

CONTRIBUTION À UNE DÉFINITION DE L'OMBUDSMAN

Rhita Boustta

Ecole nationale d'administration | « [Revue française d'administration publique](#) »

2007/3 n° 123 | pages 387 à 397

ISSN 0152-7401

ISBN 9782909460062

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2007-3-page-387.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Ecole nationale d'administration.

© Ecole nationale d'administration. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

CONTRIBUTION À UNE DÉFINITION DE L'OMBUDSMAN

Rhita BOUSTA

*Allocataire de recherche à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne **

Nul doute que l'*Ombudsman* soit demeuré, pour la majorité des citoyens français, un « inconnu »¹. Le juriste, quant à lui, aura sans doute en tête la vague idée d'un mode alternatif de règlement des litiges né en Scandinavie... Quant au chercheur, il relèvera trois approches contrastées du problème dans la doctrine : prescriptive, axée sur la promotion de la création de nouveaux ombudsmans ; descriptive, détaillant le fonctionnement de l'institution dans différents États ou régions évaluative, jugeant son efficacité. Utiles, ces approches ont aussi leurs limites, la principale étant leur manque d'abstraction. Prenant souvent la forme de compilations d'études descriptives nationales, ces contributions ne mettent guères en exergue leur cadre conceptuel. C'est alors sans surprise que M. Hertogh nous invite à une approche théorique du problème². Sans prétendre y répondre totalement, il nous semble intéressant de tenter modestement d'y contribuer, en s'interrogeant sur la définition même à donner à l'*Ombudsman*. Tentative de définition dont la rareté est souvent regrettée par la doctrine³, et regrettable, pour le citoyen.

D'où nous vient donc le terme d'« *Ombudsman* » ? Il faut remonter au *Justitie Ombudsman* suédois mis en place sous le règne de Gustave IV après la révolution de 1809⁴. Bras droit du Parlement (*Rikstag*) dans le nouveau paysage d'une monarchie limitée, le *Justitie Ombudsman*, ou « celui qui plaide pour autrui », deviendra peu à peu un instrument aux mains des citoyens qui peuvent se plaindre directement et gratuitement auprès de lui d'illégalités ou de négligences commises par l'administration au quotidien. Il

* L'auteur remercie les deux évaluateurs anonymes de leurs remarques constructives.

1. Le Clainche (M.), « L'ombudsman, cet inconnu », *Revue française d'administration publique*, numéro spécial : « Médiateurs et ombudsmans », n° 64, novembre-décembre 1992, p. 561.

2. Hertogh (M.), « The policy of the Ombudsman and Administrative Courts : a Heuristic Model », *International Ombudsman Yearbook*, vol. 2, 1998, p. 63.

3. À titre d'exemple : Leino (P.), « The Wind is in the North. The First European Ombudsman (1995-2003) », *European Public Law*, vol. 10, n° 2, juin 2004, p. 338 : « Despite the long national traditions, the role of ombudsmen remains relatively undefined ».

4. Art. 96 de la « Regerinsform ». Pour une étude de l'Ombudsman scandinave, voir : Legrand (A.), *L'Ombudsman scandinave, études comparées sur le contrôle de l'administration*, Thèse publiée, Paris, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, 1970.

pourra alors saisir les tribunaux en cas de faute grave d'un fonctionnaire ⁵ et proposer des réformes législatives.

Près d'un siècle plus tard, l'institution est adoptée en Finlande. La fin de la seconde guerre mondiale ouvrira l'ère de « l'ombudsmania », si bien que l'*International Ombudsman Institute* répertorie à ce jour dans le monde près de 120 ombudsmans ⁶.

On devinera alors, avec M. Legrand ⁷, qu'au vu des multiples remaniements de l'institution au fil de sa diffusion internationale, il ne sera pas chose facile de la définir. Et M. Renoux de renchérir : « le citoyen français, surtout s'il est juriste, s'accommode mal des institutions polymorphes que l'inclination bien naturelle de son esprit cartésien conduit immédiatement à vouloir typifier, classifier. Or, de l'être hybride à l'être juridique monstrueux, il n'y a qu'un pas » ⁸.

Mais franchissons ce pas, au risque d'être monstrueux... Car le caractère *a priori* hybride de l'*Ombudsman* n'est en rien un obstacle à sa définition ; il en est une étape, résultat premier de la comparaison.

Cette apparente polymorphie s'explique en effet certainement par la trop grande importance conférée, par une bonne part de la doctrine, aux contextes d'instauration de l'institution. Il nous semble au contraire possible de dégager une fonction commune à tous les ombudsmans et de dessiner ainsi les contours d'une définition valable en droit comparé.

ANALYSE CRITIQUE DES DÉFINITIONS EXISTANTES

Un bref tour d'horizon des remaniements successifs de l'*Ombudsman*, nous permettra de saisir l'approche de la doctrine dominante.

