîtriser* » (« Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », *op. cit.*, p. 486).

Par ailleurs, et en ce qui concerne les AAI fusionnées, il apparaît indispensable que le Défenseur des droits s'efforce de dégager des synergies entre les différents services placés sous son autorité. A ce titre, les dispositions de l'article 12 de la loi organique, aux termes duquel « *le Défenseur des droits peut convoquer une réunion conjointe de plusieurs collègues et de ses adjoints afin de la consulter sur les réclamations ou les questions qui intéressent plusieurs de ses domaines de compétence, ou qui présentent une difficulté particulière* », peuvent se révéler d'une aide précieuse. Il convient d'ailleurs de constater que l'actuel Défenseur des droits, à l'occasion de son audition par l'Assemblée nationale et le Sénat dans le cadre de sa nomination, s'est montré particulièrement attentif à cette possibilité de réunir les trois collègues⁹⁸. Soucieux de garantir l'émergence d'un sentiment d'appartenance à une institution commune, Dominique Baudis a effectivement insisté pour que les adjoints travaillent ensemble autour de lui⁹⁹. Pour autant, la volonté du seul représentant de l'institution ne permettra pas de garantir l'émergence d'une identité culturelle commune. Un effort de coopération des autorités regroupées est également attendu. Or, si la pratique laisse entrevoir des indices plutôt encourageant d'une volonté partagée, de la part des anciennes autorités, de mutualiser les expériences et les savoir-faire¹⁰⁰, cette volonté d'unification des cultures ne pourra produire l'ensemble des effets escomptés tant que la nouvelle institution demeurera éclatée sur des sites géographiques différents. Physiquement présent sur quatre lieux distincts, correspondant aux sièges des quatre anciennes autorités indépendantes désormais regroupées, la localisation de la nouvelle institution sur différents sites ne saurait en effet favoriser l'émergence d'un sentiment d'appartenance à une institution commune ; chacun, comme l'indique le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011, « *étant très attaché au site sur lequel il avait été initialement affecté et avait pris ses habitudes* »¹⁰¹. C'est pourquoi, dans un souci de collaboration optimale des différents services du Défenseur des droits, il serait vivement souhaitable que ces derniers soient regroupés sur un même site¹⁰².

Ce n'est toutefois que par un renforcement de la légitimité du Défenseur des droits que celui-ci parviendra à asseoir son autorité et, ainsi, s'assurer de l'émergence d'une collaboration pérenne avec les AAI déjà existantes lors de sa mise en place.

⁹⁸ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr] et [www.senat.fr].

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, p. 33. C'est ainsi que, avant même l'instauration effective du Défenseur des droits, les autorités concernées par le regroupement se sont spontanément rapprochées, harmonisant aussi bien le papier à lettre et les sites internet que les procédures de traitement des saisines (Rapporté par Dominique Baudis à l'occasion de son audition précitée).

¹⁰¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, p. 66.

¹⁰² Etant entendu que cette localisation unique ne devrait pas voir le jour avant 2015 (*ibid.*, p. 67).

B- Le renforcement indispensable de la légitimité du Défenseur des droits

« *Qualité de ce qui est accepté et reconnu par les membres d'une société* »¹⁰³, la légitimité se présente, de toute évidence, comme un facteur déterminant de l'effectivité des normes juridiques. Bien entendu, d'aucuns entendent exclure cette notion de l'étude du droit. C'est, par exemple, le cas de Hans Kelsen qui, en réaction à la doctrine jusnaturaliste assimilant la légitimité à un critère de validité des normes, considère que la légitimité ne saurait constituer un élément pertinent de compréhension du droit, entendu à la fois comme ensemble de normes et comme science¹⁰⁴. La position du maître de Vienne n'est pourtant pas des plus convaincantes. Si la notion de légitimité ne saurait, contrairement à ce qu'affirment les jusnaturalistes, être considérée comme un critère d'identification des normes valides, elle n'en conserve pas moins sa place au sein de la science du droit dans la mesure où elle se présente comme un élément de compréhension du fonctionnement des normes, dont leur effectivité¹⁰⁵.

Partant, il est à peine besoin d'insister sur le rôle déterminant de la légitimation du Défenseur des droits du point de vue de son appropriation par les autres autorités indépendantes. Intimement liée au sentiment de justice¹⁰⁶, l'acquisition d'une certaine légitimité devrait effectivement permettre au Défenseur de vaincre les éventuelles résistances à l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle de type unitaire et plurifonctionnel en France. On en veut pour preuve le lien étroit établi par les sociologues des institutions entre la notion d'institution et de légitimité. C'est par exemple le cas de Mary Douglas qui, à la suite d'Emile Durkheim, définit l'institution comme un « *groupement social légitimé* »¹⁰⁷. Afin de poursuivre l'analyse plus avant, deux précisions se doivent d'être apportées.

