Intervention du Défenseur des droits, Jacques TOUBON, le 24 mai 2018 lors du séminaire annuel de l'ECRI à Strasbourg

Avant tout, je souhaite remercier la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance de son invitation me permettant d'intervenir sur la question de l'indépendance et de l'effectivité du Défenseur des droits, en lien avec les préconisations du titre VIII de la recommandation de politique générale n°2 de l'ECRI.

A titre liminaire, je souhaite rappeler que le Défenseur des droits a été créé par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante unipersonnelle, instituée par l'article 71-1 de la Constitution, issu de l'article 46, de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

Il est chargé de :

- défendre les droits et 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 ;
- défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ;
- veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ;
- et de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité.

Enfin, la [loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte](#) prévoit qu'il est également en charge « d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi, de veiller aux droits et libertés de cette personne ».

Par ailleurs, il a été désigné par le gouvernement pour assurer la mission de mécanisme de suivi indépendant de la mise en œuvre de la Convention internationale des droits des personnes handicapées au titre de l'article 33.2.

Que prévoit la loi organique pour assurer l'indépendance et l'effectivité *de jure*, et comment, depuis 7 années que l'institution existe désormais, ces principes ont-ils été vérifiés dans la pratique ?

I – Un statut du Défenseur des droits préservant son indépendance

1) Les Garanties d'indépendance *de jure*

Tout d'abord, le Défenseur des droits est institué par la Constitution. Cela signifie qu'une révision de la Constitution serait nécessaire s'il était question de supprimer le Défenseur des droits ou de modifier son appellation.

Ensuite, de façon générale, le texte de la loi organique semble « cocher » les principales « cases » des conditions d'indépendance énumérées dans la partie 8 de la RPG n°2 à l'exception peut-être de celle du paragraphe 23, qui préconise l'absence d'une influence décisive du pouvoir exécutif dans les différentes phases du processus de sélection.

En effet si le Défenseur nomme ses adjoints et recrute librement ses collaborateurs, il est lui-même nommé par le président de la République. Cependant la nomination n'est effective que si l'addition des votes négatifs dans chacune des commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat est inférieure au trois cinquièmes des suffrages exprimés.

Au-delà, les garanties de l'indépendance sont clairement posées :

- le mandat du Défenseur des droits est d'une durée de 6 ans, non renouvelable ;
- les fonctions de Défenseur des droits rendent son titulaire inéligible à des fonctions publiques électives ;
- ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement, du Conseil constitutionnel, du Conseil supérieur de la magistrature et du Conseil économique, social et environnemental ainsi qu'avec tout mandat électif, ce qui recouvre, outre les mandats politiques, tous mandats professionnels électifs ;
- dans l'exercice de ses fonctions, le Défenseur des droits ne reçoit aucune instruction ;
- sa personne est de même inviolable dans l'exercice de ses fonctions ainsi il ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions ;
- de surcroît, il ne peut être mis fin à ses fonctions que sur sa demande ou en cas d'empêchement dans des conditions définies par décret ce qui le rend inamovible.

Deux autres garanties, également préconisées dans la RPG n°2 de l'ECRI :

- le Défenseur des droits dispose d'une autonomie budgétaire qui lui est assurée par la loi de finances ;
- enfin, il perçoit un traitement égal au traitement afférent à la première catégorie supérieure des emplois de l'État classés hors échelle.

On peut donc l'affirmer, le législateur a multiplié les dispositions permettant d'assurer l'indépendance du Défenseur dans le texte.

2) L'indépendance *in concreto*

Sept ans après sa création, il apparaît que le Défenseur des droits est reconnu en France à la fois par les institutions nationales, mais également par les acteurs de la société civile pour son expertise et pour son indépendance.

L'institution a fait entendre sa voix devant toutes les autorités publiques, le Parlement et le gouvernement, que ce soit dans le cadre de la réforme législative, des politiques publiques ou de l'argumentation des exigences du droit européen devant les Cours suprêmes. Depuis 2011, il a pris position sur de nombreuses questions complexes en droit et peu consensuelles telles que les droits des Roms, les droits des migrants, l'application de l'état d'urgence suite aux attentats terroristes, les réformes de la procédure pénale en matière de lutte contre le terrorisme, la protection des données

personnelles , les contrôles de police discriminatoires, l'égalité salariale, les droits des personnes transgenres, les conditions de l'accès aux droits, etc ...

