

Intervention du Professeur Elise Poillot,
Professeur en droit civil à l'université du Luxembourg

Le Médiateur, garant de l'équité

Monsieur le Ministre, Monsieur le Président, Mmes et Messieurs les
Médiatrices et Médiateurs,

Je dois bien avouer que ma venue aujourd'hui m'a inspiré une certaine terreur, quand, prenant du recul, je me suis rendue compte de la portée de mon engagement. Mes collègues, moins inconscients ou plus intelligents que moi, voire les deux à la fois, ont accepté d'intervenir sur des sujets balisés, le Médiateur entre action préventive et action réparatrice pour le Professeur Hoffman, l'indépendance du Médiateur pour le Professeur Heuschling. Pour ma part, j'ai accepté, pour ne pas dire je me suis ruée, sur le sujet relatif à l'équité.

Serait-ce l'inconscience d'une privatiste, acceptant de venir traiter d'un sujet qui, dans la dichotomie classique de notre tradition juridique relève plutôt de la compétence des publicistes, ou bien l'attrait pour le thème de l'équité, thème qui fascine comme tout ce que l'on connaît sans pour autant réussir à le définir...

Me sont revenus en mémoire les termes d'Eisenman :

« Depuis qu'il y a des hommes sur la Terre, on discute sur ce qu'est l'équité », concept qui « hante le droit depuis ses origines » sans « qu'aient pu être unanimement établis sa définition et ses apports au droit positif ».

Pour ne rien arranger à mon état, me sont revenus quelques vagues souvenirs de mes cours d'histoire du droit, le fameux « *Dieu nous préserve de l'équité des Parlements* » et c'est tout juste si j'ai réussi à me rassurer en me rappelant que l'histoire de la Common Law est là pour nous démontrer que l'Équité n'est pas toujours à craindre mais est parfois à louer.

Toujours est-il que, prise de panique devant l'ampleur du sujet, apparemment indéfinissable, je me suis ruée vers les ouvrages qui pouvaient me rendre un peu de sérénité en me fournissant précisément des définitions du terme, que je ne vous livrerai pas toutes afin de ne pas vous décourager de continuer à m'écouter...

La bible du juriste français (j'ai, pardonnez-le moi, comme défaut parmi tant d'autres, de posséder cette nationalité) à savoir le Vocabulaire juridique Capitant en donne la définition suivante :

1. Conception d'une justice fondée sur l'égalité devant le droit et le respect des droits de chacun.
2. Par opposition au droit positif, conception d'une justice qui n'est pas inspirée par les règles du droit en vigueur et qui peut même être contraire à ces règles.

Si la 1^{ère} définition m'a en quelque sorte rassurée, la seconde a accru mon sentiment d'inconfort, j'allais traiter d'une justice pas nécessairement inspirée par le droit en vigueur, voire même contraire à celui-ci.

Je vous épargne pour des raisons de temps, les détours par la philosophie que j'ai pu faire passant allégrement d'Aristote et son Ethique à Nicomaque à Rawls.

Non strictement définie, l'équité est pourtant présente, expressément ou implicitement dans tous les textes relatifs aux statuts des *ombudsmans*/médiateurs.

C'est, par exemple, expressément le cas du **Luxembourg** dont la **loi du 22 août 2003 instituant un médiateur** dispose :

Article 4 (2) :

*« Lorsqu'il apparaît au médiateur, à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application de la décision incriminée aboutit à une **iniquité**, il peut recommander, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, au service mis en cause toute solution **permettant de régler en équité la situation du réclamant** et suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter aux textes législatifs ou réglementaires qui sont à la base de la décision ».*

On retrouve également le terme dans **la loi française organique no 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (article 25) :**

*« Le Défenseur des droits peut faire toute recommandation qui lui apparaît de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement. Il peut recommander de régler **en équité** la situation de la personne dont il*

est saisi ».