En premier lieu, la notion de légitimité ne saurait être entendue ici dans son acception classique d'attribut du pouvoir et d'expression d'une domination¹⁰⁸. Ainsi que l'écrit Hélène

¹⁰³ C.-D. Echaudemaison (Dir.) et alii., *Dictionnaire d'Economie et de sciences sociales*, Nathan, Paris, 8^{ème} éd., 2009, p. 282.

¹⁰⁴ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Montchrestien, p. 213.

¹⁰⁵ Ainsi que l'écrit le professeur M.-A. Cohendet, « *plus une norme est légitime, plus elle a de chances d'être effective. Et plus elle est effective, plus l'image de ce qui doit être sera marquée par cette pratique et donc plus la norme sera légitime. L'effectivité d'une norme est souvent analysée comme un indice de sa légitimité, et elle renforce en principe cette légitimité. Quant une norme est respectée par tous [...] chacun a tendance à penser qu'elle est légitime, et donc chacun est incité à la respecter. Réciproquement, moins une norme est légitime, moins elle est effective, et cette ineffectivité affecte à son tour sa légitimité qui sera encore amoindrie et ainsi de suite* » (*Ibid.*, p. 226).

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 212.

¹⁰⁷ Rapporté par V. Tournay, *Sociologie des institutions*, P.U.F., Que sais-je ?, 2011, p. 15.

¹⁰⁸ Cette acception est celle proposée par le sociologue allemand Max Weber. Celui-ci recourt en effet au concept de légitimité afin d'expliquer les relations de domination : les dominés acceptent de se soumettre aux ordres provenant des dominants car ils les considèrent légitimes. La légitimité, poursuit Weber, est susceptible de prendre trois formes différentes : la domination traditionnelle où le pouvoir est reconnu comme légitime en raison de sa pérennité et de son caractère ancestral ; la domination charismatique où la légitimité du pouvoir repose sur les qualités personnelles d'un chef revêtu d'un charme exceptionnel ; la domination rationnelle-légale où la légitimité repose sur la conviction que l'ordre est donné en conformité à une loi positive (*Economie et société, tome 1. Les catégories de la sociologie*, Agora, Les classiques, Paris, 2003, p. 320). Ce lien étroit entre domination et légitimité se retrouve également chez Pierre Bourdieu, encore que dans une perspective

Hatzfeld, « *l'élaboration historique du concept de légitimité dans le champ du pouvoir et, plus largement, son interprétation en terme de domination, permettent difficilement de rendre compte de la multiplicité et de la diversité du recours à la notion de légitimité aujourd'hui* »¹⁰⁹. L'affirmation se veut particulièrement vraie s'agissant du Défenseur des droits. Contre-pouvoir dépourvu de prérogatives contraignantes, ce dernier ne saurait fonctionner sur la base d'une relation de domination. En tant qu'autorité de régulation, le Défenseur des droits doit, au contraire, gagner en légitimité dans la perspective de recueillir l'adhésion des autres organes de garantie et de ses propres agents. Ce faisant, la légitimité n'est pas tant au service d'une relation de pouvoir et de domination que d'une relation de consentement et de confiance¹¹⁰. En somme, la notion de légitimité, telle que nous l'entendons ici, se rapprocherait de la définition qu'en donne Hélène Hatzfeld. A savoir « *le droit reconnu à une personne de parler et d'agir au nom de ...* »¹¹¹.

En second lieu, l'acquisition de la légitimité demeure une entreprise délicate et aléatoire¹¹². Outre que le Défenseur des droits ne saurait, en l'état actuel du droit positif, complètement jouir d'une telle qualité, dans la mesure où « *la légitimité n'est jamais un état naturel, spontané, simple, immédiat* »¹¹³, l'accession au statut d'organe légitime demande du temps et implique d'importants efforts en ce sens. Pour s'en convaincre, il suffit de songer à la lente montée en puissance du Conseil constitutionnel ou, encore, mais c'est lié, à la difficile émergence d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois en France. Impossible avant 1958, en raison d'une révérence absolue vis-à-vis de la loi et de la crainte de voir émerger un gouvernement des juges, le contrôle de constitutionnalité de la loi tel qu'instauré par la Constitution de 1958, c'est-à-dire essentiellement limité à un contrôle externe du respect de la répartition des compétences entre la loi et le règlement, ne permet pas au Conseil constitutionnel de disposer d'une légitimité suffisante pour s'ériger en véritable gardien de la Constitution. C'est seulement au fil du temps, grâce notamment à sa célèbre décision *Liberté d'association* de 1971, que le Conseil a acquis cette légitimité et ainsi pu développer un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois en France, dont l'aboutissement réside dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la mise en place de la question prioritaire de

