

Commentaire de la décision n° 2011-626 DC – 29 mars 2011

Loi organique relatif au Défenseur des droits

Le Premier ministre a transmis au Conseil constitutionnel, le 15 mars 2011, la loi organique relative au Défenseur des droits en application du dernier alinéa de l'article 46 de la Constitution et du premier alinéa de son article 61. Le projet de loi organique, qui était accompagné d'un projet de loi ordinaire, avait été délibéré en conseil des ministres le 9 septembre 2009, adopté en première lecture par le Sénat et l'Assemblée nationale les 3 juin 2010 et 18 janvier 2011 et en deuxième lecture les 2 février et 8 mars 2011. Après la réunion d'une commission mixte paritaire tenue le 9 mars, les deux lois avaient été définitivement adoptées le 15 mars.

Après avoir vérifié que la loi organique avait été adoptée selon une procédure conforme aux trois premiers alinéas de l'article 46 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 29 mars 2010, déclaré l'ensemble de cette loi organique conforme à la Constitution en assortissant toutefois la déclaration de conformité des articles 2, 11 et 29 de plusieurs réserves d'interprétation. Il a, en outre, déclaré que les articles 37 et 39 ne relèvent pas de la loi organique.

I. – Le fondement de la loi organique : l'article 71-1 de la Constitution.

Le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, dit « Comité Balladur », avait proposé « *d'instituer un Défenseur des droits fondamentaux* ». Il s'agissait de s'inspirer du « *succès rencontré en Espagne par le Défenseur du peuple* » (article 55 de la Constitution espagnole). À cet effet, le comité avait souhaité la transformation du Médiateur de la République, créé par la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, en Défenseur des droits fondamentaux. Celui-ci se serait également « *substitué à l'ensemble des autorités administratives indépendantes qui œuvrent dans le champ de la protection de libertés et recevant autorité sur ceux de leurs services qui seraient appelés à subsister* ».

Selon les propositions du « comité Balladur », le « *Défenseur des droits fondamentaux* » aurait été élu pour un mandat de six ans non renouvelable par l'Assemblée nationale à la majorité des trois cinquièmes. Il serait intervenu sur réclamation des intéressés, sans filtre parlementaire ou de sa propre initiative. Il

aurait également pu saisir le Conseil constitutionnel d'une loi non encore promulguée.

Le comité Balladur proposait le texte suivant pour l'article 78 nouveau de la Constitution :

« Le Défenseur des droits fondamentaux veille à leur respect à son initiative ou sur saisine de toute personne.

« Sur réclamation des intéressés, il s'assure également du bon fonctionnement des organismes investis d'une mission de service public.

« Il formule recommandations et mises en demeure dans les cas et selon les procédures précisées par une loi organique. Celle-ci peut lui confier des pouvoirs de décision, de médiation ou de transaction dans les conditions qu'elle définit.

« Le Défenseur des droits fondamentaux peut saisir le Conseil constitutionnel dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 61.

« Il ne peut intervenir dans une procédure juridictionnelle ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle.

« Il rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement.

« Il est élu pour un mandat de six ans non renouvelable par l'Assemblée nationale statuant à la majorité des trois cinquièmes. »

Dans son projet de loi constitutionnelle délibéré en conseil des ministres le 23 avril 2008, le Gouvernement avait retenu un projet de texte sensiblement différent. Le nouvel article 71-1 de la Constitution était alors ainsi rédigé :

« Article 71-1 – Toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public peut, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique, adresser une réclamation au Défenseur des droits des citoyens.

« Une loi organique définit les modalités d'intervention du Défenseur des droits des citoyens, ainsi que les autres attributions dont il est investi. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté pour l'exercice de certaines de ses attributions.