On en trouve encore une référence claire mais implicite au Québec dans la

Loi sur la protection du citoyen : Article 26.1.:

« Le Protecteur du citoyen doit, par écrit, aviser le dirigeant d'un organisme public chaque fois qu'il estime que cet organisme public ou une personne qui relève de ce dirigeant:

1° ne s'est pas conformé à la loi;

2° a agi de façon déraisonnable, injuste, abusive ou d'une manière discriminatoire;

3° a manqué à son devoir ou fait preuve d'inconduite ou de négligence;

4° a commis une erreur de droit ou de fait;

5° dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, a agi dans un but injuste, en se fondant sur des motifs qui ne sont pas pertinents ou en n'en motivant pas l'exercice lorsqu'il devait le faire ».

L'équité est donc bien de l'essence de la médiation et des fonctions du médiateur, qui en est effectivement le garant. Reste donc à s'interroger, malgré les inquiétudes provoquées par les définitions rencontrées de la notion, et faute de pouvoir en retenir une définition générale, sur les caractéristiques qu'elle revêt dans le cadre de l'exercice de ces fonctions.

A bien y regarder, tous les statuts des médiateurs et *ombudsmans* francophones convergent sur ce point: l'équité n'est pas un principe autonome – qui serait, faute de pouvoir le définir – impraticable, mais **une technique, un mode d'interprétation et de compréhension de situations juridiques** qui revêt **deux fonctions bien spécifiques**, celle de

corriger la situation injuste, en raison de la rudesse de la loi dans sa généralité, et celle de subvertir l'ordre établi du droit quand le besoin s'en fait ressentir (me voici encore inquiète : vais-je me retrouver face à de dangereux révolutionnaires ? Dois-je vous préciser que j'ai immédiatement été rassurée sur ce point en entrant dans la salle...).

Dans cette perspective donc, le médiateur est garant de l'équité correctrice (I), celle qui permet d'adapter le droit au fait, mais il est également garant de l'équité subversive, celle qui peut transformer le fait en droit (II). Ce seront les deux grands axes de mon intervention.

I. Le médiateur, garant de l'équité correctrice

Une fois encore, toutes les lois fondatrices et tous les statuts convergent : le médiateur, le protecteur des citoyens, le défenseur des droits, quelle que soit son appellation, a une mission de correcteur, plus précisément de correcteur d'injustice (les textes précités nous l'ont montré).

Ce qui fait toutefois la particularité du médiateur, ce qui fait qu'il garantit l'équité au sens propre, c'est à dire qu'il en assure la qualité car cette correction de la loi, plus exactement la correction de son application au cas d'espèce (B) se fait dans le respect de la loi (A). Commençons par ce point.

A) Corriger dans le respect de la loi

Ici encore, une consultation des différentes lois et statuts des médiateurs confirme que l'usage fait de l'équité est un usage encadré.

Ce respect de la loi découle notamment de l'encadrement de la saisine du médiateur ou des conditions posée à son auto saisine. Je passe sur les procédures encadrant sa saisie pour m'attarder deux secondes sur la question de sa saisine de sa propre initiative, plus intéressante de ce point de vue, en prenant ici l'exemple du protecteur du citoyen au Québec, lequel se voit interdire ce mode de saisine dans un certain nombre de cas.

Par exemple, il ne peut ainsi intervenir (**art. 18 § 1 de la loi**) « *à l'égard de l'acte ou de l'omission:1° d'un organisme public ou d'une personne, lorsque la personne ou le groupe dont les intérêts seraient visés par l'intervention dispose d'un recours légal, susceptible de corriger adéquatement et dans un délai raisonnable la situation préjudiciable* ».

De la même façon, un trait commun de l'action des médiateurs lorsqu'ils sont saisis d'un cas d'espèce par un particulier, est que cette action n'interrompt pas la prescription : elle n'a pas d'effet sur le cours du droit, même si elle est susceptible de produire des conséquences sur son application.

