

VIIIème Congrès français de droit constitutionnel
AFDC - Nancy 16, 17, 18 juin 2011
Atelier n°6 – Mutations - aspects institutionnels nationaux

LE DÉFENSEUR DES DROITS : UNE APPARENCE TROMPEUSE D'INNOVATION

par **Rhita BOUSTA**

Docteur en droit – Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Post-doctorante au CRDT-URCA (GIS-GRALE-CNRS)

Introduction - I. La pérennisation du modèle français - A. La confirmation du lien avec le pouvoir exécutif - B. Le maintien implicite de l'esprit de la médiation - **II. La délégation de questions fondamentales au législateur organique** - A. Le positionnement constitutionnel du Défenseur des droits par rapport aux autres pouvoirs - B. La constitution de collègues : une délimitation du champ de compétence du Défenseur laissée à la loi organique – **Conclusion.**

INTRODUCTION

À première vue, le Défenseur des droits est une création originale résultant de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. On pourrait y voir une imitation du *Defensor del Pueblo* espagnol et, par là, la consécration d'une institution constitutionnelle de protection des droits et libertés dont l'idée avait déjà été émise lors de la création du Médiateur de la République¹ puis réitérée dans le rapport Vedel de 1993².

Tout en lui succédant, le Défenseur des droits apporterait des modifications substantielles à l'institution du Médiateur de la République³. Nommé par le Président de la République, celui-ci ne pouvait être saisi que *via* un parlementaire et était chargé de remédier, principalement par voie de recommandations, à tout dysfonctionnement de l'administration dans le cadre d'une mission de service public. Selon le nouvel article 71-1 issu de la proposition n°76 du Comité Balladur⁴, le

¹ Lorsque M. Pierre Messmer déposa son projet de loi, le Médiateur de la République était 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 ».

² Rapport remis au Président de la Rép. le 15 février 1993 par le comité consultatif pour la révision de la Constitution, JO du 16 février 1993, p.2537 et s. Le Président Vedel proposait de consacrer le Médiateur parmi les emplois nommés par le Président de la République.

³ Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973.

⁴ « 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

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* » et peut être saisi par « *toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public* ». La nomination par le Président de la République est maintenue, et l'obligation de rendre compte de son activité auprès de ce dernier constitutionnalisée. Par ailleurs, l'entrée en vigueur de cet article était suspendue à la promulgation d'une loi organique⁵ qui a été adoptée récemment, suite à trois longues années de débat⁶.

La réforme constitutionnelle de 2008 a-t-elle alors vraiment impliqué, à elle seule, une mutation de l'institution du Médiateur de la République?

Cette question, au cœur du présent atelier, touche également à la circulation du droit constitutionnel, axe complémentaire de ce VIIIème Congrès français de droit constitutionnel. En effet, le Médiateur de la République appartient à la catégorie de l'Ombudsman qui, remontant au *Justitie Ombudsman* suédois du début du 19^{ème} Siècle, peut être définie 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* »⁷. Si la question de la diffusion de cette institution dans le monde et de son adaptation à des contextes institutionnels et constitutionnels différents soulève un intérêt certain⁸, il s'agira ici d'en faire le contexte de notre analyse.

Certains exemples étrangers peuvent ainsi s'avérer utiles pour mesurer l'ampleur de la réforme française. Dans ce domaine, le droit comparé a souvent été utilisé aux fins d'analyse critiques. C'est ainsi que le Médiateur de la République a pu être qualifié d'« *Ombudsmanqué* »⁹ ou au contraire de « *bête curieuse et inutile* »¹⁰. Loin d'être des étalons au regard desquels sera « jugée » la réforme française, les exemples étrangers permettent ici de dégager les fonctions classiques de la

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. »

⁵ Art. 46-1 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, J.O. du 24 juillet 2008, p.11890.

⁶ LO n°2011-333 du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, JORF, n°0075 du 30 mars 2011 ; Décision du CC n°2011-626 DC du 29 mars 2011, JO du 30 mars 2011, p.5507 ; v. aussi la loi ordinaire n°2011-334 du 29 mars 2011, JORF n°0075 du 30 mars 2011.

⁷ Nous nous permettons de renvoyer à : Rhita BOUSTA, « Contribution à une définition de l'Ombudsman », *R.F.A.P.*, Varia 2007, n°123, p.387-398 ; *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010, n°74 et s. Compte tenu de la place centrale ici conférée au droit comparé, nous préférons utiliser le terme générique d'« Ombudsman » et non celui de « Médiateur ». Par ailleurs, nous resterons fidèles à la grammaire suédoise et utiliserons le pluriel « Ombudsmän ».

⁸ D.C. ROWAT, *The Ombudsman Plan: The worldwide spread of an idea*, 2nd éd., University press of America, 1985, 200p.

⁹ André LEGRAND, « Médiateur et "Ombudsman" : un problème mal posé », *Revue pol. et parl.*, mars 1973, n°840, p.1.

¹⁰ Préface à la thèse de M. LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave, études comparées sur le contrôle de l'administration*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de science administrative, t.2, 1970, 549p.

constitutionnalisation des Ombudsmän¹¹. Adoptée par les premiers Ombudsmän (Suède, Finlande) et par ceux accédant à la démocratie (Portugal, Espagne, Argentine, Europe balkanique, centrale et orientale, etc.)¹², la forme constitutionnelle accompagne souvent un renforcement du contrôle parlementaire de l'administration. Plus globalement, la consécration constitutionnelle de l'Ombudsman permet à la fois le renforcement des droits et libertés et l'instauration d'un outil de dialogue entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

À la lumière à la fois de ces fonctions et des traits caractéristiques du Médiateur de la République, la réforme instaurant un Défenseur des droits peut alors difficilement être conçue comme une mutation. Celle-ci ne répond que relativement aux fonctions précitées. Absente de la lettre de mission du Président de la République au Premier ministre Édouard Balladur¹³, la création du Défenseur des droits n'accompagne que partiellement les autres pans de la révision constitutionnelle de 2008, à savoir le renforcement des pouvoirs du Parlement et des droits et libertés. Elle a ainsi déjà fait l'objet de critiques¹⁴.