La diversité des contextes d'adoption de l'institution

Lors de l'approbation de sa nouvelle Constitution du 17 juillet 1919, la Finlande se dota d'un *Riksdagens Justitieombudsman*, institution s'insérant parfaitement dans le paysage d'une Finlande désormais libre. Près de quarante ans plus tard, le Danemark adopte le *Folketingets Ombudsman* par la révision constitutionnelle du 5 juin 1953 ⁹. L'adaptabilité de l'institution dans un contexte constitutionnel et institutionnel totalement différent était dès lors démontrée, les ministres danois étant, contrairement à leurs homologues suédois, responsables de leur administration. Ce fut ensuite aux Länder de la République fédérale d'Allemagne d'instaurer des *Wehrbeauftragte des Bundestages* ¹⁰. En 1962, cette « vague » atteint la Nouvelle-Zélande (*Parliamentary Commissioner Ombudsman*) ¹¹ et la Norvège, sous le nom de *Sivil Ombudsman for Forvaltningen* ¹².

5. Chapitre 12, articles 6 et 8, de la Regeringsformen (ou « Instrument of Government ») du 1 janvier 1975 et article 11 du Riksdagsordningen (ou acte du Parlement). Voir : <http://www.jo.se>

6. Source : www.law.ualberta.ca

7. Legrand (A.), *op.cit.*

8. Renoux (T.), « Le Médiateur de la République française », *Les petites Affiches*, n° 19, 12 février 1990, p. 11.

9. § 55 de la Grundlov ; loi du 11 juin 1954, instruction du 22 mai 1956 (modifiée en 1962).

10. Le premier fut celui de la Rhénanie ; article 45 bis de la Constitution de 1956.

11. *Parliamentary Commissioner Ombudsman for Investigations Bill* du 7 septembre 1962. Pour un aperçu de l'institution, voir Paterson (D.), « The New Zealand Ombudsman as a protector of citizen's rights », *Les droits de l'homme*, n° 2, 1969, p. 395.

Mais c'est en 1967, lors de la création, au Royaume-Uni, du *Parliamentary Commissioner for Administration* qu'a lieu un remaniement sensible de l'institution¹³. Carence du système juridictionnel, insuffisance et limite des questions parlementaires, enquêtes *ad hoc* jugées trop coûteuses... la création du *Parliamentary Commissioner for Administration* allait venir combler ces défauts du système, dénoncés dès 1957 dans le rapport du *Franks Committee on Administrative Tribunals and Inquiries* puis dans le rapport *Whyatt, directement à son origine*¹⁴.

Nommé par la Reine sur proposition du Premier ministre et consultation du Président du *Select Committee on the Parliamentary Commissioner for Administration* (commission parlementaire)¹⁵, le *Parliamentary Commissioner for Administration*, chargé de remédier aux injustices résultant d'une « maladministration », paraît à première vue, contrairement à ses prédécesseurs, aux mains de l'exécutif. Cependant, sa destitution revient au Parlement, envers lequel il est responsable, si bien qu'il n'est pas étonnant de le voir qualifié d'« arme supplémentaire dans l'arsenal des parlementaires »¹⁶. En réalité, le changement consiste davantage en la saisine préalable et obligatoire d'un membre du Parlement. Ce « filtre parlementaire », souvent critiqué, n'a jusqu'à ce jour pas été supprimé¹⁷.

En France, la création du Médiateur de la République en 1973¹⁸ allait poursuivre ces remaniements. Lorsque M. Pierre Messmer dépose son projet de loi, le Médiateur de la République est bien loin des premières propositions de messieurs Poniatowski et Chandernagor visant à la création d'un Haut Commissariat à la défense des droits de l'homme. Il ne sera finalement chargé que des dysfonctionnements de l'administration, sans faire concurrence au juge (le projet a notamment été mis au point par M. Jacques Larché, conseiller d'État...).

Il est, tout comme le *Parliamentary Commissioner for Administration*, nommé par l'exécutif (décret en Conseil des ministres) mais ne peut, contrairement à son homologue anglais, être destitué par le Parlement. Ce lien particulièrement fort avec le Gouvernement jette un doute sur son indépendance par rapport à l'administration dont il est chargé de contrôler les dysfonctionnements, si bien que pour certains, le Médiateur ne sera qu'un « ombudsmanqué. »¹⁹ Il sera vu par ses détracteurs soit comme une « bête curieuse et inutile » (le meilleur *Ombudsman* reste pour M. Drago, le Conseil d'État²⁰), soit comme une trahison du modèle parlementaire de l'*Ombudsman*. L'idée du filtre parlementaire a également été reprise, si bien que le citoyen ne peut pas se plaindre directement auprès de lui.

12. Loi du 22 juin 1962.

13. *Parliamentary Commissioner for Administration Act*, 22 mars 1967 (et *Parliamentary and Health Commissioners Act*, 1993). Textes disponibles sur : <http://www.ombudsman.org.uk>

14. Justice, *The Citizen and the Administration : The Redress of Grievances*, Stevens, 1961.

15. Art. 1 du *PCA Act*.

16. Gregory (R.) et Giddings (Ph.), « The United Kingdom Parliamentary Ombudsman Scheme », in Gregory (R.), Giddings (Ph.) dir., *Righting wrongs, the Ombudsman in six Continents*, Amsterdam, OMSHA, 2000, p. 21.