radicalement différente. Selon le sociologue français, la légitimité est un mode d'exercice de la domination exercée par la classe sociale dominante sur la classe sociale dominée. Ainsi, « *est légitime une institution, ou une action, ou un usage qui est dominant et méconnu comme tel, c'est-à-dire tacitement reconnu* » (*Questions de sociologie*, Editions de Minuit, Paris, 1984, p. 110). En somme, une chose légitime sera acceptée ou imposée de façon inconsciente par le prisme de ce que Pierre Bourdieu nomme la violence symbolique.

¹⁰⁹ H. Hatzfeld, *Les légitimités ordinaires. Au nom de quoi devrions-nous nous taire ?*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 92.

¹¹⁰ Dans une logique de régulation des conflits, Jean-Marc Coicaud refuse, ainsi, « *de voir dans la légitimité seulement un rapport de force dans lequel la domination n'a d'autres pendant que la soumission. L'insistance sur le consentement, la construction d'accords sur les normes, le partage de valeurs confère à la légitimité conçue comme droit à gouverner un ancrage légal et social* » (*Ibid.*, p. 94).

¹¹¹ *Ibid.*, p. 92.

¹¹² Guglielmo Ferrero écrit en ce sens : « *Pour qu'une légitimité atteigne sa pleine maturité, il faut qu'une minorité au moins croie activement en son principe, avec une ferveur presque religieuse, qui la sublimise en lui prêtant une grandeur transcendante* » (*Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, Librairie générale du livre, 1988, p. 29).

¹¹³ *Ibid.*, p. 137.

constitutionnalité¹¹⁴. C'est pourquoi un certain laps de temps sera probablement nécessaire avant que le Défenseur des droits acquiert la légitimité suffisante pour convaincre les plus sceptiques quant au bien fondé d'un système de protection non juridictionnelle de type unitaire et plurifonctionnel¹¹⁵.

Susceptible de prendre un certain temps, la légitimation du Défenseur des droits emporte, de surcroît, le risque de se trouver entravée par le mode de nomination du représentant de l'institution. Sa désignation par le chef de l'Etat par décret en Conseil des ministres, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution, ne saurait effectivement permettre au Défenseur des droits de jouir de la légitimité démocratique que lui aurait conféré l'élection à une majorité qualifiée de parlementaires. Est-ce à dire, pour autant, que toute entreprise de légitimation de la nouvelle institution française est inexorablement vouée à l'échec ? La réponse est évidemment négative. Une telle entreprise suppose toutefois une mobilisation active de certains acteurs, à l'instar du représentant de l'institution, de la doctrine, ou encore des médias. Surtout, elle implique de déterminer les fondements sur lesquels le Défenseur des droits peut entendre construire sa légitimité. Sur ce point, les travaux de Guy Scoffoni relatifs à la légitimité du juge constitutionnel aux Etats-Unis se révèlent d'une aide précieuse. Le professeur aixois se propose en effet d'opérer une classification des composantes de la légitimité en distinguant la légitimité institutionnelle, la légitimité fonctionnelle et la légitimité sociale du juge constitutionnel¹¹⁶. Or, si la première de ces composantes fait quelque peu défaut chez le Défenseur des droits¹¹⁷, les deux autres peuvent, *mutatis mutandis*, lui être transposées.

Similaire à ce que Pierre Rosanvallon désigne sous l'appellation de « *légitimité-utilité* »¹¹⁸, la légitimité fonctionnelle tient, ainsi que son nom l'indique, à la mission attribuée à l'institution. Compte tenu de la valeur hautement symbolique de sa fonction privilégiée de

¹¹⁴ Sur ces questions, v. par ex. : M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, pp. 231-232 ; D. Maus, « La naissance du contrôle de constitutionnalité des lois en France », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, p. 713 ; Y. Poirmeur, « Des raisons de croire et de douter : la légitimité du Conseil constitutionnel pour les parlementaires », in P. Jan et J.-Ph. Roy (Dir.), *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Ellipses, Paris, 1997, pp. 65-67 ; G. Tusseau, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, 2007, n° 137, p. 5.