À notre sens, loin d'une mutation, la réforme constitutionnelle pérennise certains traits de l'Ombudsman français (I). Elle délègue au législateur organique, voire au Conseil constitutionnel, le soin de décider des éventuels changements apportés par cette nouvelle institution, ce qui atténue les effets de cette constitutionnalisation¹⁵ (II).

I. LA PÉRENNISATION DU MODÈLE FRANÇAIS

Le recours à la Constitution a souvent une portée symbolique. C'est bien le cas du *Riksdagens Justitieombudsman* finlandais accompagnant la fin de l'annexion suédoise en 1919 ou encore du *Defensor del Pueblo* espagnol qui, consacré par la Constitution démocratique et sociale de 1978, est rapidement devenu un « *paladin de la société moderne* »¹⁶. Ce serait aussi le cas du futur Médiateur constitutionnel fédéral belge réunissant les Médiateurs fédéraux wallon et flamand dans un contexte de crise gouvernementale sans précédent¹⁷. Plus généralement, toute constitutionnalisation poursuit un

¹¹ Rhita BOUSTA, « Les enjeux de la constitutionnalisation des Ombudsmän », in *Un Médiateur fédéral consolidé ?*, Actes du colloque du 30 novembre 2010 organisé par l'Université Libre de Bruxelles et le Collège des Médiateurs fédéraux belges, Bruxelles, Anthémis, 2011, p.17-38.

¹² Carlos GINER DE GRADO, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, Madrid, Editorial Popular, 1986, p. 47.

¹³ Décret n°2007-1108 du 18 juillet 2007 confiant au comité Balladur cette mission ; conclusions rendues le 29 octobre 2007.

¹⁴ Lors des débats parlementaires, le nouveau Défenseur des droits a ainsi pu être qualifié de « *monstre bureaucratique* » : Robert BADINTER, in SÉNAT, *Compte-rendu intégral des débats*, séance du 24 juin 2008, ou encore de « *gadget* » : François GOULARD, in ASSEMBLÉE NATIONALE, *Compte-rendu intégral des débats*, séance du 29 mai 2008. S'agissant de la doctrine, v. Dimitri Georges LAVROFF, « De l'abus des réformes », *R.F.D.C.*, juin 2008, n°hors-série, p.66 et s ; Charlotte DUMAT, « Le défenseur des droits », *L.P.A.*, 23 octobre 2009, n°212, p.4-7.

¹⁵ Catherine TEITGEN-COLLY, « Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *L.P.A.*, 19 décembre 2008, n°254, p.125.

¹⁶ Pedro CARBALLO ARMAS, *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el derecho comparado*, Madrid, Tecnos, coll. Temas Clave de la Constitución española, 2003, 263p.

¹⁷ V. le projet de constitutionnalisation d'un tel Médiateur fédéral en cours de discussion et la proposition déposée par le député Olivier Chastel en 2007 de réviser l'article 28 de la Constitution belge relatif au droit de pétition.

but de pérennisation. Légitimé, l'Ombudsman est alors indépendant des conjonctures économiques et des changements législatifs.

Si l'aspect symbolique du Défenseur des droits est pour l'instant difficilement décelable, la révision constitutionnelle pérennise à notre sens le modèle français de l'Ombudsman rattaché au pouvoir exécutif (« *Executive Ombudsman* »). Ce modèle est traditionnellement distingué de l'Ombudsman parlementaire (« *Parliamentary Ombudsman* ») ou encore de celui issu de la majorité parlementaire et chargé à la fois de la protection des droits fondamentaux et de la supervision de l'administration publique (« *Human rights Ombudsmen* »)¹⁸. La réforme constitutionnelle française peut alors paraître originale : c'est en effet plus fréquemment la dernière catégorie (*Human rights Ombudsmen*) qui fait l'objet d'une constitutionnalisation¹⁹.

Et pour cause : le Défenseur des droits a aussi pour compétence formelle la protection des droits et libertés. Pour autant, dans son esprit, il demeure rattaché à notre sens principalement à l'Exécutif, maître de sa nomination (A). La nouvelle compétence de protection des droits et libertés n'est de surcroît pas clairement instaurée par la Constitution, qui conserve certains aspects de la compétence du Médiateur de la République (B).

A. La confirmation du lien avec le pouvoir exécutif

À titre liminaire, il convient de distinguer le rattachement de la dépendance. Si le Défenseur des droits entretient des liens avec l'exécutif, la Constitution assure son indépendance par rapport à ce dernier. Il s'agit simplement ici de montrer que, contrairement à la majorité des Ombudsmän ayant fait l'objet d'une constitutionnalisation (1), le Défenseur des droits n'est pas consacré comme organe ou « bras droit du Parlement » dans son contrôle de l'exécutif (2).

1. La consécration constitutionnelle de l'Ombudsman: un rattachement fréquent au Parlement

Le rattachement de l'Ombudsman au Parlement remonte à ses origines. La nouvelle Constitution suédoise adoptée sous le règne de Gustave IV suite à l'assassinat de Gustave III modifie l'équilibre du pouvoir en faveur du Parlement : le *Justitie-Ombudsman* est dès lors considéré comme le bras droit de ce dernier. La consécration constitutionnelle avait donc avant tout pour objectif de renforcer le pouvoir du Parlement, puis des citoyens qui peuvent se plaindre directement et gratuitement auprès de lui d'illégalités ou de négligences commises par l'administration au quotidien.

¹⁸ Linda REIF, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, International Studies in Human Rights, vol. 79, 2004, p.3 et 8.

¹⁹ Philip GIDDINGS, Vladimir SLADECEK, Laura DIEZ BUESO, « The Ombudsman and Human Rights », in Roy GREGORY, Philip GIDDINGS (dir.), *Righting wrongs. The Ombudsman in six Continents*, Amsterdam, I.O.S. Press, 2000, p.441-457.