« Le Défenseur des droits des citoyens est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable après application de la

procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique. »

Les travaux parlementaires n'ont modifié et précisé cet article 71-1 qu'à la marge. En premier lieu, la nomination par le chef de l'État après application de la procédure de l'article 13 est demeurée inchangée. En deuxième lieu, son champ d'action n'a été que marginalement amendé. L'objectif demeure de permettre une saisine par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public. Il a été précisé qu'il s'agit de veiller au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. En troisième lieu, la principale modification est venue de la multiplication des renvois à la loi organique. Dans sa version finale, l'article 71-1 renvoie ainsi à la loi organique à cinq reprises :

- pour l'attribution au Défenseur des droits de compétences à l'égard d'organismes de droit privé,
- pour la fixation des conditions de sa saisine,
- pour la définition de ses attributions et des modalités de son intervention,
- pour la détermination des conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collègue en vue de l'exercice de certaines de ses attributions,
- enfin pour la fixation des incompatibilités.

Unique article du Titre XI *bis* intitulé : « Le Défenseur des droits », l'article 71-1 de la Constitution dispose :

« Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.

« Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office.

« La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collègue pour l'exercice de certaines de ses attributions.

« Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique.

« Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement. »

II. – La conformité à la Constitution de la loi organique.

La loi organique comprend cinq titres :

- Titre I : Dispositions générales (articles 1^{er} à 3).
- Titre II : Dispositions relatives aux compétences et à la saisine du Défenseur des droits (articles 4 à 10).
- Titre III : Dispositions relatives à l'intervention du Défenseur des droits (articles 11 à 36).
- Titre IV : Dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur des droits (articles 37 à 39).
- Titre V : Dispositions finales (articles 40 à 44).

A. – Le titre I^{er} portant dispositions générales relatives au Défenseur des droits (articles 1^{er} à 3)

Le titre I^{er} de la loi organique comprend les dispositions destinées à assurer au Défenseur des droits l'indépendance nécessaire à l'exercice de ses fonctions.

1. - Article 1^{er} : nomination du Défenseur des droits

L'article 1^{er} de la loi organique soumise à l'examen du Conseil précise les modalités de nomination du Défenseur des droits.

Ainsi, il complète la disposition constitutionnelle de l'article 71-1 relative à la procédure de nomination : celle-ci se fait en application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution, c'est-à-dire par le Président de la République après avis des commissions permanentes compétentes de chaque assemblée. L'article 4 de la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution prévoit d'ores et déjà qu'est compétente la commission chargée des lois constitutionnelles de chaque assemblée¹.

D'une part, l'article 1^{er} de la loi organique précise que la nomination sera acquise par décret en conseil des ministres.

D'autre part, il prévoit que la cessation des fonctions, avant le terme du mandat de six ans, ne pourra intervenir que sur la demande de l'intéressé ou en cas d'empêchement. Cette disposition reprend la deuxième phrase de l'article 2 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, aux termes de laquelle « *il ne peut être mis fin à ses fonctions avant l'expiration du délai qu'en cas d'empêchement constaté dans des conditions définies par décret en Conseil d'État* ».

2. - Article 2 : indépendance pour l'exercice de ses fonctions

Afin de garantir l'indépendance du Défenseur pour l'exercice de ses fonctions, l'article 2 instaure un régime d'immunité pour ses opinions et ses actes et confirme son indépendance à l'égard de toute autorité.

a) La qualification d'autorité constitutionnelle indépendante

L'article 2, alinéa 1^{er}, dispose que le Défenseur des droits « *ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction* ». Il innove également en le qualifiant d'« *autorité constitutionnelle indépendante* ». Cette qualification revient à préciser que le Défenseur des droits constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution.

Elle n'a cependant pas pour effet, comme le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision du 29 mars 2011, de transformer le Défenseur des droits en « *pouvoir public constitutionnel* ».

¹ Décision n° 2010- 610 DC du 12 juillet 2010, *Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*, cons. 5.

Seule cette qualification permet d'appliquer à une institution le principe de l'autonomie financière, « *lequel relève du respect de la séparation des pouvoirs* », selon les termes utilisés par le Conseil dans sa décision sur la loi organique relative aux lois de finances (LOLF)².