17. Justice, *Our fettered Ombudsman*, Londres, 1977, 52 p ; Seneviratne (M.), *Ombudsmen : Public Services and Administrative Justice*, Londres, LexisNexis Butterworths, Law in Context, 2002, p. 121 ; Rideau (J.), « Le système de l'Ombudsman », *Les droits de l'homme*, n° 2, 1969, p. 448.

18. Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 (dernière modification : loi n° 2000-321 du 12 avril 2000). Pour une synthèse descriptive : Ménier (J.), « La place du Médiateur dans la politique de réforme administrative (1970-1980) », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, n° 4, 1981, p. 312-324.

19. Voir notamment : Legrand (A.), « Médiateur et « Ombudsman » : un problème mal posé », *Revue politique et parlementaire*, n° 75, mars 1973, p. 6.

20. Préface à la thèse de M. Legrand (A.), *op.cit.*

Cinq ans plus tard, à la chute du franquisme, c'est à l'Espagne d'adopter l'institution, sous le nom de *Defensor del Pueblo*²¹. Régime démocratique nouveau, nouvelle Constitution démocratique et sociale : le *Defensor del Pueblo* est avant tout un instrument de la transition espagnole. Loin d'avoir suscité l'intérêt des parlementaires de l'époque²², il deviendra vite ce « paladin de la société moderne »²³. Là encore, cette adoption s'accompagne d'un changement sensible de l'institution : le *Defensor del Pueblo* aura pour compétence la protection des droits fondamentaux, compétence inspirée de celle du *Provedor de Justiça* portugais créé deux années plus tôt²⁴ et inspirant la création d'ombudsmans en Amérique latine.

La loi instaurant le *Defensor del Pueblo*²⁵ ajoutera une référence aux principes de bonne administration de l'article 103 de la Constitution espagnole²⁶. Dès lors, le contrôle de la « maladministration » n'est plus une fin en soi, mais peut être perçu comme un moyen de défense des droits fondamentaux. Défenseur des droits du peuple espagnol, le *Defensor del Pueblo* est aussi leur représentant ; il n'est donc pas étonnant qu'il s'aligne sur le modèle de l'*Ombudsman* parlementaire. Il est en effet avant tout le « Haut Commissaire » du Parlement espagnol²⁷. Associé au Parlement, le *Defensor del Pueblo* en est tout de même indépendant, et peut même discuter la constitutionnalité de ses lois en saisissant le Tribunal constitutionnel.

Enfin, bien qu'il soit également compétent pour les administrations des Communautés autonomes d'Espagne, celles-ci affirment et réaffirment leur autonomie via ce nouvel instrument. À titre d'exemple, la Catalogne s'est dotée dès 1984 de son propre *Ombudsman* (*Síndic des Greuges de Catalunya*)²⁸. La coordination entre les différents ombudsmans constitue donc en Espagne l'une des préoccupations majeures dans ce domaine.

Ce souci de coordination se retrouve à l'échelle européenne : des réunions entre ombudsmans des États membres se sont en effet rapidement mises en place au sein du Conseil de l'Europe. Mais il faudra attendre le Traité de Maastricht du 7 février 1992, instaurant (ou plutôt désireux d'instaurer...) une « Europe citoyenne » pour voir apparaître un Médiateur européen²⁹. Outil de renversement du pouvoir monarchique puis de régimes dictatoriaux, l'*Ombudsman* devient alors l'« instrument de séduction » d'un pouvoir

21. Article 54 de la Constitution espagnole du 31 octobre 1978.

22. Gil-Robles (A.), *El Defensor del Pueblo (Comentarios en torno a una proposición de Ley orgánica)*, Madrid, Cuadernos Civitas, S.A, 1979, p. 30.

23. Carballo Armas (P.), *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el derecho comparado*, Madrid, Tecnos, 2003, 263 p.

24. Article 23 de la Constitution du 2 avril 1976 ; décret-loi n° 212/1975 du 21 avril 1975 ; loi n° 9/97 du 9 avril 1991.

25. Loi organique n° 3/1981 du 6 avril 1981, art. 9. Pour une analyse des débats politiques à l'origine de la loi, voir : Gil-Robles (A.), *op.cit.* Pour une description des traits majeurs de l'institution l'année de sa création : Gámez Valencia (C.), « El Defensor del Pueblo (Ombudsman) en España », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, n° 4, 1981, p. 349-355.

26. « L'administration publique satisfait l'intérêt général de manière objective et en respectant les principes d'efficacité, de hiérarchie, de décentralisation, de déconcentration et de coordination ; elle se soumet pleinement à la loi et au Droit ».

27. Nommé par chaque chambre à une majorité des 3/5 et pouvant être destitué au 3/5 du Congrès et à la majorité absolue du Sénat.

28. Loi n° 14/1984 du 20 mars 1984 (modifiée par la loi 12/1989 du 14 décembre 1989) instaurant le *Síndic des Greuges de Catalunya*, sur le fondement du nouvel article 78 du Statut Autonome de Catalogne modifié par la loi organique n° 6/2006 du 19 juillet 2006. Sur ce sujet, voir notamment : Diez Bueso (L.), *Los defensores del Pueblo (Ombudsmen) de las Comunidades Autónomas*, Secretaría General del Senado, 1999, 355 p.