Plus largement, l'esprit général des constitutionnalisations, malgré les profonds remaniements résultant de l'adoption de l'Ombudsman dans les pays anglo-saxons, est de faire de l'Ombudsman un moyen de contestation de l'exécutif par le Peuple *via* le Parlement. Le cas espagnol illustre parfaitement cette fonction. Souvent associé aux anciens résistants de la monarchie absolue (comme Sahib-el-Mazalim opposé à la Justicia Mayor de Aragón), le *Defensor del Pueblo* s'aligne sur le modèle de l'Ombudsman parlementaire ; il est, selon les termes de l'article 54 de la Constitution, le « *Haut Commissaire* » du Parlement espagnol. Le même esprit gouverne l'instauration du Médiateur européen élu par le Parlement européen, qui peut mettre fin à ses fonctions. Ainsi, l'inscription de l'Ombudsman dans la Constitution permet de renforcer son rôle le plus répandu : être un « *instrument de contrôle parlementaire de l'administration mis à disposition du citoyen [dont l'] 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 [...]* »²⁰.

Il est toutefois à noter que cette association au pouvoir législatif peut s'établir sans nécessairement procéder à une consécration constitutionnelle. Ainsi, en Angleterre, le *Parliamentary Commissioner for Administration* (ancêtre de l'actuel *Parliamentary and Health Ombudsman*) instauré par la loi est une « *arme supplémentaire dans l'artillerie des parlementaires* »²¹. De même, certaines Constitutions - cas notamment des textes constitutionnels hongrois et slovaque - prévoient un Ombudsman sans nécessairement le rattacher explicitement au Parlement ; celui-ci est toutefois généralement issu de la majorité parlementaire.

Le modèle français, désormais constitutionnalisé, semble ainsi faire toujours figure d'exception.

2. Le Défenseur des droits : un Ombudsman constitutionnel lié au pouvoir exécutif

Selon l'article 71-1 al. 4 de la Constitution, le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République par décret en conseil des Ministres après application de la procédure de l'article 13 de la Constitution. Ce mode de nomination occupe le tout premier article de la loi organique et fait ainsi figure de principe de premier plan. Certes, selon l'article 13 de la Constitution, le Président doit recueillir l'avis de la commission permanente de chaque assemblée. Mais celui-ci n'est contraignant que s'il est négatif et s'il rassemble 3/5^{ème} des suffrages exprimés des deux Assemblées, ce qui laissera *a priori* peu de marge au Parlement en pratique. A l'inverse, le *Defensor del Pueblo* espagnol est nommé directement par chaque chambre à une majorité des 3/5^{ème} et peut être destitué par ces dernières²².

Le pouvoir exécutif intervient aussi dans la composition des collèges du Défenseur des droits, qui remplacent le Défenseur des enfants, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et la

²⁰ Alvaro GIL ROBLES, *El control Parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, 2ème éd., Madrid, Instituto nacional de administración pública, coll. Estudios Administrativos, 1981, p.324.

²¹ Roy GREGORY, Philip GIDDINGS, « The United Kingdom Parliamentary Ombudsman Scheme », *in op.cit.*, p.21.

²² Art. 54 de la Constitution ; art. 1 et 5 de la loi organique.

Commission nationale de déontologie de la sécurité. En effet, selon les articles 11 et suivant de la loi organique, qui donne corps à l'énoncé formel de ces collèges par la Constitution, cette intervention est à la fois indirecte et directe. D'abord, les collèges sont présidés par le Défenseur des droits, lui-même nommé par le Président de la République. Ensuite, le Premier ministre nomme les vices présidents de ces trois collèges (adjoints). Si le sénat envisageait en première lecture l'avis de la Commission compétente de chaque assemblée, cette dernière nomination intervient désormais sur simple proposition du Défenseur des droits. En somme, le Parlement n'intervient que pour la nomination de certains membres des collèges, compétents à titre de simple assistance pour trois matières précisément délimitées²³.

Ce rattachement à l'exécutif peut laisser planer un doute sur l'effectivité de l'indépendance constitutionnelle du Défenseur des droits. C'est pourquoi la disposition constitutionnelle précise que le mandat du Défenseur des droits est incompatible avec celui de membre du Gouvernement ou du Parlement. La loi organique élargit ces incompatibilités à « *tout mandat électif* », à celui de membre du Conseil constitutionnel, du Conseil supérieur de la magistrature et du Conseil économique, social et environnemental (art. 3 al.1) et, plus globalement, à « *toute autre fonction ou emploi public* » (art.3 al3). La compétence organique du Défenseur étant élargie, dans certains cas précis, aux actions et activités des sociétés, entreprises ou établissements, la loi prévoit également des incompatibilités avec ce type de fonction.

Si les auteurs de la révision constitutionnelle de 2008 ont préféré confier au législateur organique le soin de fixer la liste des incompatibilités, ceux-ci ont en revanche tenu à graver dans le marbre constitutionnel l'obligation, pour le Défenseur des droits, de présenter son rapport public, certes au Parlement, mais aussi et en premier lieu au Président de la République (ancien article 14 de la loi relative au Médiateur de la République).

L'article 32 de la loi organique confirme en partie cette permanence du lien avec le pouvoir exécutif. Le Défenseur des droits peut ainsi être consulté par le Premier ministre sur tout projet de loi ou toute question relevant de sa compétence (alinéa 2 et 3) ; il peut surtout, à la demande du Premier ministre, participer à la préparation et la définition de la position française dans les négociations internationales (alinéa 4). Cette dernière disposition issue de l'ancien article 25, al. 4 du projet voté par le sénat, et qui avait été supprimée en première lecture à l'Assemblée, peut quelque peu surprendre. En tous les cas, par contraste avec ses homologues constitutionnels étrangers, le Défenseur des droits ne se limite pas au contrôle de l'exécutif ; il participe aussi à l'élaboration d'une partie de sa politique. Le gouvernement intervient à son tour dans le pouvoir d'enquête du Défenseur des droits ; plus

²³ D'autres organes, outre le Défenseur des droits lui-même, interviennent dans la nomination du reste de la composition de ces collèges (art. 13-16 de la loi organique), notamment le président du Sénat, celui de l'Assemblée nationale, le vice-président du Conseil d'Etat, ou encore le Président du Conseil économique, social et environnemental.

précisément, selon l'article 18 al. 5 de la loi organique, ce dernier doit obtenir des ministres qu'ils donnent instruction aux corps de contrôle d'accomplir toutes vérifications ou enquêtes.