Sur l'ensemble de ces sujet, le Défenseur des droits est l'une des rares institutions françaises qui, dans les débats publics, fonde ses interventions sur l'argumentaire du droit quand le plus souvent dominant les discours reposant sur des logiques politiques. Porter la défense des droits fondamentaux est devenu un réel combat en France, mais nous ne nous attendions pas à ce que dans certains domaines, comme celui de droits fondamentaux des étrangers, il faille à ce point rappeler la légitimité de l'argumentaire juridique, face à la rhétorique du « principe de réalité ».

Malgré les prises de position du Défenseur en désaccord avec de nombreuses politiques mises en œuvre par les différents gouvernements qui se sont succédés, à ce jour, nous n'avons pas eu de tentatives d'ingérence des autorités publiques ou de mesures de représailles qui se seraient traduites par des réductions budgétaires disproportionnées.

Au-delà de la dimension essentielle des textes et de l'inscription de l'indépendance dans la loi, voire dans la constitution, c'est ensuite dans la pratique que se gagne l'indépendance, presque quotidiennement et dans le bon usage des pouvoirs qui ont été accordés à l'institution et dans son efficacité à remplir ses missions.

II – Une effectivité conditionnée par des pouvoirs importants largement utilisés

Le Défenseur des droits apporte une aide indépendante aux personnes qui le saisissent mais il peut également s'autosaisir.

A) Il dispose de pouvoirs importants pour assurer cette mission de protection.

- a) De larges pouvoirs d'investigation** assortis du pouvoir d'adresser des mises en demeure aux personnes qui refusent de lui communiquer des informations et de la possibilité de saisir le juge des référés, ou encore d'invoquer le délit d'entrave prévu par la loi.
- b) Des pouvoirs non contraignants largement utilisés :** Recommandation, médiation, accès au droit, consultation pour avis, communication et information, collaboration avec d'autres autorités.

a) Des pouvoirs très incitatifs plus rarement utilisés tels que le pouvoir d'injonction assorti de la publication d'un rapport spécial

b) Quelques exemples de pouvoirs peu communs au regard de ceux de ses homologues :

- **La transaction pénale pour les cas de discriminations** qui peut prévoir notamment une amende, une indemnisation de la victime, ou encore une publication (dans les locaux professionnels, dans la presse, au Journal officiel...).

- La demande de sanctions

En cas de discrimination par une personne physique (un individu) ou une personne morale (une association...) dont l'activité est soumise à une autorisation ou un agrément administratif, le Défenseur des droits peut demander à l'autorité administrative de prendre des sanctions.

- **Les observations devant le juge**

Le Défenseur des droits peut intervenir devant toutes les juridictions (tribunal, cour d'appel...), nationales et européennes, en tant qu'*amicus curiae* pour présenter son analyse du dossier.

Depuis sa création le Défenseur des droits, a présenté en moyennes 100 observations par an devant les tribunaux et a largement contribué au développement de la jurisprudence en matière de lutte contre les discriminations notamment en France.

A titre d'exemple; en 2016, la Cour de cassation a conclu à la responsabilité civile de l'Etat dans 5 cas de profilage racial, adoptant le raisonnement présenté par le Défenseur des droits dans ses observations relatives à la charge de la preuve et au devoir positif de l'Etat de prévenir discrimination de la part de la police.

Quelques chiffres pour 2017 sur les dossiers traités :

- 88 464 dossiers traités dont 5 405 saisines en raison de faits de discrimination et parmi lesquelles 17,6% fondées sur l'origine et 4,30% sur la religion ;
- 696 décisions et recommandations ont été rendues en 2017 ;
- 137 observations déposées devant les tribunaux et les analyses de nos avis ont été confirmées dans 76% des cas ;
- 136 recommandations et 48 propositions de réformes adressées aux pouvoirs public ;
- 14 avis ont été adressés au Parlement.