On pourrait encore multiplier les exemples, mais faute de temps, je finirai sur ce point en citant la loi luxembourgeoise instituant un médiateur qui dispose dans son **article 3 § 3** que :

« Le médiateur ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle ».

Le médiateur ne modifie pas le droit, il en adapte l'application. Il ne se substitue en aucun cas au juge et exerce dans l'appréciation des situations

juridiques une fonction pré-juridictionnelle. Ce n'est du reste que pour cette raison que sa correction de la loi est tolérée et tolérable, ce qui me conduit à mon second point.

B. Corriger la loi dans son application au cas d'espèce

Maintenant que vous savez que l'un de mes principaux défauts est d'être française, vous me pardonnerez de commencer par citer assez longuement Portalis dans les *Discours préliminaires sur le projet de Code civil* :

Les lois, nous dit-il, « ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ».

Et de préciser ensuite :

« L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ».

Or parfois, le détail des questions fait que la loi n'est pas faite pour l'homme. Le juge, tenu par la loi, ne peut statuer qu'en droit. Il va qualifier le fait en droit pour lui appliquer une règle. Le médiateur, lui, va proposer de ne pas appliquer une règle à un fait parce que la qualification juridique de la situation conduirait à un résultat licite mais injuste.

Illustrons cette question par un cas qui m'a été très gentiment fourni par M. Fischbach :

Madame B. a saisi le Médiateur d'une réclamation à l'encontre du Centre de Documentation et d'Information sur l'Enseignement supérieur. Ce centre accorde notamment des primes d'encouragement aux étudiants ayant réussi leur diplôme sanctionnant un cycle d'études dans les délais tels que prévus par un règlement grand-ducal destiné à encourager les étudiants à terminer leurs études dans les délais officiellement reconnus.

Madame B. a obtenu le grade de Bachelier Assistante Sociale en Belgique.

Or, Madame B a dû interrompre ses études pour se soumettre à une intervention neurochirurgicale urgente et n'a pas pu participer aux examens. L'année suivante elle a repris ses études et a réussi tous ses examens.

La prime d'encouragement de deuxième cycle lui a été refusée car elle n'avait pas terminé le cycle d'études dans les délais officiellement prévus. Le règlement grand-ducal ne prévoit aucune dérogation concernant la durée des études.

Le Médiateur a demandé une reconsidération du dossier de Madame B. en faisant valoir notamment que l'intention du législateur était de récompenser par les primes d'encouragement des parcours sans faute des étudiants.

Or il ne serait guère raisonnable d'exiger que la réclamante remplisse la condition de la durée, alors qu'elle a dû se soumettre à une intervention neurochirurgicale dont l'urgence était extrême et qu'il paraît exceptionnel qu'une personne opérée du cerveau reprenne immédiatement des études.

Par ailleurs le Médiateur a également fait valoir que, comme Madame B. a par la suite réussi tous ses examens, elle peut être considérée comme un étudiant ayant accompli un parcours scolaire sans faute que le législateur a voulu récompenser par des primes d'encouragement

Le Médiateur a dès lors estimé que dans le cas d'espèce une décision en équité ne saurait avoir valeur de précédent – ce qui reviendrait à se prononcer par voie de disposition générale, l'ombre des Parlements français n'est pas loin...

Finalement le Ministre a fait sienne l'argumentation du Médiateur de sorte que la réclamante a pu bénéficier de la prime d'encouragement.

Dans ce cas, il est évident que la loi ne descendant pas dans le détail, son application entraînait une injustice que seule l'équité permettait de corriger.