Dans son esprit, la révision constitutionnelle pérennise ainsi, à notre sens, le rattachement du Défenseur des droits au pouvoir exécutif tout en assurant son indépendance fonctionnelle à l'égard de ce dernier. Il en est de même de sa compétence de protection des droits et libertés. En effet, sous cette consécration formelle, on peut déceler une survivance de l'esprit de médiation.

B. Le maintien implicite de l'esprit de la médiation

Le choix du vocable de « Défenseur » plutôt que celui de « Médiateur » invite à envisager le Défenseur des droits comme un organe ayant principalement pour compétence la protection des droits et libertés des citoyens-administrés. La tentative est alors grande de l'associer au *Defensor del Pueblo* espagnol ou encore au *Provedor de justiça* portugais²⁴.

Pourtant, cette homonymie ne couvre par la même réalité. La dimension objective de dysfonctionnement du service public, compétence principale de l'ancien Médiateur de la République, n'a pas totalement disparue du texte constitutionnel et surtout, à notre sens, de son esprit (2). De plus, force est de constater le flou entourant la nouvelle compétence de protection des droits et libertés (1).

1. Le flou entourant la mission de protection des droits et libertés

La volonté de renforcer la protection des droits et libertés des administrés a été précédée d'un travail non négligeable du Médiateur de la République, qui a d'ailleurs renforcé à cette occasion son lien avec le pouvoir exécutif²⁵. Mais cette nouvelle compétence n'est pas de toute évidence. Ainsi, le « *Défenseur du Peuple* » proposé par le groupe socialiste trois jours après l'envoi de la lettre de mission présidentielle a été rebaptisé « *Défenseur des droits fondamentaux* » par le Comité Balladur puis « *Défenseur des citoyens* » dans l'avant-projet de loi constitutionnelle, pour finalement devenir le « *Défenseur des droits* »²⁶.

Ce brouillage sémantique ne trahit-il pas une relative improvisation autour de cette nouvelle compétence, qui n'avait d'ailleurs été ni prévue à l'origine ni clairement validée par le Président de la République ? Dans sa lettre datant du 12 novembre 2007 au Premier ministre François Fillon faisant suite aux propositions du comité Balladur, celui-ci évoque en effet davantage les « *erreurs, lenteurs et dysfonctionnements inhérents à toute administration* »²⁷ que les droits et libertés des administrés. De même, dans son exposé des motifs, le projet de loi constitutionnelle souligne surtout la volonté

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

²⁵ À la même période que la révision constitutionnelle, une loi imposa d'ailleurs que les crédits nécessaires à l'accomplissement de sa fonction figurent au programme de la mission « Direction de l'action du Gouvernement » relatif à la protection des droits et libertés fondamentaux : Loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 (l'art. 152 introduit un art. 15 à la loi sur le Médiateur).

²⁶ Sur ce brouillage sémantique, v. : Charlotte DUMAT, « Le défenseur des droits », *L.P.A.*, 23 octobre 2009, n°212, p.4-7.

²⁷ Lettre préc., p.5.

d'instaurer un instrument plus souple, compétent pour se prononcer en équité²⁸. La réflexion sur la substance même des droits en cause est un « *chantier laissé ouvert* »²⁹ par le Comité, notamment en raison du manque de temps et de la divergence entre ses membres. Ainsi que le souligne M. Verdussen, « *si l'on passe du registre institutionnel au registre substantiel, on doit bien constater la maigreur des mesures proposées* »³⁰.

Enfin, le texte constitutionnel ne prévoit pas clairement et explicitement le principe de saisine *directe* du Défenseur des droits par « *toute personne* ». Si cette expression figure bien à l'article 71-1, celui-ci délègue à la loi organique le soin de fixer les conditions de cette saisine. Celle-ci met certes fin, dans son article 5, à la nécessité d'un filtre parlementaire, « *déformation la plus flagrante de l'institution originale* »³¹. Pour autant, cette relative mutation³² n'est pas opérée par le texte constitutionnel lui-même.

Outre ce laconisme, l'esprit de la compétence de l'ancien Médiateur de la République semble maintenu.

2. Le maintien de l'esprit de médiation et de dysfonctionnement du service public

La disposition constitutionnelle ainsi que l'article 4 de loi organique opèrent un mélange entre la nouvelle compétence de protection des droits et libertés et celle de l'ancien Médiateur de la République définie autour des notions de mission de service public et de dysfonctionnement (article 6 de l'ancienne loi sur le Médiateur). La mission de médiation du Défenseur des droits est d'ailleurs clairement consacrée à l'article 26 de la loi organique.

L'Assemblée nationale a toutefois, lors de sa première lecture, remplacé l'expression « *fonctionnement des services publics* » (article 9 du projet voté par le Sénat) par celle de « *relations avec les administrations* » (art.4 al. 2 du projet voté par l'Assemblée et retenu en dernière lecture). Cette expression semble étendre le champ d'action du Défenseur. Toutefois, le terme de « relation » peut aussi être interprété *a minima*. Sera-t-il alors possible de saisir le Défenseur des droits en cas de violation des droits et libertés résultant d'un usage disproportionné des moyens employés par la police administrative ? En tous les cas, cette rédaction contraste avec les exemples étrangers, et notamment espagnol qui confère au *Defensor del Pueblo* la mission de protection de l'ensemble des droits et libertés figurant au Titre premier de la Constitution.

²⁸ Projet de loi préc., p.8.

²⁹ Bertrand MATHIEU, « Le "comité Balladur", ses travaux, son rapport. Vues intérieures », *R.F.D.C.*, n° préc., p.35.

³⁰ Marc VERDUSSEN, « Regards comparatistes sur le rapport du comité Balladur », *R.F.D.C.*, n° préc., p.229.

³¹ M. Abdel HADI, « L'extension de l'Ombudsman: triomphe d'une idée ou déformation d'une institution? », *R.I.S.A.*, n°4, 1977, p.334.