29. Article 195 TCE. Voir le statut du Médiateur, décision 94/262 du Parlement européen du 9 mars 1994. Pour plus d'informations : www.ombudsman.europa.eu.

souffrant d'une légitimité controversée... il devient ce représentant du « peuple européen », auprès d'institutions perçues comme trop complexes. Il n'apparaît alors pas étonnant que le Médiateur européen soit également un *Ombudsman* parlementaire (il est élu par le Parlement, qui peut mettre fin à ses fonctions, et peut être saisi directement par toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre). Il est d'autre part chargé de remédier aux cas de « mauvaise administration » des actes ou actions des institutions communautaires.

Par la suite, ce sera au tour des pays d'Europe balkanique, centrale et orientale d'adopter l'institution. Elle sera à la fois un instrument d'ouverture démocratique, mais aussi d'adhésion à la Communauté européenne.

Ainsi, au fil de sa diffusion internationale, l'*Ombudsman* a « combattu plusieurs maux », ou revêtu plusieurs masques. Cela explique certainement pourquoi la majorité des définitions existantes semblent « prisonnières » de cette « instrumentalisation ».

L'importance conférée au contexte d'adoption de l'institution

Lors d'une conférence tenue en Grande Bretagne, M. Hayes définit l'*Ombudsman* comme « *an office created by statute, reporting to the legislature, with tenure, accessible to the citizen, with powers of discovery, protected by privilege, and with powers to investigate and make recommendations* »³⁰. Lors de cette conférence, le groupe de travail désigné pour définir le terme « *Ombudsman* » a dégagé les critères suivants : indépendance, effectivité, équité et responsabilité publique.

Si cela contribue à cerner des traits communs et à souligner l'opportunité de l'adoption de l'institution, rien ne nous est dit sur sa fonction.

La majorité des définitions existantes sont en réalité empruntées du souci « pratique » de la *transferability* de l'institution (ou possibilité de sa transplantation suivant le contexte)³¹. L'*Ombudsman* est alors exclusivement défini par ses caractéristiques institutionnelles prenant souvent la forme d'une énumération, voire d'une juxtaposition de caractéristiques sans lien apparent.

Le poids conséquent conféré aux éléments d'ordre institutionnel et constitutionnel

Selon M. Rowat³², alors que les États d'Europe de l'ouest seraient hostiles à l'instauration d'un *Ombudsman* (eu égard à la place prépondérante de leurs tribunaux administratifs³³), pour les États de la *Common Law*, l'instauration d'un *Ombudsman* pourrait permettre un meilleur équilibre entre les droits des citoyens et le pouvoir de la Couronne. De la même manière, selon M. Oosting, l'*Ombudsman* s'appréhende différem-

30. Hayes (M.), « Emerging issues for ombudsmen », *UK Ombudsman conference Paper*, 1991, p. 5.

31. Pour exemple : Rowat (D.C.), *The Ombudsman Plan : The worldwide spread of an idea*, 2^e éd., University press of America, 1985 et Abel (A.S.) « Commonwealth constitutional complications » in Rowat (C.), *The Ombudsman : citizen's defender*, 2nd éd., Londres, George Allen&Unwin, 1968, p. 281. C'est également la préoccupation majeure des études comparatives : Caiden (G.E.) dir., *International Handbook of the Ombudsman. Evolution and present function. Country Surveys*, Londres, Greenwood Press, 1983, 366 p.

32. Rowat (D.C.), *The Ombudsman : citizen's defender*, op.cit., p. 289.

33. Raisonement fortement critiqué par M. Legrand (A.) dans : « Médiateur ou Ombudsman ? », *AJDA*, n° 5, mai 1973, p. 229. En effet, comme le souligne cet auteur, la Suède et la Finlande ont elles-mêmes un système de juridiction administrative puissant.

ment selon que l'on se situe dans un État « à tradition démocratique » ou dans un État en « développement économique »³⁴.

Comme le souligne M. Gil Robles, l'*Ombudsman* est un « instrument de contrôle parlementaire de l'administration mis à disposition du citoyen ; son activité ne peut s'exercer en dehors du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs et d'une capacité réelle de contrôle du législateur sur l'exécutif... »³⁵. L'auteur définit par ailleurs le contrôle parlementaire comme étant le « pouvoir confié aux parlements, ses chambres et ses membres, par la Constitution et le reste de l'ordre juridique, en vertu duquel ils peuvent soumettre à l'opinion publique l'activité du gouvernement et de l'administration »³⁶.

La tension politique entre Parlement et Gouvernement est au cœur de cette conception : l'*Ombudsman* est défini comme un instrument du contrôle parlementaire (ce qui n'est pas étonnant car l'optique même de l'ouvrage de M. Gil Robles est de présenter l'*Ombudsman* en tant qu'instrument de contrôle parlementaire ; cela ne veut donc nullement dire que l'auteur définit exclusivement l'*Ombudsman* de cette manière).