Au demeurant, cette fonction correctrice n'est pas inconnue du droit : on peut citer l'exemple du juge amiable compositeur, connu d'un certain nombre de systèmes, ou pour prendre un exemple tiré des Codes civils belges, français et luxembourgeois, l'article 1135 qui reconnaît que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à

toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Dans les droits de tradition française, cet article a du reste fait évoluer le droit. C'est grâce à lui que, lorsque vous prendrez le taxi qui vous conduira à l'aéroport ou à la gare, vous pourrez voyager sain et sauf ou, à tout le moins demander une indemnisation de nature contractuelle si, par malheur, le chauffeur devait manquer à son obligation de sécurité et vous blesser sur le trajet. C'est la nature subversive de l'équité, sa faculté à bouleverser l'ordre établi, ce qui correspond à une autre mission des médiateurs.

II. Le médiateur, garant de l'équité subversive

Est subversif celui qui renverse, **détruit l'ordre établi**, qui est susceptible de menacer les valeurs reçues.

La formule peut effectivement effrayer, mais elle me semble très représentative d'une autre fonction essentielle des médiateurs, faire progresser. Or pour faire progresser, il faut parfois renverser, menacer les valeurs reçues lorsque celles-ci ne sont pas, ou, le plus souvent, ne sont plus bonnes. Cela requiert un certain art (A) qui peut produire certaines œuvres législatives (B)

A. L'art de la subversion

C'est sans doute l'une des fonctions les plus délicates de la mission du médiateur. En effet, la technique de l'équité correctrice qu'il utilise pour

adapter la loi au fait, devrait limiter la portée de sa proposition de décision. Ce n'est en effet que très rarement la généralité de la loi qui est mauvaise. Dans la plupart des cas qui m'ont été soumis par M. Fischbach, c'est d'ailleurs un défaut d'application d'une règle favorable, notamment en matière fiscale, à un cas d'espèce, qui est en cause.

Je songe ainsi au cas de ce père qui, contraint de vendre son appartement en raison de l'état de santé de sa fille, n'avait pu bénéficier d'une règle fiscale favorable à l'administré revendant sa résidence principale à la condition qu'il y reste un certain temps, précisément car ce laps de temps n'avait pas été atteint en raison de la particularité de sa situation. Est-ce à dire que la règle générale est mauvaise ? Certainement pas. Se pose alors la question de savoir quels sont les critères permettant de tirer une telle conclusion et de conduire à un raisonnement inductif aboutissant à une proposition générale dont la finalité est de renverser l'ordre juridique établi.

Ici encore, d'ailleurs, le fait que le médiateur respecte la loi car il est lui-même encadré par la loi est primordial. Le caractère subversif de la mission du médiateur est tolérable car il s'inscrit finalement dans l'ordre rétabli. Il s'agit finalement de subvertir l'ordre dans le respect de l'ordre. Me voici définitivement rassurée, je ne fais pas face à de dangereux révolutionnaires.

Ce respect de l'ordre et c'est encadrement du caractère subversif de la mission sont du reste garantis par les conditions de désignation des médiateurs.

Parfois, comme au Luxembourg, certaines compétences sont légalement exigées : **Loi instituant le médiateur** :

Art. 13.- Qualifications requises

« Pour être nommé médiateur, il faut remplir les conditions suivantes:

- 1. posséder la nationalité luxembourgeoise;*
- 2. jouir des droits civils et politiques;*
- 3. offrir les garanties de moralité requises;*
- 4. être porteur d'un diplôme d'études universitaires documentant un cycle complet de quatre années d'études accomplies avec succès dans l'une des matières déterminées par la Chambre des députés et posséder une expérience professionnelle dans un domaine utile à l'exercice de la fonction ;*
- 5. avoir une connaissance adéquate des trois langues administratives telles que définies par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues ».*

La nomination est souvent le fait d'une Assemblée représentative du peuple ou d'une proposition d'un membre de l'exécutif après consultation de celle-ci (Belgique, France, Québec), les **critères de compétences étant nécessairement fondamentaux**. Et si vous me permettez d'être moi-même subversive, le caractère raisonnablement subversif des candidats sans doute aussi...

Concrètement, cet **art de l'induction et les critères généraux du « raisonnablement subversif » se matérialisent dans les rapports et recommandations faites par les médiateurs**, la plupart du temps rassemblées dans des rapports annuels.