³² Cette saisine directe est toutefois conditionnée par des démarches préalables auprès des personnes publiques concernées ou des organismes mis en cause (art.6.2 de la loi organique). La loi organique prévoit aussi la possibilité de saisine *via* un parlementaire, un sénateur ou un représentant français au Parlement européen dans son article 7.1.

En outre, la compétence du Défenseur des droits n'est pas étendue aux rapports entre les administrations et leurs agents (article 10 al.2 de la loi organique reprenant l'article 8 de l'ancienne loi sur le Médiateur). Le Défenseur est donc uniquement compétent pour les réclamations concernant le fonctionnement de l'État, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout organisme investi d'une mission de service public dans leur *relation avec les administrés*. Cette disposition confirme le maintien du critère de dysfonctionnement du service public.

Enfin, contrairement à la majorité de ses homologues constitutionnels chargés de la protection des droits et libertés, le Défenseur des droits ne peut saisir le Conseil constitutionnel. Par contraste, et à titre d'exemple, selon l'article 162 de la Constitution espagnole, le *Defensor del Pueblo* peut discuter la constitutionnalité des lois devant le Tribunal Constitutionnel qu'il peut également saisir d'un *recurso de amparo*, recours spécialement dédié à la violation des droits et libertés (art.53-2 de la Constitution). Les auteurs de la révision constitutionnelle de 2008 n'ont ainsi pas choisi de s'inspirer de ces modèles. Or, au-delà ces derniers, les grands pans de la révision constitutionnelle française - notamment le renforcement des pouvoirs du Parlement et l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité - n'appelaient-ils pas à l'instauration d'une telle saisine³³ ?

Ainsi, nullement critiquable en soi, la révision constitutionnelle pérennise plus qu'elle n'implique une véritable mutation du Médiateur de la République vers un Ombudsman parlementaire. Dans le même esprit, certaines questions fondamentales ont été laissées au législateur organique.

II. LA DÉLÉGATION DE QUESTIONS FONDAMENTALES AU LÉGISLATEUR ORGANIQUE

La création constitutionnelle d'une nouvelle institution pose nécessairement le problème de son rattachement ou de son indépendance par rapport aux pouvoirs existants. En France, le débat sur la place constitutionnelle à conférer aux autorités administratives indépendantes n'est pas nouveau³⁴. Pourtant, l'article 71-1 de la Constitution ne résout pas explicitement ce problème.

Ce sont avant tout la loi organique puis la décision de conformité du Conseil constitutionnel qui donne des éléments de réponse (A). Il en est de même de la fusion des autres institutions de protection des droits (Défenseur des enfants, HALDE, Commission nationale de déontologie de la sécurité, Médiateur de la République) au sein du Défenseur des droits, autrement dit de la compétence matérielle de ce dernier (B).

³³ Catherine TEITGEN-COLLY, *art.cit.*, p.125-130.

³⁴ La modestie de cette intervention ne permet pas de retranscrire la doctrine française particulièrement dense en la matière. Rappelons simplement que le Médiateur a été qualifié d'autorité administrative par la jurisprudence (C.E., ass, 10 juillet 1981, *Retail*, rec. 303) puis son indépendance a été consacrée par la réforme de 1989.

A. Le positionnement constitutionnel du Défenseur des droits par rapport aux autres pouvoirs

Comme énoncé précédemment, les auteurs de la révision de 2008 n'ont pas clairement situé le Défenseur des droits par rapport aux pouvoirs constitutionnels. Cette question est largement traitée par le législateur organique, qui le qualifie dans son article 2 d'« *autorité constitutionnelle indépendante* ». Il a toutefois fallu attendre la décision de conformité du Conseil constitutionnel pour connaître le sens de cette expression (1). De même, la question essentielle des rapports entre le Défenseur des droits et le pouvoir juridictionnel est réglée par la loi organique (2).

1. La consécration d'un quatrième pouvoir : hypothèse exclue par le Conseil constitutionnel

Pour certains, la consécration constitutionnelle de l'Ombudsman fait de ce dernier un quatrième pouvoir³⁵. Cette hypothèse n'était pas expressément exclue par l'article 71-1 de la Constitution, qui fait l'objet d'un titre unique. Elle est toutefois rare. On trouve ainsi l'Ombudsman parmi les organes du Parlement (cas de la Suède, de la Finlande ou encore du Médiateur européen³⁶), parmi les organes de protection des droits fondamentaux (cas de l'Espagne ou encore de la Roumanie³⁷), parmi ces deux titres à la fois (cas de l'Allemagne)³⁸, ou encore parmi d'autres institutions du même type (cas des Pays-Bas, de la Hongrie ou de la Slovaquie³⁹).

La réforme française, plaçant le Défenseur des droits entre le Titre XI dédié au Conseil économique, social et environnemental et le titre XII dédié aux collectivités territoriales, laisse planer un doute à la fois quant aux liens matériels avec ces deux titres et quant à l'identité constitutionnelle de cette institution à part. Ce flou a été renforcé par l'expression précitée d'« *autorité constitutionnelle indépendante* » introduite par le législateur organique. Celle-ci tend-elle à renforcer le principe d'indépendance ou à créer une nouvelle autorité constitutionnelle ?

Le Conseil constitutionnel opte pour la première hypothèse. Les Sages considèrent en effet que l'article 2 « *n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels* »⁴⁰. Cette lecture, qui rattache l'adjectif « *constitutionnelle* » exclusivement au principe d'indépendance, est cohérente avec l'ensemble de l'article 2 de la loi organique, qui dans son

³⁵ C'est la position de la Cour suprême canadienne : B.C. Development Corp. v. Friedmann [1985] 1 WWR 193 (S.C.C.), §206. Sur cette position élargie à la constitutionnalisation de la catégorie des AAI, v. J.J. CHEVALLIER, *J.C.P.*, 1986, I, n°3254.

³⁶ Chapitre 12 de la constitution suédoise (« pouvoir de contrôle »), Chapitre 4 de la constitution finlandaise (« activités du Parlement »), section 1 du Titre I de la 6^{ème} partie du TFU (« Le Parlement européen »).