Intéressante et juste, on retiendra surtout de cette vision l'importance conférée à la séparation et le dialogue entre les trois pouvoirs dans le discernement des tâches de l'*Ombudsman*.

C'est ainsi que certains auteurs refusent de qualifier d'ombudsmans les organes non élus par le Parlement, notamment, comme vu précédemment, le Médiateur de la République et le *Parliamentary Commissioner for Administration*. M. Abdel Hadi s'exprimera en ces termes : « Ce n'est que par un abus (flagrant) de langage, pour apaiser la tension et pour calmer l'opinion publique, que l'on les a qualifiées du nom de l'institution suédoise. [...] En dehors de la Suède et de la Finlande, il n'existe pas de véritable *Ombudsman* ». Le filtre parlementaire constituerait « la déformation la plus flagrante de l'institution originale »³⁷. L'assimilation entre *Ombudsman* et contrôle parlementaire est si forte que, pour certains, l'institution serait devenue, depuis son adoption en Angleterre et en France, « pâle, presque sans visage et dont on ne sait pas au juste à quoi elle sert ».

Mais c'est peut-être trop vite oublier que de nombreux auteurs voient l'origine de l'*Ombudsman* suédois lui-même dans la figure du Grand sénéchal apparu au 16^e siècle (*Drotsen*) et chargé d'informer le roi de négligences dans la justice et de proposer des réformes. Le Grand sénéchal était donc aux mains du roi, et cela pendant deux siècles. Si, en 1720, le Parlement s'empara du *Justitie Kansler* (ancien Grand sénéchal et futur *Justitie Ombudsman*), c'est pour le concéder à nouveau au roi en 1777, qui en fera, jusqu'en 1809, un simple « ministre de la Justice »³⁸.

Peut-être alors l'essence même de l'*Ombudsman* est-elle à rechercher ailleurs que dans le dilemme des pouvoirs et contrepouvoirs ?

34. In *La Médiation : Quel avenir ?*, op.cit.

35. Gil-Robles (A.), op.cit., p. 324.

36. Gil-Robles (A.), Marin Riano (F.), « Naturaleza jurídica del control sobre el gobierno y la administración », in Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol 1, Madrid, Instituto de Estudios fiscales, 1988, p. 746.

37. Abdel Hadi (M.), « L'extension de l'Ombudsman : triomphe d'une idée ou déformation d'une institution ? », *Revue internationale des sciences administratives*, n° 4, 1977, p. 334. Position adoptée notamment par : Chapuisat (L. J.), « Le Médiateur français ou l'Ombudsman sacrifié », art.cit., p. 109 ; Amson (D.), « L'institution du médiateur : un coup d'épée dans l'eau », *JCP*, 1973, EG, I, n° 2547.

38. Selon l'expression de Rudolph (S.), « Sweden's guardians of law », in Rowat (D.C.), op.cit., p. 17.

Le difficile discernement d'une fonction commune

En réalité, rares sont les définitions énonçant clairement la tâche de l'*Ombudsman*.

Certaines typologies ne sont certes pas dénuées d'intérêt. En particulier, Mme Reif distingue les ombudsmans « classiques » des ombudsmans « hybrides », dont les *Human Rights Ombudsmen* chargés à la fois de superviser l'administration publique et de protéger les droits fondamentaux des individus (tels que le *Defensor del Pueblo*, ou le *Provedor de justiça*)³⁹. Quel que soit le jugement que l'on puisse porter sur cette distinction, elle a pour mérite d'envisager l'*Ombudsman* dans sa fonction (ou plus exactement, ici, dans ses fonctions).

Mais face à la diversité et l'ambiguïté des fonctions assignées à l'*Ombudsman* par la loi ou la Constitution (la « maladministration », s'agissant du *Parliamentary Commissioner for Administration* et la « mauvaise administration » pour le Médiateur européen, alors que ces notions n'ont jamais été clairement définies ; le « mauvais fonctionnement des services publics » pour le Médiateur de la République, alors que la notion de service public est l'une des plus floues ; la protection des droits fondamentaux pour le *Defensor del Pueblo*, alors que la délimitation de la catégorie « droit fondamental » est l'une des plus complexes...), il faudra construire une fonction se détachant de ces particularités tout en faisant preuve d'une suffisante précision.

Pour messieurs Legrand, Marcou et Wennergren, l'*Ombudsman* est chargé de « protéger les personnes contre le mauvais fonctionnement de l'administration ou contre l'abus de position dominante des activités administratives »⁴⁰.

Une telle proposition, fondée sur une approche fonctionnelle de l'administration elle-même, permet une première approche du problème : l'*Ombudsman* serait donc chargé de veiller au bon fonctionnement de l'administration.

Ainsi, pour Mme Delaunay, le Médiateur de la République est compétent pour les « manifestations du fonctionnement des administrations traduisant un phénomène de maladministration »⁴¹ ; selon M. Sabourin, il est compétent pour le « mauvais fonctionnement de l'administration des services publics, en relation avec les citoyens »⁴². M. Jacoby définit quant à lui l'« ombudsmédiateur » (selon ses termes) comme une « institution publique indépendante, créée par voie législative, chargée d'enquêter sur la violation des droits des citoyens par l'administration et sur le dysfonctionnement de celle-ci »⁴³. Mais cette dernière définition ne met pas suffisamment en exergue le lien entre ces deux fonctions.