Cette qualité est réservée à la Présidence de la République, à l'Assemblée nationale, au Sénat, au Conseil constitutionnel, à la Haute Cour de justice et à la Cour de justice de la République. Récemment le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'écartier cette qualification à propos du Conseil supérieur de la magistrature (CSM)³. Ainsi, au même titre que le Conseil d'État, la Cour des comptes, le Conseil économique, social et environnemental ou le CSM, le Défenseur des droits ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle de l'autonomie financière au titre de la séparation des pouvoirs.

b) La portée de l'immunité attribuée au Défenseur des droits

L'article 2, alinéa 2, introduit la notion d'« *adjoints* » du Défenseur des droits. Cette notion ne figure pas dans l'article 71-1 de la Constitution qui prévoit que le Défenseur soit assisté par un « collège ». Cette notion ne figurait pas davantage dans le projet de loi initial du Gouvernement. Elle a été introduite au Parlement à l'occasion du débat sur la suppression des autorités administratives indépendantes « absorbées » par le Défenseur des droits. Les renvois à la loi organique de l'article 71-1 de la Constitution rendent possible cette modalité d'organisation.

Se posait, en revanche, la question de la portée de l'immunité accordée au Défenseur et à ses adjoints en ces termes : « *Le Défenseur des droits et ses adjoints ne peuvent être poursuivis, recherchés, arrêtés, détenus ou jugés à l'occasion des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions.* »

Comme il l'a fait dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel a rappelé que « *nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé* »⁴.

Dans sa décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, il s'est assuré qu'une conciliation constitutionnelle est opérée entre l'indépendance du Défenseur des

² Décisions n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances (LOLF)*, cons. 25 ; n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, cons. 47.

³ Décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'article 65 de la Constitution*, cons. 13.

⁴ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (CSA)*, cons. 9.

droits et de ses adjoints, garantie par l'article 71-1 de la Constitution, et ce principe de responsabilité personnelle.

Pour ce faire, il a émis une double réserve :

– l'immunité pénale reconnue au Défenseur des droits et à ses adjoints ne saurait s'appliquer qu'aux opinions qu'ils émettent et aux actes qu'ils accomplissent « *pour l'exercice de leurs fonctions* » ; tout acte détachable de cet exercice doit nécessairement échapper à l'immunité ;

– l'immunité ne saurait exonérer le Défenseur des droits et ses adjoints des sanctions encourues en cas de méconnaissance des règles prévues par les articles 20 et 29 de la loi organique, sur les secrets protégés par la loi, et par son article 22, sur la protection des lieux privés.

L'article 20 instaure un régime de communication des informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission par le Défenseur des droits. Il peut ainsi « *recueillir sur les faits portés à sa connaissance toute information qui lui apparaît nécessaire sans que son caractère secret ou confidentiel puisse lui être opposé, sauf en matière de secret concernant la défense nationale, la sûreté de l'État ou la politique extérieure. Le secret de l'enquête et de l'instruction ne peut lui être opposé.* »

L'article 29 prévoit que le Défenseur des droits peut saisir l'autorité disciplinaire compétente pour des faits constatés dans l'exercice de ses fonctions et lui paraissant justifier une sanction. Le Défenseur des droits peut établir un rapport spécial qui est communiqué à l'autorité disciplinaire. Il peut, selon des modalités qu'il détermine, rendre public ce rapport avec la réponse de cette autorité, afin de respecter le principe du contradictoire. La réserve impose ainsi au Défenseur, à peine de poursuites, de ne pas rendre publiques les informations couvertes par les secrets protégés par la loi.

L'article 22 détermine les conditions dans lesquelles le Défenseur des droits peut procéder à des vérifications sur place dans des locaux administratifs ou privés, relevant des personnes publiques ou privées mises en cause. L'immunité qui lui est accordée ne peut lui permettre d'échapper aux poursuites qui résulteraient d'une méconnaissance des conditions posées par cet article.