³⁷ Chapitre 4 du Titre Premier de la Constitution espagnole (« droits et devoirs fondamentaux »), Titre premier de la première partie de la Constitution portugaise (« droits et devoirs fondamentaux-principes généraux »), chapitre 4 du titre II de la Constitution roumaine (« Droits fondamentaux »).

³⁸ Une double consécration est aussi possible. Ainsi, le *Petitionsausschuss* fédéral allemand est consacré à la fois comme organe du Bundestag (art. 45 c) et comme instrument du droit fondamental de pétition (art. 17).

³⁹ Chapitre 4 de la Constitution hollandaise (« Conseil d'État, chambre d'audit, Ombudsman national et instances permanentes de conseil »), chapitre 5 de la Constitution hongroise (« Commissaire parlementaire des droits civiques et commissaire parlementaire des droits des minorités nationales et ethniques »), chapitre 8 de la Constitution slovaque (« Le parquet général de la République slovaque et le défenseur public des droits »).

⁴⁰ Conseil constitutionnel, décision n°2011-626 DC, préc., cons. n°5.

second alinéa décline ce principe. L'expression d'« autorité indépendante constitutionnelle » n'aurait-elle alors pas été plus adaptée ? L'adjectif « *constitutionnelle* » s'imposait-il vraiment dans la mesure où la consécration constitutionnelle implique en soi une certaine indépendance⁴¹ ? Aussi peut-on peut-être regretter, avec le professeur Xavier Philippe, que le texte constitutionnel n'ait pas davantage précisé la place des autorités administratives indépendantes dans le paysage constitutionnel français⁴².

Floue sur ce point, la Constitution est silencieuse sur un autre aspect fondamental de l'Ombudsman, à savoir son rapport avec le pouvoir judiciaire.

2. Les rapports entre Défenseur des droits et juge : question abordée par le législateur organique

Classiquement envisagé comme un organe alternatif de règlement des conflits, l'Ombudsman entretient un lien certain avec le pouvoir judiciaire. Ainsi, selon la Constitution, l'Ombudsman suédois pouvait saisir les tribunaux en cas de faute grave d'un fonctionnaire⁴³. Plus généralement, et comme dit précédemment, une bonne partie des Ombudsmän parlementaires chargés de la protection des droits et libertés peuvent, selon la Constitution, saisir le juge constitutionnel.

En France, c'est la loi organique qui se charge de cette question. Malgré l'absence de possibilité de saisine du Conseil constitutionnel, celle-ci contient certaines dispositions novatrices. Ainsi, selon l'article 21 de cette loi, le Défenseur pourra saisir le juge des référés⁴⁴ si sa mise en demeure n'est pas suivie d'effet. Il pourra aussi consulter le Conseil d'État pour avis quant à l'interprétation ou la portée d'une disposition législative ou réglementaire (article 31 de loi organique). Enfin, l'éventuelle transaction dont il fixe les termes⁴⁵ doit être homologuée par le procureur de la République. Ces dispositions tendent vers une coopération renforcée entre Ombudsman et juge.

Toutefois, on observe le maintien d'une certaine réticence à lier le domaine de ces deux institutions. D'abord, la saisine du Défenseur, tout comme celle de l'ancien Médiateur de la République, n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions civile, administrative ou pénale (art.6 al.3), sauf en cas de transaction⁴⁶. La compétence en équité, qui faisait la spécificité du Médiateur de la République par rapport au juge, est maintenue à l'article 25 al.2 de la

⁴¹ Philip GIDDINGS, « The Future of the Ombudsman », in Roy GREGORY, Philip GIDDINGS, *op.cit.*, p.463.

⁴² Xavier PHILIPPE, « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *R.F.D.C.*, n° préc., p.218.

⁴³ Chap. 12, art. 6 et 8 de la *Regeringsformen* du 1 janvier 1975 ; art. 11 du *Riksdagsordningen* (acte du Parlement).

⁴⁴ A l'exception des demandes adressées aux ministres afin que ceux-ci donnent instruction aux corps de contrôle d'accomplir toute vérification ou enquêtes en vertu de l'article 18 al.5 de la loi organique, ce qui renforce de nouveau l'idée d'un lien avec l'exécutif.

⁴⁵ En cas de discrimination n'ayant pas déjà donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, la transaction peut consister en le versement d'une amende de 3000 euros maximum pour une personne physique et de 15000 euros maximum pour une personne morale ou en une indemnisation de la victime. Cette amende peut être assortie de l'affichage d'un communiqué ou encore de l'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise ou de l'administration.

⁴⁶ En effet, selon l'article 28-IV-al2 de la loi organique, l'exécution de cette transaction interrompt l'action publique (la partie civile conserve toutefois son droit de saisir le tribunal correctionnel à propos de ses seuls intérêts civils). En cas de refus ou d'inexécution de la transaction, le Défenseur des Droits (et non l'intéressé) peut mettre en mouvement l'action publique par voie de citation directe.

loi organique. Par ailleurs, le nouveau pouvoir d'injonction du Défenseur en cas de recommandation non suivie d'effet (article 25 al.4 de la loi organique) le rapproche en apparence d'un juge ; toutefois, si cette injonction n'est elle-même pas suivie d'effet, elle ne donne lieu qu'à la publication d'un rapport spécial (article 25 al.5 de la loi organique) là où la saisine d'un juge aurait pu être envisagée.

La loi organique contient donc quelques dispositions novatrices, mais l'esprit général gouvernant les liens entre le Médiateur et le juge est maintenu. Selon les Sages, les articles 16 et 64 « *garantissent l'indépendance de l'ensemble des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative* » (cons. n°16). Sur le fondement de l'article 65 de la Constitution relatif à la responsabilité disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire, le Conseil constitutionnel précise, dans le même esprit, que la possibilité pour le Défenseur de saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager des poursuites disciplinaires (article 29 al4 de la loi organique) doit être interprétée strictement s'agissant des magistrats de l'ordre judiciaire. Elle ne saurait ainsi autoriser le Défenseur à donner suite aux réclamations des justiciables portant sur le comportement d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions, mais seulement permettre d'aviser le ministre de la Justice de faits découverts à l'occasion de l'accomplissement de ses missions.