Une consultation de ces derniers permet de dire que la garantie de l'équité subversive prend la forme de propositions relatives

- 1) A des **cas de dysfonctionnement répétés de l'administration en terme de lourdeur de procédure, de coût ou de perte de temps pour le citoyen**. Je songe ici par exemple à la question de la certification de conformité des documents en France mise en avant dans le rapport de 1997 de feu le Médiateur de la République, au coût des extraits cadastraux trop élevé en Belgique (Rapport de 2010).
- 2) A des **cas d'espèces impliquant des catégories de personnes abstraites plus ou moins large** :
 - Les détenus, les personnes en situation irrégulières, les personnes souffrant de handicap, les transsexuels.

La plupart des rapports annuels consacrent des développements spécifiques à la catégorie des personnes handicapées (cas dans le rapport belge, dans le rapport luxembourgeois : cas plus spécifique des travailleurs handicapés engagés au sein d'un atelier protégé).

- 3) A des **cas soulevant la question du respect des droits fondamentaux ou de la conciliation de ceux-ci avec la pratique administrative**. Bien souvent sont mis en avant le cas des détenus (rapport belge par exemple). D'ailleurs, par un arrêt de janvier 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'enfermement d'étrangers dans la zone de transit de l'aéroport de Bruxelles-National, en se référant notamment aux critiques émises en 2004 par le Médiateur fédéral à l'encontre de cette pratique.

J'ai aussi en tête une recommandation de M. Fischbach touchant un thème qui m'est beaucoup plus familier, celui du droit des personnes que j'enseigne. Il s'agit d'une **recommandation prônant la simplification des démarches administratives et judiciaires des transsexuels pour les modifications de leur état civil** qui implique au Luxembourg une procédure judiciaire coûteuse et chronophage pour les citoyens.

Cette **prise en compte des droits fondamentaux dans la mission des médiateurs est montée en puissance dans tous les rapports annuels** que j'ai pu consulter, et ce n'est pas à un éminent Juge de la Cour européenne des Droits de l'Homme que je vais apprendre son importance.

Bref, si le Médiateur est garant de l'équité subversive, les manifestations de celle-ci reste néanmoins très raisonnables, prenant la forme de l'art de la recommandation et du rapport.

Celui-ci se transforme néanmoins parfois en œuvre, quand le législateur s'en empare.

B. L'œuvre de la subversion

N'est-il pas plus beau destin que celui consistant pour l'équité à n'être sortie du droit que pour mieux y rentrer ? On peu citer ici encore un certain nombre d'exemples, et c'est par là que je terminerai :

Au Québec, le manque de confidentialité des échanges entre les détenus et le personnel soignant lors de l'hospitalisation, le protecteur du citoyen avait formulé une recommandation à ce sujet laquelle a donné lieu à une **modification de l'instruction provinciale 21S05** portant sur le gardiennage des personnes incarcérées dans les hôpitaux ayant satisfait le protecteur qui reste toutefois attentif à son application.

En France, la recommandation de réduction des obligations de certification conforme de copies de documents originaux des documents administratifs a conduit à l'adoption du **décret n° 2001-899 du 1er octobre 2001 portant abrogation des dispositions réglementaires relatives à la certification conforme des copies de documents délivrés par les autorités administratives.**

Au Luxembourg, une **loi du 29 mai 2009 a également aboli l'obligation de fournir une copie certifiée conforme.** Et j'espère que bientôt la facilitation des démarches des transsexuels pour la modification de leur état civil, suivant la recommandation de M. Fischbach, donnera lieu à un texte voté par la Chambre.

Pour conclure, je finirai par une pirouette car le destin de l'œuvre de subversion n'est-il pas ensuite d'être éventuellement subverti par le médiateur, si son application se révélait inéquitable ?

Dieu vous préserve, Mmes et Messieurs les médiatrices et médiateurs, de la loi !