Sous ces deux réserves, le Conseil constitutionnel a jugé l'article 2 de la loi organique conforme à la Constitution.

3. - Article 3 : incompatibilités

L'article 3 de la loi organique fixe les incompatibilités en application du quatrième alinéa de l'article 71-1 de la Constitution qui renvoie, à cet effet, à la loi organique.

Ces incompatibilités sont strictes. En premier lieu, pour les activités professionnelles, sont reprises les interdictions de tout autre emploi public ou activité professionnelle, qui étaient applicables au Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵. S'y ajoute l'interdiction de tout mandat social : président ou membre de conseil d'administration. Enfin, a été conservée la disposition du projet de loi organique initial interdisant tout mandat électif. Tout mandat local est donc interdit, ce qui va plus loin qu'actuellement pour le Médiateur, le Défenseur des enfants ou le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Dans ces derniers cas, un mandat local peut être exercé s'il était détenu avant la nomination.

Le Conseil constitutionnel a déclaré l'ensemble des dispositions du titre I^{er} conformes à la Constitution sous les deux réserves applicables à l'article 2 de la loi organique.

B. – Le titre II relatif aux compétences et à la saisine du Défenseur des droits (articles 4 à 10)

Le titre II ne posait pas de problème de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a donc reconnu conforme à la Constitution :

– l'article 4 qui précise les missions du Défenseur des droits en application du troisième alinéa de l'article 71-1 de la Constitution et notamment celles relevant jusqu'à présent du Médiateur de la République (créé par la loi du 3 janvier 1973), du Défenseur des enfants (créé par la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000), de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE créée par la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004) et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS créée par la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000) ;

– l'article 5 qui permet la saisine directe du Défenseur des droits, c'est-à-dire sans filtre parlementaire, par la personne dont les droits ou libertés sont en cause ainsi que par ses ayants droit ;

– l'article 6 qui est relatif aux conditions et aux effets de la saisine ;

⁵ Quatrième alinéa de l'article 2 de la loi n°2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

– l'article 7 qui conserve, à côté de la saisine directe, la possibilité de saisine du Défenseur des droits par un parlementaire et instaure en outre la saisine par le Médiateur européen ou par un « *homologue étranger* » ;

– l'article 9 qui traite des relations avec les autorités indépendantes investies d'une mission de protection des droits et libertés et qui ne sont pas absorbées : la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), étant précisé que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté n'est pas non plus supprimé ;

– et l'article 10 qui pose l'incompétence du Défenseur des droits pour connaître des différends entre personnes publiques et pour les différends entre une personne publique et l'un de ses agents.

C. – Le titre III relatif à l'intervention du Défenseur des droits (articles 11 à 36)

Le titre III de la loi organique est relatif à l'intervention du Défenseur des droits. Il est composé de trois chapitres. Le premier, qui comprend les articles 11 à 17 est relatif aux collèges et aux adjoints du Défenseur des droits. Le deuxième, qui comprend les articles 18 à 23, est, relatif aux moyens d'information du Défenseur des droits et le troisième, qui comprend les articles 24 à 36 est relatif aux pouvoirs du Défenseur des droits. Le Conseil a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution. Les dispositions du chapitre I^{er} ont donné lieu à des développements particuliers et à une réserve d'interprétation. Le Conseil constitutionnel a également formulé des réserves d'interprétation sur l'article 29.

A. – Les collèges et les adjoints

Le projet de loi organique du Gouvernement prévoyait que le Défenseur des droits « *consulte* » un collège composé de trois personnalités lorsqu'il intervient en matière de déontologie de la sécurité. Il en allait de même avec un autre collège qu'il « *consulte* » lorsqu'il intervient en vue de protéger les droits d'un enfant. Les membres de ces collèges étaient nommés par le Président de la République et le président de chaque assemblée.

La loi organique soumise au Conseil constitutionnel définit un équilibre différent. D'une part, le Défenseur des droits est désormais doté d'adjoints. D'autre part, les collèges ont vu leur rôle évoluer.