Quelle que soit l'opinion émise à ce sujet, un constat demeure : cette question fondamentale n'a pas été envisagée par le texte constitutionnel lui-même, qui peut donc difficilement être envisagé comme une mutation de l'institution. Le même constat peut être dressé s'agissant du champ de compétence de cette dernière.

B. La constitution de collèges : une délimitation du champ de compétence du Défenseur laissée à la loi organique

Le principal objectif – sans doute peu mis en avant - de la réforme française semble être la rationalisation des différentes institutions de défense et de protection des droits et libertés. Il s'agissait de fédérer le Médiateur de la République, la Haute autorité de lutte contre les discriminations, le Défenseur des enfants, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou encore la Commission nationale de déontologie de la sécurité, la fusion avec la Commission nationale informatique et libertés ayant été envisagée puis abandonnée pour laisser place à une étroite collaboration. Comme dit précédemment, cette fusion a été opérée *via* la constitution de collèges, à l'exception du contrôleur général des lieux de privation de liberté, qui conserve *in fine* son autonomie.

Cette question est de taille, car elle semble délimiter le champ de compétence du Défenseur en matière de protection des droits et libertés. Celui-ci interviendrait, du moins en priorité, dans trois domaines : les discriminations, la déontologie en matière de sécurité et les droits de l'enfant.

L'ancienne compétence du Médiateur de la République recouvre un champ à la fois plus flou et plus vaste.

Au-delà de cette question, qui sera résolue par la pratique, on peut relever le laconisme du texte constitutionnel, qui ne prévoit pas de critère d'appartenance des anciennes institutions au Défenseur des droits (1). Cette fusion opérée par la loi organique implique une perte d'autonomie importante (2).

1. L'incertitude des critères d'appartenance à l'institution du Défenseur des droits

À la lecture de l'article 71-1, le périmètre d'intervention du Défenseur des droits constitue une zone d'ombre. La Constitution et la loi ont préféré une approche pragmatique et progressive laissant de nombreuses questions en suspens. À titre d'exemple, les raisons pour lesquelles le Contrôleur général de privation des libertés n'a pas *in fine* été intégré dans un collège du Défenseur des droits n'apparaissent pas clairement. Il en est de même, à l'inverse, de celles soutenant la fusion des autres institutions.

De surcroît, cette consolidation pourrait au contraire desservir les principaux destinataires concernés. Ainsi, les organismes de protection des droits, tels que la Commission consultative des droits de l'Homme⁴⁷ ou encore *Amnesty International France*⁴⁸ ont souligné les risques d'une telle fusion pour leur action. Au-delà du problème de l'effectivité de la protection - qui est certain -, force est de relever les différences de position entre futurs collègues. En effet, si l'actuel Médiateur de la République⁴⁹ ainsi que la HALDE souhaitaient que le Défenseur des droits englobe les institutions concernées, le Défenseur des enfants, qui a rappelé ne pas avoir été consulté sur le sujet, est loin d'être de cet avis⁵⁰. De même, la Commission nationale de déontologie de la sécurité « *regrette de n'avoir été consultée à aucun moment lors de la phase d'élaboration* »⁵¹ de la réforme du Défenseur des droits et évoque ses dangers. Ces différences d'opinion ne laissent-elles pas présager une cohabitation et une entente difficile ? La doctrine a, en grande majorité, relayé ces craintes⁵².

⁴⁷ Avis disponible sur : http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/10.09.30_Avis_Defenseur_des_droits_PLO_Senat.pdf

⁴⁸ Recommandations consultables sur : http://www.amnesty.fr/var/amnesty/storage/fckeditor/File/sf10f25_01juin2010.pdf

⁴⁹ Jean-Paul DELEVOYE, in Rapport Peyronnet au nom de la Commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2009, novembre 2008, p.18. À l'inverse, selon M. Badinter, le Défenseur des droits devrait uniquement se substituer au Médiateur de la République (Sénat, compte-rendu intégral des débats, séance du 24 juin 2008).

⁵⁰ V. en outre le communiqué de presse du 15 septembre 2009 sur http://www.infomie.net/IMG/pdf/Defenseuredesenfants_15.09.09-3.pdf

⁵¹ Commission nationale de déontologie de la sécurité, Rapport annuel 2009, p.9 : http://www.cnds.fr/avis/RA_2009_complet.pdf V. également le communiqué de presse du 22 septembre 2009 et le bilan du 24 novembre 2009.

⁵² Catherine TEITGEN-COLLY, *art.cit.*, p.129 ; Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 6^e éd., coll. Cours, 2009, p.260-268 (selon cet auteur, la fusion ne devrait se faire qu'avec le défenseur des enfants).

2. La perte d'autonomie des institutions de protection des droits et libertés opérée par la loi organique

Plus largement, le rapport Peyronnet montre les dangers d'assujettissement de ces institutions à l'autorité supérieure du Défenseur des droits⁵³. Il semble que la loi organique y procède, du moins en partie, dans ses articles 11 et s précités.

Ces collèges sont en effet présidés par le Défenseur des droits ; les adjoints – vices présidents des trois collèges nommés par le Premier ministre - sont placés « *auprès du Défenseur des droits et sous son autorité* » (art. 11-II de la loi organique). Les possibilités éventuelles de délégation de compétence ou de suppléance prévues par la loi n'ont, selon les Sages, « *pas pour effet de dessaisir le Défenseur des droits de ses attributions* » (cons. n°10). Celui-ci est « *seul compétent pour convoquer les collèges, fixer leur ordre du jour et apprécier les questions nouvelles qu'il doit soumettre à leur avis* » (cons. n°12). Les Sages ajoutent aussi, au même considérant, que le Défenseur n'est pas lié par les délibérations des collèges, ce qui réduit considérablement le pouvoir des actuelles institutions concernées. L'article 15 de la loi organique précise également que lorsque le Défenseur des droits préside les réunions du collège, son adjoint ne prend pas part au vote (al.4) et qu'en cas de partage des voix, celle du président est prépondérante (al.5).