Quelle fonction attribuer alors à l'*Ombudsman* ?

VERS UNE DÉFINITION FONCTIONNELLE DE L'OMBUDSMAN

L'*Ombudsman* ne doit pas, à notre sens, être exclusivement défini en fonction des pouvoirs du Parlement, du Gouvernement ou du juge. En effet, une définition fondée exclusivement sur le rôle de ces acteurs, est « fragile » puisque vidée de son contenu s'ils

39. Reif (L.C.), *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden, Boston, International Studies in Human Rights, vol. 79, Martinus Nijhoff, 2004, p. 3.

40. *Op.cit.*, p. 99.

41. Delaunay (B.), *Le médiateur de la République*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1999, p. 64.

42. Sabourin (P.), « Recherches sur le notion de mal administration dans le système français », *AJDA*, septembre 1974, p. 396.

43. Jacoby (D.), in *La Médiation : quel avenir ?*, *op.cit.*, p. 58.

modifient, dans la pratique, leurs champs d'action. L'*Ombudsman* ne sera donc pas ici défini comme un instrument de contre-pouvoir ou de contrôle parlementaire. De même, la question du rapport avec le droit de pétition, pour intéressante qu'elle soit, ne rentre pas en ligne de compte. Nous n'adopterons pas non plus une vision « franco-française », qui associe automatiquement l'*Ombudsman* à la question des autorités administratives indépendantes⁴⁴.

L'institution ne sera pas non plus définie comme un moyen alternatif de règlement des litiges⁴⁵ : une définition négative, axée uniquement sur l'engorgement et la résultante lenteur des décisions juridictionnelles, se résumerait, comme le souligne M. Legrand, en un « dilemme simpliste auquel on a trop souvent voulu résoudre le débat sur l'instauration d'un *Ombudsman* dans un pays donné. Le fait qu'existe ou non une juridiction administrative chargée de contrôler l'administration n'est bien souvent qu'un élément partiel du problème »⁴⁶.

La conciliation d'intérêts comme fonction directrice

La fonction de l'*Ombudsman* est de rechercher et proposer une solution à un conflit d'intérêts impliquant, et non pas opposant, administration(s) et citoyen(s).

En effet, l'intérêt général n'est pas le strict opposé de l'intérêt individuel ; l'intérêt du citoyen peut être personnel, mais aussi collectif et porter l'intérêt d'un groupe ou de toute la société (administration incluse). Il ne s'agit pas d'une « lutte d'intérêts » se soldant par la victoire de l'un sur l'autre, mais bien de la recherche du juste équilibre se soldant par la réparation d'un préjudice.

Ce préjudice peut être subi par le citoyen ou l'administration (voire les deux), bien que formellement, l'administration ne puisse pas saisir l'*Ombudsman*.

La notion de médiation revêt ici un intérêt particulier. Celle-ci fait l'objet de bien des définitions dans de nombreux domaines⁴⁷. Son acception généralement admise est bien résumée sous la plume de Mme Guillaume-Hoffnung : « processus ternaire de création mentale (individuelle ou collective) ou de dépassement d'une situation binaire (d'inertie ou d'opposition) opérant grâce à l'action d'un élément tiers »⁴⁸.

44. CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail, Rec.*, p. 303. Dans cet arrêt, le Conseil qualifie le Médiateur d'« autorité administrative ». La réforme de 1989 lui confère le statut d'autorité indépendante. Sans prétendre à l'exhaustivité, voir à ce sujet : Costa (J.P.), « Le Médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative indépendante ? », *AJDA*, 1987, p. 343 ; Mescheriakoff (A.S.), « La place du Médiateur dans les institutions françaises : un bilan de dix ans d'existence », *RFAP*, n° 27, juillet-septembre 1983, p. 533 ; Gaudemet (Y.), « Toujours à propos du médiateur... », *AJDA*, 1987, p. 520.

45. Optique adoptée par la majorité de la doctrine. Sans prétendre à l'exhaustivité, citons : González Pérez (J.), « Nuevos sistemas de control de la Administración Pública », *REDA*, n° 22, juillet-septembre 1979, p. 399-428 ; Pierot (R.), « Le médiateur, rival ou allié du juge administratif ? », in *Mélanges en l'honneur de Marcel Waline*, T.II, 1974, p. 683 ; Questiaux (N.), « Countries with a system of administrative Courts », in Rowat (D.C.), *op. cit.*, p. 217 ; Costa (J.P.), « Le médiateur et la section du rapport et des études du Conseil d'État », *RA*, 1985, p. 543 ; Partington (M.), « La résolution des plaintes des citoyens-Les alternatives aux litiges-Le point de vue de la Common Law », in *Les solutions alternatives...op. cit.* ; Braibant (G.), « Les rapports du médiateur et du juge administratif », *AJDA*, juin 1977, p. 283.