L'article 71-1 de la Constitution confie personnellement au Défenseur des droits le rôle de veiller au respect des droits et libertés. Il renvoie seulement à la loi

organique le soin de déterminer « *les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions* ». Ce renvoi ne peut pas permettre à la loi organique de réduire les attributions du Défenseur des droits. Le Conseil a donc veillé, en premier lieu à ce que la mise en œuvre de cette assistance par les collèges ne méconnaisse pas l'article 71-1 de la Constitution.

L'article 11 institue tout d'abord trois « adjoints du Défenseur des droits » :

« – un Défenseur des enfants, vice-président du collège chargé de la défense et de la promotion des droits de l'enfant, choisi pour ses connaissances ou son expérience dans ce domaine ;

« – un adjoint, vice-président du collège chargé de la déontologie dans le domaine de la sécurité, choisi pour ses connaissances ou son expérience dans ce domaine » ;

« – un adjoint, vice-président du collège chargé de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité, choisi pour ses connaissances ou son expérience dans ce domaine. »

Le paragraphe II de l'article 11 précise :

« Les adjoints sont placés auprès du Défenseur des droits et sous son autorité.

« Le Défenseur des droits peut déléguer ses attributions à ses adjoints, dans leur domaine de compétence (...).

« Chaque adjoint peut suppléer le Défenseur des droits à la présidence des réunions du collège dont il est le vice-président et le représenter, dans son domaine de compétence (...). »

L'institution de ces adjoints fait suite au rapport du « comité Balladur » qui avait estimé que, « *compte tenu de l'ampleur prévisible de la tâche qui incombera au Défenseur des droits fondamentaux, la même loi organique pourra prévoir que des Défenseurs adjoints l'aident à sa mission* ».

La présence de ces adjoints fait, d'une certaine façon, demeurer les autorités administratives supprimées. C'est particulièrement net pour l'un des adjoints qui va conserver le titre de « Défenseur des enfants ». Si elle n'est pas synonyme de simplification, cette organisation n'est pas pour autant contraire à l'article 71-1 de la Constitution. En effet, la loi organique ne confère aucune attribution en propre à ces adjoints, à l'exception de la vice-présidence du collège compétent

dans leur domaine. Pour le reste, ils sont placés sous l'autorité du Défenseur des droits ; c'est ce dernier qui décide ou non de leur déléguer des attributions. Comme le soulignait le garde des sceaux : « *Les adjoints n'ont donc pas d'existence constitutionnelle ; le projet de loi organique les prévoit pour aider le Défenseur dans son travail mais ils ne seront que ses collaborateurs* »⁶. Le Conseil a relevé à cet égard qu'il s'agit d'une délégation qui ne dessaisit pas le Défenseur des droits de ses attributions.

S'agissant de la nomination des adjoints. Elle est effectuée par le Premier ministre « sur proposition » du Défenseur des droits. Ceci résulte d'un amendement du Gouvernement adopté en seconde délibération lors de la première lecture au Sénat. Le Conseil constitutionnel a estimé que ce pouvoir de nomination du Premier ministre préserve l'indépendance constitutionnelle du Défenseur des droits qui peut seul proposer une nomination. Il a également estimé que cette indépendance implique que le Premier ministre mette fin aux fonctions des adjoints sur la proposition du Défenseur des droits. Le Premier ministre ne saurait, sans que cela porte atteinte à l'indépendance du Défenseur des droits, lui interdire de se défaire d'un adjoint. Le Conseil constitutionnel a donc formulé une réserve en ce sens.

Outre l'institution de ces trois adjoints, le titre III de la loi organique (articles 12 et 15) met en place des « *collèges* » qui « *assistent le Défenseur des droits* ». Ces collèges sont au nombre de trois (déontologie de la sécurité, défense des enfants, lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité). Leur composition a été profondément modifiée lors des débats parlementaires. Elle recrée désormais largement les collèges des AAI supprimées (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité – HALDE – et Commission nationale de déontologie de la sécurité – CNDS). Ils comprennent huit à dix membres, dont deux ou trois nommés par chaque président d'assemblée et, selon les collèges, des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes.