Dans de nombreux cas, les pouvoirs dont dispose le Défenseur des droits suffisent à apporter des réponses et des solutions aux personnes qui le saisissent. C'est particulièrement vrai dans un certain nombre de domaines relevant des relations entre usagers et services publics.

Cependant, sur un certain nombre de sujets graves relevant de violations de droits fondamentaux et de privations de libertés publiques, s'il peut être suivi par les tribunaux, il est régulièrement confronté à des fins non-recevoir de la part des pouvoirs publics. C'est l'une des grandes limites de l'exercice de notre indépendance et de notre efficacité.

B) Le Défenseur des droits peut mener des actions de promotion et des enquêtes indépendantes et publier des rapports indépendants

Chaque année, le Défenseur des droits publie des rapports indépendants adressés au gouvernement et au Parlement. En 2016, il a envoyé au Parlement 21 rapports de ce type et 11 rapports au gouvernement, dont quatre concernaient des questions de discrimination.

En 2017, il a publié plusieurs volets issus d'une grande enquête sur l'accès aux droits, à partir d'un échantillon de 5000 personnes présentant des résultats sur le ressenti en matière de discriminations:

- dans l'accès au logement,
- dans les relations entre la police et la population,
- dans les relations avec le service public.

Il s'agit d'un enjeu de connaissance stratégique à la fois pour la compréhension des situations vécues, de nos publics, ainsi que de nos publics potentiels mais qui ne nous saisissent pas. Le Défenseur des droits a également signé une centaine de partenariats, il dispose de 3 collèges consultatifs composés de 22 personnalités et réunit deux fois par an chacun de ses 8 comités de d'entente et de liaison composés de représentant de la société civile et de professionnels dans 8 de ses domaines d'intervention.

Il dispose également d'un service de formation.

Propos conclusifs

Je vous ai présenté dans cette intervention, les statuts et l'activité réelle du Défenseur des droits qui sont certes, en conformité avec la majorité des préconisations de la partie 8 de la RPG n°2 de l'ECRI.

Aussi me paraît-il essentiel que la RPG n°2 de l'ECRI soit largement appliquée dans les pays du Conseil de l'Europe et nous soutenons par ailleurs soutenons côté Bruxelles, la Commissaire Mme Jourova et ses service pour que soit établi un projet communautaire de recommandation de l'UE sur les standards des organismes de lutte contre les discriminations.

Enfin, je souhaiterais, pour conclure, vous livrer au de la question à proprement parler des « standards », deux sujets de préoccupation qui pourront alimenter la discussion qui suivra nos interventions :

- 1) Nos institutions reçoivent régulièrement de nouvelles missions, - cela a été le cas pour le Défenseur des droits, la dernière en date étant celle de la protection des lanceurs d'alerte -, et leur activité continue d'augmenter sensiblement sans que pour autant les moyens mis à leur disposition ne changent.
Et pourtant, nous le savons, si notre réponse aux réclamations reçues comporte quelque efficacité, d'efficacité, - sociale, pour ceux qui nous saisissent et politique, pour ceux qui, nous l'espérons, nous écoutent, - elle reste insuffisante et variable. Combien de personnes ne saisissent pas nos institutions ? Combien d'entre elles ont vu leur situation basculer dans la précarité ? Nous en avons une idée à travers les enquêtes que nous avons menées. Il s'agit d'autant de situations, non seulement qui ne sont pas portées à notre connaissance mais que nous ne pourrions traiter en l'état actuel et de la société et de nos moyens.
- 2) Au-delà des gardes fous prévus dans les lois, l'indépendance et l'effectivité réelles d'une institution dépendent d'une double volonté :
 - d'une part, du titulaire de la fonction et de son souhait d'investir cet espace institutionnel en dehors de toute tutelle, et de faire l'usage le plus stratégique possible des instruments juridiques, d'études et de communications mis à sa disposition,
 - d'autre part, de la volonté du pouvoir exécutif non seulement de respecter dans les faits l'indépendance de telles institutions mais également de véritablement prendre en compte les avis et décisions qui sont portées à sa connaissance.