46. Legrand (A.), *Une institution universelle : L'Ombudsman ?*, *RIDC*, 1973, 851. Voir également : Legrand (A.), « Médiateur ou Ombudsman ? », *AJDA*, n° 5, mai 1973, p. 229.

47. Sans prétendre à l'exhaustivité, citons, s'agissant de la France : *Revue française d'administration publique*, numéro spécial novembre-décembre 1992, p. 561 (notamment : Pelletier (J.), « 20 ans de médiation à la Française ») ; Boumakani (B.), « La médiation dans la vie administrative », *RDP*, 2003, p. 866.

48. Guillaume-Hoffnung (M.), « Les modes alternatifs de règlement des litiges : La médiation », *AJDA*, janvier 1997, p. 30. Du même auteur : *La médiation*, Paris, PUF, 3^{éd.}, 2005.

Comme le rappelle M. Jarrosson au sujet du Médiateur de la République, *mediare* signifie certes « celui qui s'interpose » ; mais le radical *med* souvent traduit par penser, réfléchir, s'interpréterait également, dans un sens dérivé, comme « peser, mesurer, jauger »⁴⁹.

L'*Ombudsman* n'est donc pas seulement un intercesseur « physique » ou un moyen alternatif de règlement des litiges ; sa fonction doit aussi être analysée au regard d'une définition matérielle de la médiation, consistant pour M. Chrétien en la recherche d'un équilibre entre « éthique administrative et droit positif »⁵⁰. Pour M. Mescheriakoff (rejoint par Mme Delaunay), le Médiateur de la République est un « régulateur de la fonction administrative »⁵¹.

La recherche de cet équilibre se réalise au travers d'une supervision de l'action de l'administration.

*L'objet du contrôle*⁵² : l'action de l'administration

L'*Ombudsman* supervise non seulement les actes de l'administration, mais aussi ses prises de position, ses attitudes, son comportement ; c'est-à-dire, comme nous l'entendons ici, son action.

Il faut donc pour cela adopter une approche fonctionnelle de l'administration. Comme le souligne M. Falzone à propos du devoir de bonne administration, l'administration doit être définie uniquement au travers de l'exercice de ses fonctions et non au regard de l'énoncé théorique de ces dernières (ce qui amène l'auteur à qualifier la bonne administration de « devoir fonctionnel »)⁵³.

L'administration désigne ici l'exécution matérielle des décisions politiques ou juridiques (bien entendu par une personne publique comme privée ou autre). Par conséquent, l'*Ombudsman* contrôle l'administration de la justice ; il ne contrôle pas les décisions de justice. De même, il supervise l'administration du gouvernement ; et non ses choix purement politiques.

Quel est alors le contenu de ce contrôle ?

Un contrôle « administratif »

Les normes de référence du contrôle social évoquées par M. Marcou s'avèrent ici d'une particulière utilité⁵⁴. Selon cet auteur, les normes du contrôle social sont aussi bien des normes juridiques que des principes « admis comme des normes de bonne adminis-

49. Jarrosson (C.), « Le Médiateur : questions fondamentales », in Centre français de droit comparé, Centre français de commerce extérieur, *Les médiateurs en France et à l'étranger*, Paris, Société de législation comparée, 2001, p. 15.

50. Chrétien (P.), « 1973-1983, Dix ans de médiation », *RDP*, 1983, p. 1259.

51. Mescheriakoff (A.S.), « La place du Médiateur dans les institutions françaises : un bilan de dix ans d'existence », *RFAP*, n° 27, juillet-septembre 1983, p. 533. Delaunay (B.), *op.cit.*, p. 33.

52. Le terme « contrôle » est ici employé au sens large : il ne s'agit pas d'un contrôle purement juridique. C'est également l'optique adoptée par Varela Suanzes-Carpegna (J.), « La naturaleza jurídica del defensor del pueblo », *REDC*, n° 8, mai-août 1983, p. 69.

53. Falzone (G.), *Il dovere di buona amministrazione*, Milan, Giuffrè, 1953, p. 54.

54. Marcou (G.), « Le contrôle sociale de l'administration », in Braibant (G.), Letowski (J.), Wiener (C.), *Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest*, Paris, CNRS, 1985, p. 220.

tration » ou « normes imaginaires », (c'est-à-dire une « création de l'imaginaire collectif d'un groupe, sur la base de l'expérience des sujets de droit qui la composent »⁵⁵).

De même, les normes de référence de l'*Ombudsman* ne se résument pas aux normes juridiques ; la mixité de leur nature (norme juridique, principes généraux, principes non écrits, norme « imaginaire »...) lui confère son identité propre.

On pourrait donc à première vue qualifier le contrôle de l'*Ombudsman* de contrôle social. Cependant, une donnée fondamentale de l'institution nous en empêche : son caractère « a-politique », c'est-à-dire l'exclusion de toute considération politique de son contrôle. Il s'agirait d'un contrôle social traduisant la voix d'une opinion publique a-politique ; assez difficile à concevoir...

En gardant à l'esprit la mixité de la nature des normes de référence, la supervision de l'*Ombudsman* peut être qualifiée de « contrôle administratif ». Ce vocable a deux avantages. Tout d'abord, il permet de délimiter l'objet du contrôle : l'action de l'administration. De plus, il confère à ce contrôle une nature « administrative », par opposition à celle politique ou juridique⁵⁶.