Le Défenseur des droits est ainsi entouré d'adjoints et de collègues. Ces collègues se bornent à assister le Défenseur des droits comme le prévoit l'article 71-1 de la Constitution. À cet égard, un alinéa, ajouté en cours de discussion par le Sénat, aux articles 13, 14 et 15 disposait : « *Le Défenseur des droits peut demander au collègue une seconde délibération. Il ne peut s'écarter des avis émis par le collègue qu'après lui avoir exposé ses motifs.* » Cependant cet alinéa a finalement été supprimé. Le Défenseur des droits n'a plus à se justifier s'il ne veut pas suivre l'un de ses collègues et il n'est pas lié par leur délibération.

⁶ Assemblée nationale, rapport n° 2991 et 2992, p. 80.

Le texte finalement adopté impose seulement au Défenseur des droits de consulter les collègues « *sur toute question nouvelle* ». Le Conseil a relevé que le Défenseur des droits est seul compétent pour convoquer les collègues, fixer l'ordre du jour et apprécier les questions nouvelles qu'il doit soumettre à leur avis.

Au total, les collègues se bornent bien à assister le Défenseur des droits. Comme le soulignait le garde des Sceaux : « *Le Défenseur des droits étant le seul titulaire de la mission et l'unique dépositaire de l'autorité définie à l'article 71-1 de la Constitution, les collègues ne sauraient être considérés comme des autorités collégiales, leur mission consistant à l'assister et à éclairer son action par leurs avis facultatifs : il n'est pas question de mettre en place une procédure de co-décision* »⁷.

B. – L'article 29

Les articles 25 à 36 énumèrent les diverses actions que le Défenseur des droits peut entreprendre, qu'il s'agisse de recommandations, d'actions de communication ou d'information, d'assistance de résolution amiable des différends ou de saisine des autorités compétentes pour prendre certaines décisions. À cet égard, l'article 29 permet au Défenseur des droits de saisir l'autorité disciplinaire compétente lorsque les faits dont il a connaissance lui paraissent justifier une sanction de cette nature.

Cet article prévoit que cette autorité informe le Défenseur des droits des suites réservées à la saisine. En outre, l'avant dernier alinéa permet au Défenseur des droits, s'il n'est pas satisfait des suites données, de faire un rapport spécial qu'il peut rendre public. Le dernier alinéa prévoit que l'alinéa précédent « *ne s'applique pas à la personne susceptible de faire l'objet de la saisine du Conseil supérieur de la magistrature prévue à l'avant-dernier alinéa de l'article 65 de la Constitution* ».

La question de la compétence du Défenseur des droits en matière de discipline des magistrats renvoie à une question que le Conseil constitutionnel a déjà jugée dans sa décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007. L'article 21 de la loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats⁸ prévoyait que toute personne pouvait saisir d'une réclamation le médiateur de la République lorsqu'elle considérait, à l'occasion d'une affaire la concernant, que le comportement d'un magistrat constituait une faute disciplinaire.

⁷ Assemblée nationale, rapport n° 2991 et 2992, p. 47.

⁸ Devenue la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

Dans une décision de 1990, le Conseil avait déjà jugé, sur le fondement des dispositions de l'article 64 de la Constitution, pour les magistrats de l'ordre judiciaire, et sur le fondement d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, pour les autres juridictions, que l'indépendance des juridictions et le caractère spécifique de leurs fonctions excluent tout empiétement d'autorités administratives⁹. Il avait ainsi émis une réserve quant au rôle de la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques par rapport au juge administratif¹⁰.

Dans sa décision du 1^{er} mars 2007, le Conseil avait jugé que l'intervention du Médiateur de la République, autorité administrative, dans une procédure disciplinaire visant un magistrat, laquelle pouvait être difficilement dissociable de l'instance, était constitutive d'un empiétement de l'administration sur une activité juridictionnelle. Il a donc censuré l'article 21 de la loi organique.