¹¹⁵ Sur ce point, la sociologie de Georges Gurvitch se révèle riche d'enseignement. A travers ses travaux relatifs à *La multiplicité des temps sociaux*, le sociologue dresse le constat suivant à propos des temps respectifs des rapports de rapprochement : « ces rapprochements sont lents à se produire et ne supportent pas de brusquerie. Aussi le temps qu'ils engendrent et dans lequel ils se meuvent, est le temps en retard sur lui-même, combiné avec le temps de longue durée et au ralenti » (« La multiplicité des temps sociaux », in G. Gurvitch, *La vocation actuelle de la sociologie. Antécédents et perspectives*, tome II, P.U.F., Paris, 2ème éd. remaniée, 1963, p. 367).

¹¹⁶ G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *R.I.D.C.*, 1999, n° 2, pp. 249-251.

¹¹⁷ Selon Guy Scoffoni, la légitimité institutionnelle reposerait sur la composition pluraliste de la juridiction, la désignation des juges et leur indépendance. Or, compte tenu du mode de nomination et du caractère unipersonnel de l'institution du Défenseur des droits, ce dernier ne saurait véritablement s'appuyer sur cette forme de légitimité.

¹¹⁸ La « Légitimité-utilité », ou « légitimité expérience », est définie par Pierre Rosanvallon comme une qualité d'ordre fonction dont bénéficie une entité en raison des contributions pratiques qu'elle peut apporter dans ses domaines d'intervention (*La contre-démocratie*, Editions du Seuil, 2006, p. 114).

protection des droits fondamentaux et de ses différentes ramifications¹¹⁹, le Défenseur des droits a tout intérêt à faire valoir, dans le cadre de son processus de légitimation, cette composante de la légitimité. Et ce d'autant plus que, contrairement aux autorités qu'il vient remplacer, le Défenseur dispose d'une compétence à l'égard de l'ensemble des droits de la personne humaine, ce qui n'est pas sans présenter un certain nombre d'avantages. Il ne saurait pour autant s'agir pour la nouvelle institution de faire table rase de la protection offerte par les autorités regroupées en son sein. Au contraire, dès lors que « *les institutions nouvelles ne peuvent être faites qu'avec les anciennes* »¹²⁰, le Défenseur des droits, dans le souci « *d'articuler tant la stabilité et le changement que le passé et l'avenir* »¹²¹, se doit de s'appuyer sur les avancées rendues possibles par les autorités auxquelles il se substitue en vue d'asseoir sa légitimité.

La légitimité sociale, en tant qu'elle repose sur des exigences de proximité, de présence et de compassion¹²², implique pour le Défenseur des droits de prendre en considération les attentes du corps social afin d'être acceptée par une majorité de l'opinion publique. En somme, d'être à l'écoute, non seulement des citoyens, mais également des autres organes non juridictionnels de garantie. Car, comme le soulignent très justement Jacques Lagroye et Michel Offerlé, « *rester distancié, voire détaché, des représentations et des intérêts, parfois ténus, qui unissent à une institution ceux qui ont affaire à elle, ce serait se condamner à ne voir qu'une part réduite, et pas forcément primordiale, des dimensions de l'engagement* »¹²³.

Susceptible de se développer autour d'un double fondement fonctionnel et social, la légitimité du Défenseur des droits ne se construira, cependant, que par la pratique. Parce que « *la légitimité d'une norme peut être définie comme la relation de conformité entre l'idée de ce que doit être une norme et ce qu'elle est réellement* »¹²⁴, la meilleure façon d'acquérir une certaine légitimité demeure effectivement les actes. C'est là le lot de chaque institution nouvelle qui, pour s'imposer, doit remplir convenablement les missions qui lui sont assignées afin de justifier son existence et faire la preuve de son efficacité¹²⁵. En somme, pour ce qui est du Défenseur des droits, participer activement au renforcement de la défense des droits fondamentaux, ce que les premiers mois d'activité de l'institution semblent augurer. Mais il s'agit déjà là d'une autre question.

¹¹⁹ Edwin Matutano, par exemple, considère que l'activité d'accès au droit prise en charge par l'institution « *pourra être de nature à hisser le rôle du Défenseur des droits à un niveau élevé parmi les institutions respectées du public* » (*Jurisclasseur administratif*, fasc. n° 77, décembre 2011).

¹²⁰ P. Fauconnet et M. Mauss, « La sociologie : objet et méthode », in M. Mauss, *Essais de sociologie*, Seuil, coll. « Points. Essais », 1971, p. 17.

¹²¹ F. Ost, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, p. 36.

¹²² H. Hatzfeld, *Les légitimités ordinaires. Au nom de quoi devrions-nous nous taire ?*, *op. cit.*, p. 218.

¹²³ J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 16.

¹²⁴ M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 212.

¹²⁵ En ce sens, v. not. Y. Poirmeur, « Des raisons de croire et de douter : la légitimité du Conseil constitutionnel pour les parlementaires », *op. cit.*, p. 59.