Ce contrôle se réalise au travers de deux tâches consubstantiellement liées : le règlement d'un litige concret (pouvoir en général appelé « recommandation »), d'une part, et d'autre part, la critique des lois (pouvoir de proposition de réforme législative, et dans certains cas, pouvoir de saisine de la Cour constitutionnelle).

La répétition de préjudices et donc de plaintes générées par le même « mal » amène l'*Ombudsman*, par un processus de généralisation, à l'évaluation de la loi. L'*Ombudsman* incarne donc la dialectique entre intérêt individuel et général.

Breve référence aux pouvoirs de l'*Ombudsman*

Afin d'exercer son rôle, l'*Ombudsman* dispose d'une particulière liberté quant à son mode d'action. Il mène son enquête selon sa propre volonté et suivant sa propre méthode, de manière informelle. Cette flexibilité d'action est le pendant de la mixité des normes de référence du contrôle administratif. L'*Ombudsman* dispose d'un accès particulièrement ouvert aux documents administratifs (le refus de collaborer de l'administration comme du citoyen pouvant dans certains cas être constitutif d'un délit). Ainsi, comme le souligne M. Legrand, « l'originalité essentielle de l'institution réside cependant dans la conciliation entre cette non-appartenance à l'administration et les capacités étendues d'information dont bénéficie l'*Ombudsman* »⁵⁷.

Cette liberté d'action a pour principal revers le devoir d'impartialité et d'indépendance par rapport à l'administration contrôlée, mais aussi, et surtout, l'absence de caractère coercitif des décisions de l'*Ombudsman*.

Cette absence de force coercitive, qui constitue souvent le critère de base des définitions négatives, n'est en réalité que le contrepoids, et peut-être même la cause, de cette liberté d'action, aussi bien sur le plan pratique (communication des documents, audition, etc.) qu'« intellectuel » (« créativité » des normes de référence fondées sur l'expérience des sujets de droit). Comme le résume M. Legrand, « l'*Ombudsman* doit

55. L'auteur se réfère à Arnaud (A.J.), « L'avant-dire droit législatif- contribution à une sociologie de la création de la norme juridique », *Doc. ronéo. pour le colloque franco-soviétique de sociologie du droit*, Moscou, 1978, C.N.R.S., Ivry, 1978, p. 3, p. 16-20.

56. Le « contrôle de l'administration » désigne l'« opération de vérification de la correction des actes de l'administration par rapport aux règles de forme et de fond auxquelles ces actes sont assujettis ; fonction qui correspond à cette opération » : Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 6^e éd. 2004, p. 232.

57. Legrand (A.), « Médiateur et « Ombudsman » : un problème mal posé », *op. cit.*, p. 6.

déranger l'administration, faute de quoi son existence serait inutile ; mais il ne doit pas la déranger trop, faute de quoi son activité s'avèrerait vite impossible »⁵⁸.

*
* *

Au terme de cette brève et modeste réflexion, l'*Ombudsman* peut être défini comme une institution chargée de contrôler en toute indépendance l'action de l'administration en vue de mettre fin à un conflit d'intérêts impliquant administration(s) et citoyen(s), par un pouvoir de recommandation et de proposition de réforme sans force coercitive.

Cette tentative de définition, qui n'est qu'une proposition, peut décevoir. D'autres fonctions peuvent en effet être retenues, suivant les caractéristiques nationales. On peut aussi lui reprocher sa trop grande abstraction, son imprécision, voire même son inutilité. Mais c'est la recherche du juste équilibre qui nous semble être à la base d'une définition fonctionnelle de l'*Ombudsman*, catalyseur des intérêts en conflit. C'est également le processus d'abstraction, partant de cas de « maladministration » (pouvoir de recommandation) pour ériger des principes de bonne administration (pouvoir de proposition de réforme) qu'il convient de retenir⁵⁹. Car c'est ainsi que pourra être mise en valeur non seulement l'utilité pratique de l'*Ombudsman*, mais aussi son utilité « conceptuelle » pour le discernement de notions ambiguës telles que la « bonne » et la « maladministration ».

58. *Ibid.*, p. 9.

59. Sur le passage des cas de maladministration aux principes de bonne administration, voir : Paul Magnette, « Between parliamentary control and the rule of law : the political role of the Ombudsman in the EU », *Journal of European Public Policy*, vol. 10, octobre 2003, n° 5, p. 684 (s'agissant du Médiateur européen) et Harlow (C.), « Ombudsmen in Search of a Role », *Modern Law Review*, vol. 41, 1978, 446, (concernant le *Parliamentary Commissioner for Administration*). Pour preuve du caractère fondamental du pouvoir de réforme dans la définition de l'Ombudsman : « L'évolution prononcée de son activité [médiateur français] vers les réformes administratives conduit à s'interroger sur son degré d'appartenance, à terme, à la famille des ombudsmans » : Legrand (A.), Marcou (G.) et Wennergren (B.), *op. cit.*, p. 144.