Comme le soulignait le Gouvernement dans ses observations formulées à l'invitation du Conseil constitutionnel, la disposition figurant à l'article 29 de la loi organique sur le Défenseur des droits n'a pas les mêmes effets que celle que le Conseil constitutionnel avait censurée dans sa décision du 1^{er} mars 2007 précitée. Le Conseil constitutionnel a toutefois précisé, par une réserve, les conditions dans lesquelles l'article 29 pourrait s'appliquer à la discipline des magistrats.

Le Conseil a en premier lieu rappelé le principe de séparation des pouvoirs et d'indépendance des juridictions, applicable tant aux magistrats de l'ordre judiciaire qu'à tous les juges quel que soit leur statut, en précisant qu'une autorité administrative ne peut empiéter sur les attributions des juridictions. Or, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé au considérant 5 de sa décision du 29 mars 2011, le Défenseur des droits, en dépit de son statut constitutionnel, est une autorité administrative.

Le Conseil a ainsi précisé que les compétences du Défenseur des droits ne pouvaient interférer avec les procédures propres à la discipline des magistrats et qui contribuent à leur indépendance. Le Conseil a notamment exclu une telle interférence avec le régime disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire qui

⁹ Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, cons. 6 et 7.

¹⁰ En rappelant que la position de la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques « lors de l'examen des comptes de campagne d'un candidat, ne saurait en aucune façon s'imposer au juge administratif; que celui-ci conserve toute liberté pour apprécier, au besoin par la voie de l'exception, si c'est à bon droit que la commission a constaté le dépassement par un candidat du plafond des dépenses électorales imposé par la loi et pour en tirer, le cas échéant, toutes conséquences de droit, notamment en ce qui concerne l'application des inéligibilités... »

obéit à des dispositions particulières fixées par l'article 65 de la Constitution : en application de cet article, les justiciables peuvent désormais saisir le Conseil supérieur de la magistrature. La saisine du Défenseur des droits ne peut constituer un moyen de contourner ou d'interférer dans la procédure mise en œuvre par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

Ainsi, le Défenseur des droits ne peut donner suite aux réclamations qui lui seraient adressées par des justiciables portant sur le comportement d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions. Les dispositions de l'article 29 ont pour seul effet de lui permettre d'aviser le ministre de la justice de faits découverts à l'occasion de l'accomplissement de ses missions et susceptibles de conduire à la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat. C'est sous ces réserves que le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 29 de la loi organique conforme à la Constitution.

D. – Le titre IV relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur des droits (articles 37 à 39)

Contrairement à l'article 63 de la Constitution qui dispose qu'« *une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations* » et à l'article 71 qui fait de même pour les « *règles de fonctionnement* » du Conseil économique, social et environnemental, l'article 71-1 ne comporte aucune exigence identique pour le Défenseur des droits.

Aussi, si le Conseil constitutionnel n'a pas remis en cause le caractère organique des règles de secret applicables au Défenseur des droits, règles fixées par l'article 38 et étendues à l'ensemble des personnels travaillant avec lui, il a constaté que ne relevaient pas du domaine de la loi organique l'article 37 relatif aux services du Défenseur des droits et l'article 39 portant sur le règlement intérieur et le code de déontologie. Il a déclaré les trois articles conformes à la Constitution.

E. – Le titre V portant dispositions finales (articles 40 à 44)

Le Conseil constitutionnel a également déclaré conformes à la Constitution :

- les articles 40 et 41 qui intègrent l’incompatibilité des fonctions de Défenseur des droits avec celles de membre du Conseil constitutionnel et de membre du Conseil supérieur de la magistrature dans les textes régissant ces institutions ;
- l’article 42 qui traite des inéligibilités applicables au Défenseur des droits ;
- l’article 43 qui procède à des coordinations avec diverses lois organiques ;
- l’article 44 qui fixe l’entrée en vigueur de la loi organique.