Autrement dit, le pouvoir de l'action des institutions concernées dépendra de la personnalité du futur Défenseur des droits. Seule la pratique révélera ou non une perte substantielle d'autonomie, voire d'effectivité de leur action. Pour lors, et au regard du sujet qui nous occupe ici, la révision de 2008 n'a à notre sens pas impliqué une mutation du Médiateur de la République. Cette personnalisation laissera place à celle d'un Défenseur. Si mutation il y a, ce sera peut-être de la diversité et de la complémentarité des institutions de défense des droits et libertés existantes vers une même institution hiérarchisée et dont la nomination du sommet revient en grande partie au pouvoir exécutif...

⁵³ Rapport Peyronnet, préc., p.21.

CONCLUSION

À la seule lecture du texte constitutionnel et de la loi organique, le Défenseur des droits ne porte pas en germe l'idée de mutation constitutionnelle ; certes, la pratique confirmera ou informera ce constat. Si l'on peut regretter cette utilisation *a minima* du texte constitutionnel, d'autres critiques, notamment des acteurs de terrain, soulignent le danger du rattachement au pouvoir exécutif et de la perte d'autonomie de certaines institutions de protection des droits (Défenseur des droits, HALDE, Commission nationale de déontologie de la sécurité, etc.).

À ce tableau plutôt sombre, il faut toutefois ajouter le renforcement des pouvoirs de contrainte du Défenseur des droits au regard de ceux dont disposait le Médiateur de la République. À la simple recommandation en équité ou à la possibilité de saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager des poursuites disciplinaires⁵⁴ s'ajoutent une série de mesures : injonction suivie en cas d'échec d'un rapport spécial (article 25a.5), résolution amiable (article 26), transaction qui peut être sanctionnée par une amende de 3000 à 15000 euros pour des cas précis de discrimination sanctionnés par le Code pénal et le Code du travail ou encore d'un affichage et de communiqués (article 28). La loi ordinaire renforce également les sanctions possibles en cas de refus de collaboration avec le Défenseur. Son article 12 punit en outre d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende le fait de ne pas déférer aux convocations du Défenseur des droits ou de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles dans des conditions contraires à la loi organique. Toutefois, ici encore, on peut davantage parler d'un renforcement législatif du pouvoir d'action de l'Ombudsman français que d'une véritable mutation constitutionnelle.

Ce constat n'a en soi rien de critiquable. Le recours à la Constitution pour pérenniser un modèle existant est légitime. En revanche, la prétendue innovation résultant d'une importation du modèle espagnol du *Defensor del Pueblo*⁵⁵ est à accueillir avec réserve. En effet, ainsi que nous avons tenté de le montrer, hormis leur existence constitutionnelle commune, les Ombudsmän français et espagnol ont très peu de points communs.

Cette remarque soulève l'intérêt, mais aussi les risques d'une utilisation « *gadgétisé* »⁵⁶ du droit comparé, thème qui pourrait peut-être s'insérer dans le 4^{ème} atelier du présent Congrès. Si les exemples étrangers ne doivent pas servir une apparence trompeuse d'innovation, ils ne doivent pas non plus desservir trop rapidement le Défenseur des droits. Aussi serait-il sans doute excessif de critiquer cette institution au seul vu de l'exemple espagnol. Tout au plus est-il possible d'esquisser le constat d'une

⁵⁴ Articles 9 et 10 de l'ancienne loi maintenus aux articles 25 al.2 et 29 de loi organique.

⁵⁵ Rapport public annuel du Médiateur de la République 2007, p.76 ; Dominique GÉLY, « Le Défenseur du peuple espagnol en modèle », *A.J.D.A.*, 28 juillet 2008, p.1481-2.

⁵⁶ Fabrice MELLERAY, « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », in Fabrice MELLERAY (dir.), in Fabrice MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif, 2007 *op.cit.*, p.16.

utilisation *a minima* des fonctions précitées de la constitutionnalisation des Ombudsmän (dialogue entre les trois pouvoirs⁵⁷ et renforcement des droits et libertés).

Au-delà du faux dilemme entre une « *comparaison intégrative* » et une « *comparaison différentielle* »⁵⁸, le droit comparé peut aussi être utilisé aux fins d'élaboration doctrinale. La nouvelle figure du Défenseur des droits peut ainsi nourrir la typologie des Ombudsmän dégagée par la doctrine comparatiste. Le Défenseur semble alors correspondre à un Ombudsman hybride⁵⁹. En effet, celui-ci n'est pas un « *Ombudsman classique* » nommé par le pouvoir législatif mais séparé de celui-ci et dont la mission première est de superviser l'administration découlant du pouvoir exécutif. Il n'est pas non plus, du moins sur la forme, un « *Executive Ombudsman* »⁶⁰, qui est nommé par l'exécutif et chargé seulement accessoirement de la défense des droits. Enfin, il ne s'identifie pas à la majorité des Ombudsmän consacrés par la Constitution, qui sont issus de la majorité parlementaire. De même, le principe constitutionnel de collègues succédant à des institutions autonomes de protection des droits est, à notre connaissance, singulier. Cette polymorphie met en lumière la nécessité d'un dépassement des typologies existantes.

Les auteurs de la révision constitutionnelle de 2008 ont-ils alors - sans doute sans le vouloir et peut-être sans le savoir - créé un nouveau modèle d'Ombudsman constitutionnel ? C'est davantage la pratique - plus que les textes - qui répondra à cette question.

⁵⁷ À ce titre, on peut regretter l'abandon de l'article 24bis introduit par l'Assemblée nationale lors de sa première lecture, et selon lequel le Défenseur des droits pouvait déposer une requête devant le tribunal administratif tendant à la reconnaissance de droits individuels en faveur d'un groupe de personnes ayant le même intérêt. En cas d'inexécution, le juge de l'exécution pouvait alors être saisi et prononcer une injonction (art.24bis, al.8) voire une astreinte ou une amende (art.24bis, al.9).

⁵⁸ Sur ce faux dilemme : Marie-Claire PONTHEAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.*, janvier-mars 2005, n°1, p.17.

⁵⁹ Linda REIF, Martins Nijhoff Publishers, *International studies of Human Right*, 2004, vol.79, p.11 et s.

⁶⁰ Ces typologies sont empruntées à Linda REIF, art.cit.